



13001-3333-004-2015-00037-01

2. Clausurada la investigación, por medio de Resolución del 2 de abril de 2001, se calificó el mérito del sumario con Resolución de Acusación en contra de Francisco José Martelo Vechio, Daniel Enrique San Juan León, Jaime Hernández Pérez y Juan José García Romero por la comisión de los presuntos delitos de Interés Ilícito en la Celebración de Contratos en Concurso con Peculado por Apropiación. Sin embargo, la Unidad de Fiscalía Delegada ante la Corte Suprema de Justicia decretó la nulidad de la Resolución de Acusación de 2 de abril de 2001, dejando a salvo únicamente las pruebas recaudadas durante la instrucción.
3. Seguidamente, la Unidad Nacional de Anticorrupción, en adelante, (UNA) mediante Resolución de 28 de diciembre de 2001, ordenó la práctica de las diligencias de ampliación de indagatoria y la vinculación de **Olimpo Luis Merlano Oliver** y Nicolás Cabarca Vega.
4. Por lo anterior, en noviembre del año 2002 se resolvió la situación jurídica de mi poderdante, **Olimpo Luis Merlano Oliver**, por medio de la cual, la Fiscalía 22 Delegada de la Unidad de Delitos contra la Administración Pública de la FGN no le impuso medida de aseguramiento por estimarla innecesaria.
5. Por medio de Resolución del 20 de mayo de 2003, se finiquita nuevamente la etapa instructiva, lo que dio lugar a que la Fiscalía 22 Delegada de la Unidad Nacional de Anticorrupción profiriera Resolución de Acusación de fecha 17 de Julio de 2003 en contra de **Olimpo Luis Merlano Oliver** por el delito de Peculado por Apropiación a favor de Terceros en concurso con Interés Indevido en la Celebración de Contratos y a otros sujetos por el mismo concurso de tipos penales. No obstante, la Unidad Delegada ante el Tribunal de Cundinamarca declaró nula la Resolución en cita por motivación anfibológica.
6. En vista de aquella nulidad, subsiguientemente se presentaron impedimentos y concesión de comisiones, pese a ello, se ampliaron las diligencias de indagatoria en contra de **Merlano Oliver** y los demás implicados en el caso Telecartagena. Habiendo transcurrido cinco (5) años, el 19 de mayo de 2008, la Fiscalía Delegada ante la Unidad Nacional Anticorrupción acusó a **Olimpo Luis Merlano Oliver** como presunto autor responsable de los delitos de Contrato sin Cumplimiento de los Requisitos Legales y como cómplice de Peculado por Apropiación a favor de tercero, resolución de acusación que fue





13001-3333-004-2015-00037-01

apelada y confirmada mediante Resolución de 23 de julio de 2009 por parte de la Fiscalía 8 de la Unidad de Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca.

7. Posteriormente, entre el año 2009 y 2010, se inicia la tramitación de la etapa de Juicio de conformidad con el artículo 400 de la Ley 600 de 2000 "Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal", con el proceso cuyo número de radicación es 2009 - 0438; en dicha fase procesal se practicó la audiencia y luego la sentencia absolutoria de fecha 17 de septiembre de 2012, considerando el Juez Primero Penal del Circuito de Cartagena que la absolución se debe a que no estuvieron probados los elementos constitutivos de la conducta punible de Peculado, así mismo, la parte actora señala que la acusación fue producto de la imprecisión conceptual entre "diferencia" y "sobrecostos", lo que afectó a los procesados y en especial a **Olimpo Merlano Oliver**.
8. Adviértase además, que durante el proceso penal iniciado en el año 2002 y finalizado con absolución en el año 2012, se dictaron medidas cautelares en perjuicio de los bienes muebles e inmuebles del señor **Olimpo Merlano Oliver**, entre los mencionados bienes muebles se hallan sus camionetas de servicio particular con placas número GNI - 015 y GND - 094, cuyas marcas son Ford modelo 1998 y línea Explorer modelo 1994, respectivamente. Vehículos particulares que, por la caución impuesta inclusive vigente hasta la presentación de la demanda, fueron afectados con la desvalorización por el transcurrir del tiempo.
9. Por lo anteriormente expuesto, el actor por medio de su apoderado arguye que la mora acaecida en el proceso penal lesionó su patrimonio, pues ese retardo injustificado por parte de los operadores judiciales, - tanto la Fiscalía General de la Nación como el Juez Primero Penal del Circuito de Cartagena -, causaron la imposibilidad de **Olimpo Merlano Oliver** de disponer de sus bienes ya sea a título gratuito u oneroso, toda vez que la inscripción de embargos impidió cualquier transacción o actividad comercial sobre las cuotas partes de sus bienes inmuebles y muebles, presentándose así una falla o funcionamiento anormal de la administración de justicia.

## 2.2 Fundamentos de Jurídicos de la Demanda.

La parte accionante aduce como fundamentos de derecho el preámbulo y los artículos 1, 2, 5, 6, 13, 29, 90, 121, 228 y 229 de la Constitución Política de





13001-3333-004-2015-00037-01

1991, así mismo arguye el artículo 8 del Pacto Internacional de Derechos Políticos y Sociales de las Naciones Unidas y de la Convención Americana de Derechos, vigentes entre nosotros como Leyes 74 de 1968 y 16 de 1972, Decreto 173 de 1993, Ley 23 de 1991, Ley 446 de 1998 y el Decreto Reglamentario 1818 de 1998. También son normas aplicables el artículo 140 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo; y finalmente los artículos 2, 4, 7, 9 y 69 de la Ley 270 de 1996.

Por otra parte, el actor atribuye la responsabilidad administrativa y patrimonial de la demandada bajo el título de Defectuoso Funcionamiento de la Administración de Justicia, de conformidad con el artículo 69 de la Ley 270 de 1996.

### **3. RAZONES DE LA DEFENSA**

La demandada Rama Judicial contestó la demanda oportunamente, oponiéndose a todas y cada de las pretensiones que esbozó la parte accionante, aduciendo que no se dan los presupuestos de la falla del servicio alegada, no existiendo responsabilidad patrimonial por parte de la Rama Judicial.

Luego de referenciar aspectos normativos y jurisprudenciales sobre la responsabilidad del Estado, arguye como defensa que la decisión del Juzgado Primero Penal del Circuito de Cartagena de absolver al procesado, se tomó en cumplimiento de las normas constitucionales y legales aplicables para la época de los hechos, valorando las pruebas recaudadas en el juicio, lo que permitió concluir que no existía mérito para su enjuiciamiento.

Por último aduce que no se le puede endilgar responsabilidad alguna, en razón a que no obra prueba que demuestre la negligencia acusada por parte del Despacho judicial interviniente y la efectiva ocurrencia de los supuestos perjuicios causados. De tal manera, que no puede inferirse la existencia del daño alegado, pues la dilación en la resolución de asuntos judiciales es justificada por circunstancias de tiempo, modo y lugar al cual se ven sometidos los Jueces para proferir sus decisiones, sin que por ello se viole el debido proceso y se genere la responsabilidad estatal. Así, formula la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva y la falta de relación causal entre los hechos de la demanda y persona del demandado.

### **4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (fs. 510 - 528)**

El Juez de Primera Instancia decidió negar las pretensiones de la demanda, con fundamento en el siguiente razonamiento jurídico:





13001-3333-004-2015-00037-01

"(...) Por tanto, bajo éstos supuestos, es decir, la calidad de los sujetos, la connotación y complejidad de los hechos, la actividad procesal desplegada por la defensa de los procesados y las actuaciones judiciales surtidas en el marco del referido proceso penal, a juicio de ésta Judicatura, no puede considerarse como un retardo injustificado el extenso periodo en que se surtió el proceso penal. Como se ha sostenido, el mero incumplimiento de los plazos procesales legalmente establecidos no es razón suficiente para considerar que ha existido una dilación indebida.

Por el contrario, se evidencia que los términos en que se surtieron las actuaciones, tanto en el curso de la investigación penal como en el juicio, estuvieron acorde con el normal funcionamiento de la administración de justicia, no hubo dilación alguna injustificada, pues todo se surtió dentro de un tiempo razonable. Y si bien en el curso de lo actuado se decretaron en dos oportunidades la nulidad de lo surtido, es de anotar que no fueron decisiones contrarias a derecho ni mucho menos actos de dilación.

De otra arista, en relación con la medida de embargo de que fueron objetos los vehículos de placas GND 094; GNI 015 y los inmuebles del demandante, tampoco encuentra este Despacho una falla en el servicio que haya causado un daño antijurídico al actor, ni mucho menos que hayan sido retenidos de manera ilegal o injusta.

De conformidad con el artículo 60 de la Ley 600 del 2000 – Código de Procedimiento Penal Vigente al momento de la investigación penal -, las medidas de embargo y secuestro de los bienes tienen como objeto que sirvan de soporte del pago de los perjuicios que se hubieren causado a la víctima, medidas las cuales, en los eventos en que no haya lugar a resolver la situación jurídica, como en el caso particular que nos ocupa, pueden ser decretadas con posterioridad a la vinculación.

Ahora, es de recordar que la medida de embargo tiene por finalidad de dejar por fuera del comercio los bienes, más no sustraerlo del dominio, tenencia, goce y disfrute del particular, cuestión que si ocurriría con la práctica del secuestro.

En este asunto como se advierte, si bien fue dictada medida de embargo contra los bienes del demandante, no se dispuso su secuestro, por lo que no se sustrajeron de su dominio y usufructo, razón por lo que no puede considerarse que con dicha medida ha sufrido un daño que no estaba en la obligación de soportar. Tampoco demuestra que con ocasión de dicha medida de le perjudicó en un negocio jurídico o que esos bienes estaban destinados al tráfico normal de sus negocios (verbigracia a la compra y venta).

En tal sentido, el haber sido vinculado el actor a un proceso que se prolongó un poco más de diez (10) años no implica la existencia de una dilación indebida e injustificada, dado el contexto en que se surtió todo el proceso penal y la activa intervención de la defensa de los procesados; ni se encuentra demostrado que la medida de embargo decretada haya sido ilegal o injusta, o que le haya ocasionado un daño que no estaba en la obligación de soportar, razón por lo que esta operadora judicial encuentra una ausencia del daño antijurídico, como primer elemento para llegar a comprometer la responsabilidad de las demandadas RAMA JUDICIAL y FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN por el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia que se les imputa".

## **5. RECURSO DE APELACIÓN**

### **5.1 Parte Accionante (fs. 530 – 539)**





13001-3333-004-2015-00037-01

*"(...) Debe tenerse en cuenta que, la sentencia recurrida centra su tesis en la convicción errada de que la prolongación de más de doce (12) años no implica la existencia de una dilación indebida e injustificada y que supuestamente no se demostró que la medida de embargo haya sido decretada ilegal o injustamente, y adicionalmente, que supuestamente no se encontró estructurado el daño antijurídico, como primer elemento para llegar a comprometer la responsabilidad de las demandadas.*

*(...)*

*Dentro del presente proceso, se observa fehacientemente un aminoramiento patrimonial cierto y una conculcación extra patrimonial en perjuicio de mi representado, debido a que la Fiscalía General de la Nación en primer lugar, privó injustificadamente a Olimpo Merlano Oliver, de los ingresos provenientes de la natural explotación económica de los bienes de su propiedad, sujetos a las medidas precautorias, que debían ser de carácter transitoria y efímero, en vez de extenderse a etapas posteriores a la ejecutoria de la sentencia que dio fin al proceso penal.*

*En ese sentido, la sentencia recurrida debe ser revocada, teniendo en cuenta que el aminoramiento o la mengua patrimonial de mi representado, no se contrae únicamente del transcurrir del tiempo que generó la devaluación financiera de los bienes en mención, debido a que la imposibilidad de disponer de ellos libremente, durante un tiempo notablemente injusto, constituye un daño antijurídico que mi representado no debía soportar.*

*No debe perderse de vista que, los demandados no garantizaron ni respetaron el derecho al plazo razonable de mi representado, ora dentro de todas las etapas del penal en sí mismo, ya en la práctica de medidas cautelares contra los bienes de propiedad de mi mandante, lo cual, genera por sí mismo, un daño grave a un bien o derecho convencional y constitucionalmente relevante.*

*(...)*

*En el caso que nos ocupa, en efecto, los términos fijados en la Ley se sobrepasaron desproporcionadamente, y las cuestiones que dilataron el proceso, antes de ser justificables en términos razonables, son el reflejo de una actividad judicial precaria ejercida especialmente por la Fiscalía General de la Nación, debido a que, como se expresó anteriormente, la Fiscal encargada no asistía a las audiencias, por lo que debían ser declaradas fallidas por el Juez correspondiente, y consecuentemente, reprogramadas, incluso, en la práctica de medidas cautelares, dilató injustificadamente el levantamiento de tales medidas, por un error en el reporte de datos ante la entidad administrativa competente.*

*(...)*

*Así las cosas, solicitamos respetuosamente que se revoque totalmente la sentencia apelada, y, por ende, se tengan como estructurados los elementos de la responsabilidad estatal dentro del presente caso, y se condene al demandado al pago de los perjuicios reclamados en la demanda, y los demás que han resultado probados dentro del presente proceso".*





13001-3333-004-2015-00037-01

## 6. TRÁMITE PROCESAL SEGUNDA INSTANCIA

Mediante auto de fecha veintiséis (26) de enero de 2018, se admitió el recurso de apelación presentado por la parte accionante dentro del presente asunto (f. 1927) y por auto adiado el veintiséis (26) de abril de 2018 se ordenó correr traslado para presentar alegatos de conclusión y para que el Ministerio Público rindiera concepto (f. 1932).

## 7. ALEGACIONES

Dentro del término otorgado para presentar los alegatos de conclusión hicieron uso del mismo la parte demandante y la parte demandada Nación – Rama Judicial.

### Parte accionante:

"(...) En el caso que nos ocupa, en efecto, los términos fijados en la Ley se sobrepasaron desproporcionadamente, y las cuestiones que dilataron el proceso, antes de ser justificables en términos razonables, son el reflejo de una actividad judicial precaria ejercida por la Fiscalía General de la Nación, debido a que, como se expresó anteriormente, la Fiscal encargada no asistía a las audiencias, por lo que debían ser declaradas fallidas por el Juez correspondiente, y consecuentemente, reprogramados, incluso, en la práctica de medidas cautelares, dilató injustificadamente el levantamiento de tales medidas, por un error en el reporte de datos ante la entidad administrativa competente.

(...)

En consecuencia, y dentro del acervo probatorio constituido dentro del presente proceso, está acreditado que el incumplimiento obligacional de normas convencionales, constitucionales, legales y reglamentarias es jurídica y fácticamente imputable a las entidades demandadas, quienes actuaron antes, durante y después del proceso penal sin diligencia, ni celeridad.

No obstante lo anterior, y en el remoto evento en que el *ad quem* considere que no se configure la falla en el servicio probada, solicitamos respetuosamente que se analice la imputación del daño, desde el régimen de imputación objetiva del daño especial, debido al rompimiento del equilibrio de las cargas públicas generado por la preminencia procesal que tuvo la Fiscalía General de la Nación dentro del proceso penal en que se involucró a mi representado.

Así las cosas, solicitamos respetuosamente que se revoque totalmente la sentencia apelada, y, por ende, se tengan como estructurados los elementos de la responsabilidad estatal dentro del presente caso, y se condene a los demandados al pago de los perjuicios reclamados en la demanda, y los demás que han resultados probados dentro del presente proceso.

Por lo expuesto, la sentencia recurrida debe ser revocada, debido a que están estructurados los elementos de la responsabilidad administrativa, y no se configuran dentro del presente proceso, eximentes de responsabilidad en favor de la demandada, por lo cual deberá ser condenada al pago de las pretensiones





13001-3333-004-2015-00037-01

esbozadas en la demanda, y en consecuencia, deberá pagar adicionalmente, las costas que resulten del mismo.

### **Parte accionada: Nación – Rama Judicial**

*“Lo primero es manifestar que compartimos el análisis realizado por el fallador, al considerar que no le asiste derecho al demandante para pretender indemnización de perjuicio por la supuesta privación injusta sufrida por el señor Olimpo Merlano Oliver, razón por la cual solicitamos sea mantenida la sentencia de primera instancia y como consecuencia de ello sigan siendo denegadas las pretensiones del actor.*

*La lectura minuciosa del expediente, deberá evidenciar que mi representada no está llamada a responder administrativamente por los daños sufridos en la persona del demandante.*

*(...)*

*Finalmente, no podemos pasar por alto el hecho que dentro del material probatorio se encuentra el testimonio del contador del señor Olimpo Merlano, quien claramente dijo que sólo realizaba su declaración de renta y de ella no se puede derivar la certeza de la existencia de los perjuicios del orden material y moral hoy reclamadas.*

*Igual ocurre con el peritaje solicitado por el demandante, el cual fue objetado por error grave al carecer de los elementos indispensables para poder ser valorado como medio legal probatorio.*

*Así las cosas, es claro que la Rama Judicial, no participó por acción u omisión del hecho que constituye el supuesto fáctico susceptible de ser indemnizado y no existe una relación de nexo causal, entre el actuar de la Rama Judicial, la identidad de la persona llamada a responder y la generación del daño cuyo resarcimiento se exige.*

*Por todo lo anterior, nuevamente solicito, se mantenga la decisión de primera instancia, en el sentido de absolver a mi representada”.*

### **8. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.**

No obra en el expediente que el Ministerio Público haya rendido concepto para el caso *sub iudice*.

### **II.- CONTROL DE LEGALIDAD**

De conformidad con lo previsto en el artículo 25 de la Ley 1285 de 2009, en el desarrollo de las etapas procesales se ejerció control de legalidad de las mismas, sin presentarse manifestación alguna de las partes u observarse por el Tribunal vicios procesales que acarreen la nulidad del proceso.

### **III.- CONSIDERACIONES**

#### **9. PRESUPUESTOS PROCESALES.**

##### **9.1 PROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÓN.**





13001-3333-004-2015-00037-01

La Sala considera que la presente acción de reparación directa impetrada es procedente de conformidad con el artículo 140 de la Ley 1437 de 2011, toda vez que con ella se pretende la declaratoria de responsabilidad patrimonial de la Nación – Rama Judicial – Fiscalía General de la Nación bajo el régimen de falla del servicio de la administración de justicia por el defectuoso funcionamiento de la misma en el proceso penal adelantado en contra de la parte demandante.

#### **9.1.1 COMPETENCIA.**

El Tribunal Administrativo de Bolívar es competente para conocer en segunda instancia de los procesos contenciosos administrativos ejercidos por el medio de control de Reparación Directa, en concordancia con el artículo 73 de la Ley 270 de 1996 y 153 de la Ley 1437 de 2011.

#### **9.1.2 PROBLEMA JURÍDICO.**

De conformidad con lo anterior, en el caso que nos ocupa, se desprenden los siguientes problemas jurídicos, a saber:

- ¿Es responsable administrativa y patrimonialmente la Nación – Rama Judicial - Fiscalía General de la Nación por el presunto defectuoso funcionamiento de la administración de justicia en el proceso penal adelantado en contra de la parte demandante?

En caso de determinar la responsabilidad de la parte accionada, se deberá determinar:

- ¿Qué medidas de reparación son pertinentes para resarcir el daño antijurídico sufrido por la parte accionante del presente caso?

#### **9.1.3 Tesls.**

La Sala confirmará la decisión adoptada en primera instancia, toda vez que no se configura la responsabilidad administrativa y patrimonial de la accionada Nación – Rama Judicial - Fiscalía General de la Nación, a título de defectuoso funcionamiento de la administración de justicia; en consecuencia, no se ordenará a la accionada relacionada, a que asuma una indemnización por concepto de daños materiales e inmateriales en favor del actor.

#### **9.1.4 MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL**





13001-3333-004-2015-00037-01

- **RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA DEL ESTADO CONFORME A LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA NACIONAL**

Para que se configure la responsabilidad administrativa del Estado, se requiere que se acredite:

*"i). Un daño*

*ii). Imputación de un daño, entendiendo éste elemento que se pueda atribuir a una persona pública.*

*iii). Antijuridicidad del daño, fundamentándose en el artículo 90 de la Constitución Política que consagra la obligación de reparar".*

- **CONDUCTA ACTIVA U OMISIVA JURÍDICAMENTE IMPUTABLE A UNA AUTORIDAD PÚBLICA**

Esto se presenta cuando la Administración Pública no satisface las obligaciones a su cargo dentro de las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que han sido fijadas<sup>1</sup>.

- **DAÑO ANTIJURÍDICO**

En relación con la naturaleza del daño antijurídico, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sostenido reiteradamente que en cuanto al daño antijurídico:

*"ha de corresponder al Juez determinar si el daño va más allá de lo que, normalmente y sin compensación alguna, debe soportar una persona por el hecho de vivir en una comunidad jurídicamente organizada y comportarse como un sujeto solidario<sup>2</sup>". En este sentido, se ha señalado que en cada caso concreto deberá establecerse si el daño sufrido es de tal entidad que el afectado no está en la obligación de soportarlo, y resulta, en consecuencia, antijurídico<sup>3</sup>".*

La antijuridicidad del perjuicio no depende de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la administración sino de la no soportabilidad del daño por parte de la víctima<sup>4</sup>.

Ahora bien, a pesar de que el artículo 90 de la Constitución establece que el Estado "responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables", no existe en la legislación definición alguna del daño antijurídico.

<sup>1</sup> Corte Constitucional. Sentencia C 644 de 2011. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio.

<sup>2</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 4 de diciembre de 2006. C.P. Mauricio Fajardo. Exp. 13168.

<sup>3</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 27 de septiembre de 2000. C.P. Alir Eduardo Hernández Enríquez. Exp. 11601.

<sup>4</sup> Corte Constitucional. Sentencia C 254 de 2003. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra





13001-3333-004-2015-00037-01

No obstante, la Jurisprudencia Nacional ha definido tal concepto como *"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"*<sup>5</sup>, en otros términos, aquel que se produce a pesar de que *"el ordenamiento jurídico no le ha impuesto a la víctima el deber de soportarlo, es decir, que el daño carece de causales de justificación"*<sup>6</sup>.

El daño como fundamento esencial de responsabilidad civil, en este caso, de la responsabilidad civil extracontractual del Estado, por supuesto debe ser antijurídico, un daño no contemplado por la Ley como carga pública que todo particular no debe soportar.

En este punto, es propio destacar que no todo daño es indemnizable, porque la condición primigenia para ello es que sea antijurídico, pues existen innumerables obligaciones y cargas que pueden lesionar derechos personalísimos o el patrimonio de las personas como son el pago de tributos al Estado, servir como testigo electoral o jurado de votación, cumplir una sanción de privación de la libertad por infringir la Ley penal o prestar el servicio militar obligatorio, que son verdaderas cargas públicas contempladas en la ley, que en condiciones de igualdad todos estamos en la obligación de soportar.

#### **- RELACIÓN O NEXO DE CAUSALIDAD**

En la obra *"Responsabilidad Civil Extracontractual en Colombia"* del doctrinante Gilberto Martínez Rave, se estudió este elemento de la responsabilidad **"relación o nexo de causalidad"**, determinando que esto hace referencia a aquella relación que debe existir entre el hecho y el correspondiente daño, de manera que si no existe nexo causal, no surge la responsabilidad. El daño puede tener como causa un solo hecho y en este caso no se presentan muchas dificultades, ellas empiezan cuando el daño puede ser originado por diferentes hechos.

<sup>5</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 2 de marzo de 2000. C.P. Mará Elena Giraldo Gómez. Exp. 11945, entre otras. Cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Aclaración de voto de Enrique Gil Botero de 30 de julio de 2008. Exp. 15726

<sup>6</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencias de 11 de noviembre de 1999. C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Exp. 11499 y del 27 de enero de 2000. C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Exp. 10867, entre otras. Cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Aclaración de voto de Enrique Gil Botero de 30 de julio de 2008. Exp. 15726.





13001-3333-004-2015-00037-01

A continuación, se señalarán las dos tesis sobre como fijar el nexo de causalidad.

En primer lugar, se encuentra la **teoría de la equivalencia de las condiciones** o "**conditio sine qua non**", esta propugna porque cualquier causa que intervenga en el resultado permite la atribución de la responsabilidad. Todas las condiciones, es decir, los fenómenos, circunstancias o hechos, que intervienen en el resultado, adquieren la categoría de causas, lo que hace responsable a todo aquel que ha puesto una condición en el resultado.

Por otro lado, se halla la **teoría de la causalidad adecuada**, la cual sostiene que los fenómenos que concurren a un resultado son de varias categorías. Unos de incidencia determinante que son causas y otros de incidencia menos determinante que son las condiciones. Dentro de las verdaderas causas, es decir, excluyendo las condiciones debe seleccionarse la más determinante, la causa adecuada al resultado.

En síntesis, para que el daño antijurídico atribuido al Estado sea indemnizable, se exige que éste sea consecuencia del incumplimiento de las obligaciones de la administración, esto es, desde una perspectiva negativa, que el daño sufrido por la víctima no se derive de un fenómeno de fuerza mayor o sea atribuible a su conducta negligente<sup>7</sup>.

#### - RUPTURA DEL NEXO CAUSAL

La doctrina y la jurisprudencia han establecido que el nexo de causalidad se interrumpe cuando se dan tres fenómenos, la cual se denomina causa ajena, es decir, causa no imputable al presunto responsable.

#### a). Hecho de la Víctima.

Esta figura exonerativa parte de la siguiente lógica: quien ha concurrido con su comportamiento por acción o por omisión, con culpa o sin ella, a la producción o agravamiento del daño sufrido, debe asumir las consecuencias de su actuar. En derecho positivo existen dos normas que nos refieren a la aplicación de esta causal: El artículo 2357 del Código Civil establece textualmente:

*"La apreciación del daño está sujeta a reducción si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente".*

<sup>7</sup> Corte Constitucional. Sentencia C 644 de 2011. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio.





13001-3333-004-2015-00037-01

El artículo 70 de la Ley 270 de 1996; Ley Estatutaria de la Administración de Justicia establece:

*"El daño se entenderá como debido a culpa exclusiva de la víctima cuando ésta haya actuado con culpa grave o dolo, o no haya interpuesto los recursos de Ley. En estos eventos se exonerará de responsabilidad al Estado".*

El hecho de la víctima como causal exoneratoria de acuerdo con lo consagrado en el artículo 2357 del Código Civil no debe ser necesariamente culposo, a diferencia de la causal exoneratoria establecida en el artículo 70 de la Ley 270 de 1996 y que se aplica a los regímenes especiales regidos por esa ley, puesto que de la lectura de esa norma se observa claramente una calificación subjetiva de la conducta de la víctima del daño.

La exigencia de un comportamiento culposo para que sea considerado como exoneratorio se ha venido atenuando teniendo en cuenta dos factores así:

*"i). Se requiere de una coparticipación o una con causalidad que, desde el punto de vista objetivo, sea eficiente y determinante de forma parcial o total para la producción del daño. ii). Existen eventos en los que quienes se exponen a los daños son personas que no tienen capacidad de autodeterminarse, como los menores, dementes o personas con alguna perturbación mental transitoria, o quien obra por intimidación o coacción". (Negritas fuera del texto).*

#### **b). Fuerza Mayor y Caso Fortuito.**

Enneccerus define la fuerza mayor sosteniendo que:

*"Es el acontecimiento cognoscible, imprevisible que no deriva de la actividad en cuestión, sino que en este sentido viene de fuera, y cuyo efecto dañoso no podía evitarse por las medidas de precaución que racionalmente eran de esperar".*

De acuerdo con la doctrina francesa en un caso constitutivo de fuerza mayor el evento se presentan las tres características siguientes:

*"**exterioridad** (respecto del demandado), **imprevisibilidad** (en su ocurrencia) e **irresistibilidad** (en sus efectos)".*

En Colombia esta figura fue definida legalmente por el artículo 1º. de la Ley 95 de 1890 que subrogó el artículo 64 del Código Civil cuyo texto enuncia:

*"Se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.".*





13001-3333-004-2015-00037-01

Así las cosas, la fuerza mayor de acuerdo con la ley colombiana se entiende como sinónima del caso fortuito. De manera que para que concurra esta causal se requiere:

- a) *Que el hecho sea imprevisible, esto es que en condiciones normales haya sido lo suficientemente probable para que ese agente, atendido su papel específico en la actividad que origina el daño, haya podido precaverse contra él. Aunque por lo demás, respecto del acontecimiento de que se trata, haya habido, como lo hay de ordinario para la generalidad de los sucesos, alguna posibilidad vaga de realización, factor este último con base en el cual ha sostenido la jurisprudencia que "...cuando el acontecimiento es susceptible de ser humanamente previsto, por más súbito y arrollador de la voluntad que parezca, no genera el caso fortuito ni la fuerza mayor..." (g.j., tomos liv, p. 377, y clviii, p. 63).*
- b) *Que el hecho sea irresistible en el sentido estricto de no haberse podido evitar su acaecimiento ni tampoco sus consecuencias, colocando al agente juzgado por el suceso así sobrevenido-, en la absoluta imposibilidad de obrar del modo debido, habida cuenta que si lo que se produce es tan solo una dificultad más o menos acentuada para enfrentarlo, tampoco se configura el fenómeno liberatorio del que viene haciéndose mérito".*

### **C). Hecho de un Tercero.**

Esta causal de exoneración parte del supuesto inicial, según el cual, el causante directo del daño es un tercero ajeno a las partes intervinientes en el juicio de responsabilidad. Jurídicamente solo es tercero alguien extraño, por quien no se debe responder; es decir, no vinculado con el sujeto contra el que se dirige la acción resarcitoria. A este respecto ha establecido la jurisprudencia:

*"Por otra parte, en relación con la causal de exoneración consistente en el hecho de un tercero, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que la misma se configura siempre y cuando se demuestre que la circunstancia extraña es completamente ajena al servicio y que este último no se encuentra vinculado en manera alguna con la actuación de aquél".*

La Jurisprudencia Contenciosa ha considerado que para que se presente la figura del hecho del tercero como causal de exoneración de responsabilidad, es necesario que confluyan los siguientes elementos:

- a. *Debe ser un hecho único, exclusivo y determinante del daño producido*
- b. *Debe ser un hecho producido por circunstancias imprevisibles e irresistibles para quien lo alega.*
- c. *Que sea la causa exclusiva del daño. Si tanto el tercero como la entidad estatal concurren en la producción del daño, el resultado no sería la exoneración de responsabilidad, sino la existencia de solidaridad de éstos frente al perjudicado, en los*

<sup>8</sup> Patiño, Héctor. (2011). Las Causales Exonerativas de la Responsabilidad Extracontractual. ¿Por qué y cómo impiden la declaratoria de responsabilidad? Aproximación a la jurisprudencia del Consejo de Estado. Revista de Derecho Privado.





13001-3333-004-2015-00037-01

términos del artículo 2344 del Código Civil, lo cual le daría derecho al perjudicado para reclamar de cualquiera de los responsables la totalidad de la indemnización, aunque quien paga se subroga en los derechos del afectado para pretender del otro responsable la devolución de lo que proporcionalmente le corresponda pagar, en la medida de su intervención.

c. Que el hecho del tercero sea completamente ajeno al servicio, en el entendido de que ese tercero sea externo a la entidad, es decir, no se encuentre dentro de su esfera jurídica y, además, que la actuación de ese tercero no se encuentre de ninguna manera vinculada con el servicio, porque si el hecho del tercero ha sido provocado por una actuación u omisión de la entidad demandada, dicha actuación será la verdadera causa del daño y, por ende, el hecho del tercero no será ajeno al demandado<sup>9</sup>.

d. Que la actuación del tercero sea imprevisible e irresistible a la entidad; porque, de lo contrario, el daño le sería imputable a ésta a título de falla del servicio en el entendido de que la entidad teniendo el deber legal de hacerlo, no previno o resistió el suceso. Como lo advierte la doctrina, "sólo cuando el acontecimiento sobrevenido ha constituido un obstáculo insuperable para la ejecución de la obligación, deja la inexecución de comprometer la responsabilidad del deudor<sup>10</sup>".

## - IMPUTACIÓN

Una vez se constate la relación causal a través de las teorías que ha elaborado la doctrina y que ha recogido la jurisprudencia, se procede a efectuar la **IMPUTACIÓN**, entendida por el profesor Juan Carlos Henao, como "**la atribución jurídica de un daño a una o a varias personas que en principio tienen la obligación de responder**". En este sentido, la imputación se estructura luego de haberse descubierto el nexo causal, y se realiza en principio, respecto de la persona que ha resultado causante del hecho generador del daño de acuerdo con el juicio de causalidad producido.

Es en esta fase en el que se debe tener claro que bien puede haber existido una causalidad desde el punto de vista material o físico, lo que no necesariamente implica que quien causó materialmente el daño sea quien jurídicamente deba responder.

Ahora bien, existen casos en los que quién causa físicamente el daño, no es quien debe asumir la consecuencia de reparar, sino que, por el contrario,

<sup>9</sup> Ver Sentencia de 18 de mayo de 1992, exp. 2466. En sentencia de 22 de junio de 2001, exp. 13.233 dijo la Sala: "El concurso de conductas eficientes en la producción de un daño, provenientes de personas distintas a la víctima directa, genera obligación solidaria y, por lo tanto, el dañado puede exigir la obligación de indemnización a cualquiera de las personas que participaron en la producción del daño (arts. 2.344 y 1568 Código Civil). Por consiguiente, cuando la conducta del tercero no es única ni exclusiva sino coparticipada en forma eficiente y adecuada con la del demandado (s), el afectado puede pedir la declaratoria de responsabilidad de uno o de todos los deudores solidarios (art. 1571 ibidem). Esta es la situación por la cual la coparticipación del tercero no es constitutiva de exonerante de responsabilidad; para que la conducta del tercero fuera exonerante se requeriría su exclusividad y, además, que fuera determinante en la producción del daño".

<sup>10</sup> Luis Josseland, Derecho Civil, Tomo II, Vol. I; Ed. Bosh y cia, Buenos Aires, 1950, pág. 341.





13001-3333-004-2015-00037-01

habrá alguien que, por disposición legal deba hacerlo, como sucede, por ejemplo, en el caso de la responsabilidad por el hecho ajeno.

Al respecto, el Consejo de Estado fundamentado en la doctrina de Hans Kelsen, ha venido haciendo referencia a la diferencia conceptual que existe entre la causalidad y la imputación, de acuerdo con la cual, por causalidad se entiende una conexión entre diversos elementos dentro del sistema de la naturaleza, mientras que la imputación se encuentra referida al enlace formal que existe entre antecedente y consecuente y se expresa a través de reglas jurídicas<sup>11</sup>. La causalidad entonces hace referencia a constataciones meramente materiales y/o fenomenológicas, mientras que la imputación es una verdadera atribución jurídica con relevancia en el mundo del derecho.

En efecto, para el Consejo de Estado la causalidad puede ser empleada para determinar probablemente cuál es el origen de un hecho o resultado en el mundo exterior, esto es, en el campo de las leyes propias de la naturaleza o del ser. A *contrario sensu*, la imputación surge de la atribución de un resultado en cabeza de un determinado sujeto; parte del hecho de la sanción originada en el incumplimiento normativo a un precepto de conducta, es decir, del deber ser. La imputación entonces, se convierte en el concepto al cual habrá de acudir para efectos de atribuir el daño que se ha encontrado probado previamente como primer elemento del juicio de responsabilidad<sup>12</sup>.

#### **a). Falla en el Servicio**

Este régimen de **responsabilidad subjetiva**, donde predomina la culpa de la administración por extralimitación de funciones, retardo en el cumplimiento de las obligaciones, obligaciones de forma tardía o defectuosa, o por el incumplimiento de las obligaciones a cargo del Estado. Son entonces acciones y omisiones que se predicán de la administración y que en su funcionamiento, resultan en cualquiera de aquellas irregularidades generadoras de daños imputables al Estado, régimen tradicional en constante evolución, al margen de la responsabilidad objetiva reconocida positivamente en norma superior, consignada en el artículo 90 de la Constitución Política.

#### **b). Falla por Omisión**

Se refiere aquella falla producto de una absoluta ausencia de acción o de funcionamiento de las agencias o entidades del Estado en el cumplimiento

<sup>11</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 11 de febrero de 2009. Expediente 17145.

<sup>12</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 26 de marzo de 2009, expediente 17994.





13001-3333-004-2015-00037-01

de sus funciones legalmente encomendadas y en detrimento de los asociados; cuando de esa omisión en la prestación de un servicio, el cumplimiento de una obligación contenida en la Ley o en los Reglamentos, resultan daños por negligencia injustificada.

Dentro de este contexto, se derivan dos tipos de omisiones de conformidad con la Sentencia de 06 de marzo de 2008, expediente 14443, Consejera Ponente: Ruth Estella Correa Palacio.

- **Omisiones laxas:** Se refieren las primeras a la negligencia u olvido en los deberes de cuidado, que de haberse cumplido pudieron haber evitado un resultado dañoso previsible.
- **Omisiones en sentido estricto:** Se refieren al incumplimiento de un deber legal previamente establecido y que el Estado está en la obligación de ejecutar, resultando de su incumplimiento, igualmente un resultado dañoso.

**c). Falla por Defectuoso Funcionamiento de la Administración.**

Frente al defectuoso funcionamiento, éste se refiere a todas las fallas o irregularidades que provocan la prestación de un mal servicio por parte de la administración, las que debe decirse, coinciden con la comisión de delitos, conductas de flagrante impericia o excesos por parte de las autoridades<sup>13</sup>.

**d). Falla probada, Anónima, Presunta y Relativa.**

Dentro de este régimen subjetivo de responsabilidad, también puede distinguirse tipologías de falla del servicio, como la falla probada, la falla anónima, la falla presunta y la falla relativa.

**La Falla Probada** es el tradicional régimen de responsabilidad en el que deben demostrarse por la parte interesada todos los elementos que la configuran, como son la falla o falta, el daño y el nexo causal.

**La Falla Anónima** presupone que el hecho dañoso fue por causa de la administración, aun cuando no se haya podido determinar la identidad del agente estatal del daño. La falla presunta de acuerdo con la doctrina jurisprudencial, admite la presunción de la falta en los eventos de responsabilidad médica con la actual consideración, en algunos casos, de la

<sup>13</sup> Consejo de Estado. Sentencia de febrero 11 de 2009. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Ruth Stella Correa Palacio.





13001-3333-004-2015-00037-01

teoría de la carga dinámica de las pruebas y, por un buen tiempo, por el uso de armas de dotación oficial, que posteriormente sería revaluado para admitir el título jurídico de imputación de responsabilidad por riesgo excepcional, entendiendo que el uso de las armas es una actividad peligrosa que genera riesgo.

**La Falia Relativa** por su parte, se basa en el principio de que "nadie está obligado a lo imposible" incluyendo al Estado, de manera que el incumplimiento de una obligación a cargo del Estado y que genere un daño antijurídico, debe estar precedida de las circunstancias y posibilidades concretas de prestar un servicio, de lo contrario la falla será relativa.

#### - RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

La Ley 270 de 1996 "Estatutaria de la Administración de Justicia", regula la responsabilidad del Estado por la Administración de Justicia, en tal sentido sus artículos 65 y 69, consagran lo siguiente:

**"Artículo 65. De la Responsabilidad del Estado.** El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de sus agentes judiciales. En los términos del inciso anterior el Estado responderá por el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, por el error jurisdiccional y por la privación injusta de la libertad".

**Artículo 69. Defectuoso Funcionamiento de la Administración de Justicia.** Fuera de los casos previstos en los artículos 66 y 68 de esta Ley, quien haya sufrido un daño antijurídico, a consecuencia de la función jurisdiccional tendrá derecho a obtener la consiguiente reparación".

#### 1. Funcionamiento Defectuoso de la Administración de Justicia en el Derecho Colombiano.

Ibáñez, Andrés & Movilla y Álvarez señalan que:

**"La comprensión de lo que es funcionamiento anormal de la administración de justicia, debe partir de una comparación de lo que sería o debería ser el funcionamiento normal, lo que remite a unos criterios de actuación, a unos estándares de funcionamiento, a unos conceptos jurídicos indeterminados de una extrema variabilidad y sujetos a una serie de condicionamientos históricos, técnicos y políticos<sup>14</sup>". (Negritas de la Sala).**

Importa señalar que no todo funcionamiento anormal, que no toda deficiencia en la administración de justicia, son generadores de

<sup>14</sup> Responsabilidad Extracontractual del Estado. Gil Botero, Enrique. Sexta Edición, Editorial Temis.





13001-3333-004-2015-00037-01

responsabilidad, sino aquellos que no van acordes con unos patrones básicos de eficacia y funcionamiento de acuerdo con las necesidades sociales y los intereses justiciables. El concepto de funcionamiento anormal es ajeno a toda la idea de culpa o negligencia, aunque tenga en estas su origen y se basa únicamente en la causación del daño que actúa como factor desencadenante de la imputación<sup>15</sup>.

Así, lo importante es que el régimen que se analiza es que el **daño antijurídico se encuentre probado, aunado el hecho de que sea imputable a la administración de justicia por acción u omisión en el ejercicio de sus funciones auxiliares o conexas para el cometido de la actividad jurisdiccional**. No obstante, huelga advertirlo, existe un único escenario en que el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia se relaciona de manera directa con el ejercicio propiamente jurisdiccional, y corresponde al caso en que el Estado es declarado responsable por el **"retardo injustificado de la decisión judicial"**, también conocido como **"mora judicial"** o **"desconocimiento del plazo razonable en materia jurisdiccional"**, título de imputación que por su importancia y por sus efectos es analizado de forma independiente, sin que con ello se pretenda desconocer que su materialización configura una hipótesis del título o régimen de responsabilidad que se viene estudiando.

Habrá defectuoso funcionamiento de la administración de justicia no solo si ha habido culpa o ilegalidades productoras de daños u otro tipo de funcionamiento defectuoso, en el sentido antes apuntado, sino básicamente cuando el daño se deriva del hecho de que la causa no se ha resuelto dentro de un **"plazo razonable"**.

En tal sentido, el artículo 69 de la Ley 270 de 1996 consagra que además de los daños antijurídicos ocasionados por el error judicial y privación injusta de la libertad, el Estado también responde por el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia (...). Se puede señalar que el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia presente las siguientes características:

*i). Se predica de actuaciones u omisiones, diferentes a providencias judiciales, empero, en el ámbito de las actividades propias del trámite procesal.*

*ii). Puede provenir de funcionarios judiciales y particulares que ejerzan facultades jurisdiccionales*

*iii). Debe existir un funcionamiento defectuoso o anormal, partiendo de la comparación de lo que debería ser un ejercicio adecuado de la función judicial y*

<sup>15</sup> Andrés Ibáñez y Claudio Movilla Álvarez, El poder judicial, Madrid, ed. Tecnos, 1986, pág. 358, citados por Hoyos Duque, Op. Cit., pág. 143.





13001-3333-004-2015-00037-01

iv). Se manifiesta de tres formas: la administración de justicia ha funcionado mal, no ha funcionado o funcionó tardíamente<sup>16</sup>".

Por consiguiente, la configuración de la responsabilidad patrimonial del Estado por el defectuoso o anormal funcionamiento de la justicia parte de la premisa de que "todo acto de comportamiento del servicio de justicia que haya tenido incidencia sobre los derechos de las personas y con relación a la función judicial, debe poder fundar la responsabilidad del Estado"<sup>17</sup>.

Siendo esto así, inicialmente se exige precisar qué puede considerarse como funcionamiento normal de la justicia. En el derecho comparado se ha comprendido por tal, "Tutela Judicial Efectiva", lo que implica el respeto a varios derechos:

"El derecho al proceso, el derecho a que éste se desarrolle según los parámetros constitucionales y el derecho al aseguramiento del bien o derecho en litigio"<sup>18</sup>.

En este orden, la responsabilidad podrá predicarse cuando el funcionamiento de la justicia sobreviene en anormal o defectuoso y procede de actuaciones materiales que representan "infracciones graves de las normas procesales que la jurisdicción ha de emplear para decidir"<sup>19</sup>.

Así las cosas, es imprescindible delimitar el concepto de "anormal" o "defectuoso", para que el funcionamiento de la administración de justicia produzca un daño antijurídico. En este sentido la doctrina ha señalado:

**"Esta debe obtenerse a través de los estándares de normalidad que, en el caso de una justicia tradicionalmente lenta, cobran especial importancia en lo tocante a las dilaciones procesales. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en sentencia de 13 de julio de 1983 (Caso Zimmermann y Steiner), interpretando el artículo 6.1 del Convenio de Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales señaló como criterios a tener en cuenta para la medición de razonabilidad en el retraso, La complejidad del litigio, la conducta de los propios litigantes y de las autoridades y las consecuencias del litigio presuntamente demorado se siguen para aquéllos"<sup>20</sup>. (Negritas y Subrayado fuera del texto).**

<sup>16</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Número de radicación: 000-2009-00120-01. Consejero Ponente: Stella Conto Díaz del Castillo.

<sup>17</sup> SABOURAULT, Didier. "La responsabilidad del servicio público de la justicia en Bélgica", en DEGUERGUE, Maryse (Coord.) La justicia y la responsabilidad del Estado, Bogotá, Universidad de Santo Tomás, 2010, p.94.

<sup>18</sup> GONZÁLEZ ALONSO, Augusto. Responsabilidad patrimonial del Estado en la administración de justicia. Funcionamiento anormal, error judicial y prisión preventiva. Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, p.57.

<sup>19</sup> GONZÁLEZ ALONSO, Augusto. Responsabilidad patrimonial del Estado en la administración de justicia. Funcionamiento anormal, error judicial y prisión preventiva., ob., cit., p.58.

<sup>20</sup> TOLIVAR ALAS, Leopoldo. "La responsabilidad patrimonial del Estado-Juez", en QUINTANA LÓPEZ, Tomás (Dir.). La responsabilidad patrimonial de la administración pública. Estudio general y ámbitos sectoriales. Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, p.518.





13001-3333-004-2015-00037-01

En esa misma línea, la Corte Constitucional se ha pronunciado a fin de fijar criterios para que, a partir del alcance y contenido del derecho a la tutela judicial efectiva, se pueda delimitar lo que debe entenderse como funcionamiento anormal o defectuoso de la justicia. Así:

*"El derecho a una tutela judicial efectiva, aparece, entre otras cosas, la posibilidad de acceder en condiciones de igualdad y sin obstáculos o barreras desproporcionadas, a un juez o tribunal independiente e imparcial, frente al cual se pueda acometer, libremente, la plena defensa de los derechos o intereses propios a fin de obtener, dentro de un plazo razonable, la debida protección del Estado. Es un derecho de naturaleza prestacional, pues exige la puesta en obra del aparato estatal con miras a su realización. En este sentido, debe afirmarse que se trata de un derecho de configuración legal y, en consecuencia, depende, para su plena realización, de que el legislador defina los cauces que permitan su ejercicio<sup>21</sup>".*

*Debe tenerse en cuenta que, tal como lo ha expresado la Corte, "... si bien la tutela judicial efectiva se define como un derecho fundamental de aplicación inmediata, esta última característica es predicable básicamente de su contenido o núcleo esencial, ya que el diseño de las condiciones de acceso y la fijación de los requisitos para su pleno ejercicio corresponde establecerlos al legislador, "en razón de que no se agotan en sí (sic) mismas, sino que con ellas trasciende la idea, por demás general, impersonal y abstracta, de realización de justicia"<sup>22</sup>.*

*(...) la tutela judicial que el Estado está en el deber de garantizar a las personas vinculadas a la decisión es un derecho fundamental que demanda actuaciones ciertas, reales, y de claro compromiso institucional, de parte de las autoridades y de los particulares, enmarcadas dentro del postulado constitucional de la buena fe y el deber de respeto de los derechos ajenos y no abuso de los propios<sup>23</sup>.*

*El derecho a la tutela judicial efectiva comprende no solo la posibilidad que se reconoce a las personas, naturales o jurídicas, de demandar justicia ante las autoridades judiciales del Estado, sino, también, la obligación correlativa de éstas, de promover e impulsar las condiciones para que el acceso de los particulares a dicho servicio público sea real y efectivo. Así, ha dicho la Corte que "No existe duda para cuando el artículo 229 Superior ordena 'garantizar el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia', está adoptando, como imperativo constitucional del citado derecho su efectividad, el cual comporta el compromiso estatal de lograr, en forma real y no meramente nominal, que a través de las actuaciones judiciales se restablezca el orden jurídico y se protejan las garantías personales que se estiman violadas". De este modo, el derecho de Acceso a la Administración de Justicia permite alentar a las personas a la expectativa de que el proceso culmine con una decisión que resuelva de fondo las pretensiones. Para ello es necesario que el juez adopte las medidas de saneamiento que sean necesarias para subsanar los vicios que puedan impedir una decisión de fondo<sup>24</sup>".*

Por su parte, el Consejo de Estado desde muy temprano consideró que puede existir un mal funcionamiento del servicio público de la justicia, como consecuencia de la negligencia de los empleados judiciales. Se trata de adecuar la responsabilidad en relación con los "actos que cumplen los

<sup>21</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-318 de 30 de junio de 1998, M.P.: Carlos Gaviria Díaz.

<sup>22</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-1043 de 10 de agosto de 2000, M.P.: Álvaro Tafur Galvis. Tesis reiterada en la sentencia C-207 de 11 de marzo de 2003, M.P.: Rodrigo Escobar Gil.

<sup>23</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-424 de 6 de mayo 2004, M.P.: Álvaro Tafur Galvis.

<sup>24</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-247 de 10 de abril de 2007, M.P.: Rodrigo Escobar Gil.





13001-3333-004-2015-00037-01

jueces en orden de definir cada proceso, los que no requieren de más que de la prudencia administrativa<sup>25</sup>.

De acuerdo con lo anterior, la responsabilidad por funcionamiento anormal o defectuoso de la administración de justicia "se produce en las demás actuaciones judiciales necesarias para realizar el juzgamiento o la ejecución de las decisiones judiciales<sup>26</sup>", lo que encaja en la tesis de la falla del servicio.

De igual manera, pueden incluirse "(...) 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<sup>27</sup>".

Lo anterior ha llevado a que la doctrina recientemente afirme que:

*"El daño antijurídico en las hipótesis de defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, tiene carácter residual, deviniendo en consecuencia el mismo, no de una providencia judicial viciada por error, o de una privación injusta de la libertad que de una u otra manera involucra decisiones judiciales, sino, y en esto radica su carácter residual, de todas aquellas conductas del aparato judicial abiertamente contrarias a derecho que resulten ser escandalosas y contrarias al*

---

<sup>25</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de 10 de noviembre de 1967. Exp.: 867.

<sup>26</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 10 de mayo de 2001, Exp.: 12719, C.P.: Ricardo Hoyos Duque. Lo que se ratifica en el precedente afirmando que la responsabilidad del Estado puede surgir también "cuando tales daños son producidos en desarrollo de la función judicial, o por el acto judicial mismo o por los hechos, omisiones o excesos en el desarrollo judicial". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 13 de septiembre de 2001, Exp.12915, C.P.: María Elena Giraldo Gómez. Así mismo, se sostiene en el precedente que la responsabilidad por el funcionamiento anormal de la administración de justicia incluye las actuaciones "que... efectúen en el ámbito propio de la actividad necesaria para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado o para garantizar jurisdiccionalmente algún derecho". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 22 de noviembre de 2001, Exp.: 13164, C.P.: Ricardo Hoyos Duque. Recientemente el precedente de la Sala hace referencia a hechos o simples trámites secretariales o administrativos. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 11 de agosto de 2010, Exp.: 17301, C.P.: Mauricio Fajardo Gómez (E).

<sup>27</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 22 de noviembre de 2001, Exp.: 13164, C.P.: Ricardo Hoyos Duque. En el derecho comparado se afirma que "se trata de un funcionamiento anormal debido a la actividad de los juzgados y tribunales, tanto de los propios jueces y magistrados en el ejercicio de su actividad jurisdiccional como de la oficina judicial a través de los secretarios judiciales que la dirigen y el resto de personal al servicio de la Administración de Justicia". GONZÁLEZ ALONSO, Augusto. Responsabilidad patrimonial del Estado en la administración de justicia. Funcionamiento anormal, error judicial y prisión preventiva., ob., cit., p.57.





13001-3333-004-2015-00037-01

ordenamiento jurídico generadoras de daños y perjuicios materiales y morales<sup>28</sup> que la víctima de las mismas no está llamada a soportar<sup>29</sup>.

Por último, el Consejo de Estado ha precisado que en lo relacionado a la responsabilidad del Estado producto de la mora judicial, debe distinguirse si el retardo estuvo justificado o no, lo cual se logra determinar así:

*"Analizando la complejidad del asunto, el comportamiento del recurrente, la forma cómo se llevó el caso, el volumen de trabajo del Despacho que lo tramitó y los estándares de funcionamiento de la autoridad judicial, que no están referidos a los términos que se señalan en la Ley, sino el promedio de duración de procesos, como aquel que sirve de fundamento a las pretensiones, punto que debe analizarse desde la propia realidad de la administración de justicia y no desde un Estado ideal<sup>30</sup>".*  
*(Negritas de la Sala).*

## II. DAÑOS DERIVADOS DE LA INVESTIGACIÓN PENAL

Como lo ha reiterado el Consejo de Estado, ser investigado por las autoridades del Estado constituye una carga que todos los ciudadanos están en la obligación de soportar, como materialización del deber de colaborar con el buen funcionamiento de la administración de justicia, conforme a lo dispuesto por el numeral 7 del artículo 95 de la Constitución Política; de modo que, en principio, **las incomodidades derivadas de las investigaciones adelantadas en contra de un ciudadano no son antijurídicas y están llamadas a ser soportadas por los investigados<sup>31</sup>**, a menos que la indagación, bajo sus particulares incidencias, **comporte una ruptura del equilibrio frente a las cargas públicas o genere daños concretos distintos del simple hecho de haberse visto sujeto a la potestad punitiva del Estado<sup>32</sup>**. *(Negritas de la Sala).*

En efecto, el deber de someterse a dichos poderes estatales no exonera a este último del deber de adelantar los procesos a su cargo en forma expedita y dentro de plazos razonables; por el contrario, maximiza dicha obligación en procura de los derechos del administrado, por lo que una transgresión injustificada del tiempo esperado en la resolución de una investigación, en la que se mantiene *sub judice* a un ciudadano durante un tiempo

<sup>28</sup> COLOMBIA, Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 1º de octubre de 1992, expediente: 7058. Sentencia del 13 de agosto de 1993, expediente: 7869 y sentencia de 18 de septiembre de 1997, expediente: 12686.

<sup>29</sup> SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, Responsabilidad del Estado por la actividad judicial, Cuadernos de la Cátedra Allan R. Brewer-Carías de Derecho Administrativo Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2015. Pág. 155.

<sup>30</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 26 de agosto de 2011. Consejero Ponente: Hernán Andrade Rincón, Expediente número 27524.

<sup>31</sup> Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 8 de julio de 2016, exp. 39043, C.P. Danilo Rojas Betancourth y Subsección B, sentencia del 26 de noviembre de 2015, exp. 35085, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

<sup>32</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, Número de Radicación: 000-2008-00715-01, Consejero Ponente, Ramiro Pazos Guerrero.





13001-3333-004-2015-00037-01

desproporcionado, es susceptible de generar daños que deben ser resarcidos con el fin de restablecer el equilibrio frente a las cargas públicas.

Así las cosas, el poder sancionador del Estado conlleva obligaciones de dos vías, pues, de una parte, obliga a someterse a la jurisdicción del Estado y, de otra, impone diligencia en los trámites a cargo de las autoridades. En palabras de la Corte Constitucional:

*"Uno de los deberes que impuso el Constituyente a las personas que conviven en el Estado Social de Derecho fue el de **"colaborar para el buen funcionamiento de la administración de la justicia"**, esto implica, que una vez la autoridad judicial ordena la intervención de una persona ya como demandado, investigado, tercero, interesado, etc., ésta debe atender, sin demora, los requerimientos que haya establecido el ente jurisdiccional.*

*Por su parte, el Estado tiene la obligación de garantizar la debida diligencia en la adopción de sus decisiones y de observar los términos procesales, cuyo incumplimiento debe ser sancionado por mandato de la Constitución (art. 229 C.P.)<sup>33</sup>.*

De acuerdo con lo anterior, la jurisprudencia de la Sección ha considerado que la dilación injustificada de una decisión ya sea judicial o administrativa es potencialmente trasgresora del debido proceso y de las garantías que de este se desprenden. Sin embargo, no solo el transcurso del tiempo, en exceso del legalmente previsto, permite estimar que se ha desconocido el plazo razonable de una investigación:

*"Para la determinación de qué se entiende por **"violación o desconocimiento del plazo razonable"** corresponde al juzgador analizar las condiciones de tiempo, modo y lugar, así como los factores internos y externos en los que se presta el servicio, en otros términos, con qué instrumentos o herramientas se contaba para adoptar la decisión y, por lo tanto, si no existen circunstancias que justifiquen el retardo en la definición del asunto administrativo o jurisdiccional.*

*De modo que, no toda tardanza es indebida porque pueden existir razones que la justifiquen y que conduzcan al operador jurídico a la conclusión de que no se vulneró el artículo 29 de la Constitución Política, conclusión a la que arribó el juez constitucional al señalar que la mora judicial no desconoce el derecho a un juicio en un plazo razonable si existen factores que justifiquen el sobrepasar los términos fijados en la ley (v.gr. la congestión judicial, las resoluciones de peticiones formuladas por las partes, la petición de los agentes del Ministerio Público para estudiar el proceso, etc.)<sup>34</sup>.*

*En esa línea de pensamiento, para poder predicar la existencia de una dilación injustificada de una decisión administrativa o judicial, a la luz del artículo 29 de la Constitución Política, es preciso que se constate la configuración de los siguientes presupuestos: i) los términos fijados en la ley deben haberse sobrepasado, comoquiera que las normas que los señalan obligan no sólo a los administrados,*

<sup>33</sup> Corte Constitucional, sentencia SU-394 de 2016.

<sup>34</sup> [95] Corte Constitucional, sentencia T-612 de 2003.





13001-3333-004-2015-00037-01

sino a la administración pública, ii) la tardanza en la toma de la decisión no debe tener causa o motivo que la justifique, iii) la mora debe ser producto de una omisión de los funcionarios administrativos que tienen a su cargo el impulso o la decisión administrativa, y iv) la violación del plazo vencido debe catalogarse como desproporcionada frente al trámite respectivo.

Frente a este último aspecto, es importante indicar que son dos los factores que determinan la razonabilidad o no del plazo: i) la duración de trámites o procesos similares al que es objeto de juzgamiento, y ii) el estudio riguroso de las circunstancias fácticas para aplicar estrictamente las reglas de la experiencia<sup>35</sup>. (Negritas fuera del Texto).

Por ello, la Suprema Autoridad de la Jurisdicción Constitucional ha afirmado<sup>36</sup>:

*"Discernir sobre la duración excesiva de un proceso, implica algo más que la operación mecánica de cotejar el plazo legalmente establecido con el tiempo real que le ha tomado a este en desarrollarse. Implica, confrontar los factores que ya se han mencionado y otros que se han ido agregando en consideración a que un trámite y/o proceso debe ser visto desde la integralidad de las particularidades que lo rodean, si lo que se pretende es dirimir su ajustada o retardada temporalidad. Lo contrario sería juzgar sobre la base de un eficientismo ideal propio de un Estado perfecto. Por tanto, un plazo razonable debe ponderarse con fundamento de lo posible y lo alcanzable en el contexto micro y macro procesal; es decir, en el plano del caso concreto y de la generalidad de los casos. (...)*

*En síntesis, la anquilosis del sistema judicial se torna inaceptable cuando retarda, sin justificación plausible, la resolución de un caso<sup>37</sup>". (Negritas de la Sala).*

A nivel interamericano, el derecho a obtener decisión de las autoridades dentro de un plazo razonable deriva de lo previsto en los artículos 7.5 y 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos respecto de la protección de la libertad personal y el derecho al debido proceso, respectivamente. En cuanto a esta última garantía, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha señalado que para determinar si un Estado parte ha infringido la garantía judicial a un plazo razonable debe analizarse (i) la complejidad del asunto, (ii) la conducta procesal del interesado y (iii) la conducta de las autoridades<sup>38</sup>. Y adicionalmente, (iv) la afectación

<sup>35</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 7 de noviembre de 2012, exp. 37.046, C.P. Enrique Gil Botero.

<sup>36</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 30 de marzo de 2017, exp. 41748, M.P. Ramiro Pazos Guerrero.

<sup>37</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección "B", sentencia del 12 de diciembre de 2013, exp. 27252, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

<sup>38</sup> Corte Interamericana de Derechos humanos, caso Furlan y familiares vs. Argentina, sentencia del 31 de agosto de 2012. Párrafo 152. Estos criterios también han sido tenidos en cuenta por la Corte Europea de Derechos Humanos que ha establecido que el carácter razonable de la duración de un proceso se aprecia según las circunstancias particulares del asunto y frente a tres criterios: la complejidad del asunto, el comportamiento del interesado, el comportamiento de las autoridades nacionales (particularmente las autoridades judiciales), teniendo en cuenta el contexto político y social. Ver Caso Pretto contra Italia, del





13001-3333-004-2015-00037-01

generada por la duración del proceso en la situación jurídica de la persona involucrada en el mismo<sup>39</sup>.

#### 8.1.4 EXÁMEN CRÍTICO DE LAS PRUEBAS Y RAZONAMIENTO JURÍDICO DE LA DECISIÓN.

En ésta sección se expondrán y apreciarán las pruebas provistas de relevancia para resolver el *sub júdice*, con base en lo siguiente:

- **En relación al Defectuoso Funcionamiento de la Administración de Justicia.**

En el proceso de referencia se tiene que la actuación procesal penal en perjuicio del accionante Olimpo Luis Merlano Oliver tuvo una duración de aproximadamente once (11) años, la cual empezó para el accionante con la Resolución de Acusación de 28 de diciembre de 2001 con fundamento en el informe número 1876 del Cuerpo Técnico Investigativo (CTI) de fecha 05 de septiembre de 2000 y culminó con la sentencia absolutoria del Juez Primero Penal del Circuito de Cartagena que data el día 17 de septiembre de 2012 **(Cuaderno de Pruebas número 10, folio 1863 a 1921)**.

Adviértase que el proceso penal se sujetó al régimen jurídico de la Ley 600 de 2000, de manera que la investigación previa en términos de legalidad debió haber tenido una duración de seis (6) meses conforme al artículo 325 *ibidem*<sup>40</sup> y la etapa de instrucción por tratarse de (3) o más sindicados adicionales a Olimpo Merlano Oliver, debió tardar máximo (24) meses, en concordancia con el artículo 329 de la Ley 600 de 2000<sup>41</sup>, posteriormente se procedió con la calificación del sumario con un término que no debió superar los (8) y (15) días hábiles para el traslado y la calificación respectivamente, de acuerdo con el artículo 393 *ejusdem*.

Con la calificación del sumario por la resolución de acusación como aconteció en el *sub júdice* que data en fecha 23 de julio de 2009 y la ejecutoria de la misma **(cuaderno de pruebas número 7, folio 1276 a 1340, Resolución de 23 de julio de 2009, mediante la cual confirma resolución de acusación de 19 de mayo de 2018)**, antes de los (90) días, legalmente debió celebrarse audiencia pública más (10) días adicionales para proferirse

---

08 de diciembre de 1983, citado por Frederic Sudre en *Droit europeen et international des droits de l'homme*. Ed. Presses Universitaires de France. 10 edition, Paris 2011, p. 452

<sup>39</sup> Corte IDH. Caso Valle Jaramillo contra Colombia. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Pág. 48. Párr. 155.

<sup>40</sup> **Artículo 325.** Duración de la investigación previa y derecho de defensa. La investigación previa se realizará en el término máximo de seis (6) meses, vencidos los cuales se dictará resolución de apertura de instrucción o resolución inhibitoria.

<sup>41</sup> **Artículo 329.** Término para la instrucción. (...) No obstante, si se tratare de tres (3) o más sindicados o delitos, el término máximo será de veinticuatro (24) meses (...).





13001-3333-004-2015-00037-01

sentencia conforme a los artículos 400 y 401 del Código de Procedimiento Penal<sup>42</sup>.

Con base en lo previo, la actuación procesal llevada a cabo en contra de Olimpo Merlano Oliver conforme a los términos legales, tuvo que haber tardado por un lapso no mayor a (34) meses, es decir no más de (3) años, no obstante, debe precisarse qué es un **hecho notorio** que en el momento en que se inició la investigación penal de Olimpo Merlano en el año 2000 y hasta hoy en día, nos hallamos en una **justicia tradicionalmente lenta** y en especial la penal.

Por lo expuesto, al parecer la mora judicial en la que se incurrió en el proceso penal adelantado en contra de Merlano Oliver, está justificada. Maxime cuando es irrealizable que el presente caso se resuelva favorablemente al demandante con la simple operación mecánica de correlacionar el plazo legamente establecido en la Ley 600 de 2000 con el tiempo real que demoró en desarrollarse el proceso penal del accionante, pues se estaría juzgado sobre la base de un eficientismo legal propio de un Estado perfectamente utópico<sup>43</sup>.

Ahora bien, no se censura el proceder del Juez Primero Penal del Circuito de Cartagena, puesto que el mismo recibió el proceso para el año 2009 y lo evacuó con la absolución del aquí demandante exactamente para el 17 de septiembre de 2012, sino que se descenderá a examinar el proceder de la Fiscalía General de la Nación en aras de determinar si hubo Defectuoso Funcionamiento de la Administración de Justicia, dado que tardó (9) años para investigar, instruir y calificar el sumario con Resolución de Acusación.

En principio debe resaltarse que las molestias derivadas de la investigación penal adelantada en contra del ciudadano Olimpo Merlano Oliver no son antijurídicas, ergo el actor estuvo llamado a soportar la indagación<sup>44</sup>. No obstante, la Jurisprudencia del Consejo de Estado reafirmó que pese a ello, hay cabida para que exista un Defectuoso funcionamiento de la Administración de Justicia producto de una investigación penal, cuando se configure un **retardo injustificado en el proceso o se desconozca el plazo razonable en materia jurisdiccional**, también conocido como "**MORA JUDICIAL**".

<sup>42</sup> Procedimiento Penal Colombiano, Undécima Edición. Gilberto Martínez Rave. Editorial Temis. Año 2000.

<sup>43</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección "B", sentencia del 12 de diciembre de 2013, exp. 27252, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

<sup>44</sup> Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 8 de julio de 2016, exp. 39043, C.P. Danilo Rojas Betancourth y Subsección B, sentencia del 26 de noviembre de 2015, exp. 35085, C.P. Danilo Rojas Betancourth.





13001-3333-004-2015-00037-01

En lo atinente a la investigación penal dirigida por la Fiscalía General de la Nación, corresponde dilucidar si hubo retardo injustificado, o por el contrario el plazo de los (9) años que duró la indagación estuvo ajustado a los estándares de razonabilidad.

Así las cosas, aunque Los términos fijados por la Ley para la investigación previa, instrucción y Calificación a cargo de la Fiscalía General de la Nación fueron excedidos, para el *sub examine* no se configuró **mora judicial**, toda vez que *i*). La tardanza en la toma de la decisión de acusar a Olimpo Merlano por parte de la Fiscalía General de la Nación tuvo causa o motivo que lo justifique como también la violación del plazo legal vencido se catalogó como proporcional frente a la investigación respectiva.

Lo anterior teniendo en cuenta que, desde un análisis global del procedimiento, el asunto sometido a conocimiento de la FGN era **a). Complejo**<sup>45</sup>, dado que por una parte, la FGN frente al *sub júdice* estuvo indagando un contexto de pluralidad de sujetos procesales como también se evidencia que los hechos eran ambiguos para la Fiscalía, toda vez que no era claro por ser el caso de Telecartagena un asunto de trascendencia nacional y de corrupción pública, en tanto que hubo dificultad en la recaudación y apreciación de las pruebas (**cómo se evidencia en la sentencia del Juzgado Penal folio 1883 a 1921, cuaderno de pruebas número 10**), además porque se expedieron **más de 4** Resoluciones de Acusación expedidas por Fiscales encargados del caso, las cuales inclusive fueron declaradas nulas tres de ellas, la primera por la Unidad de Fiscalía Delegada ante la Corte Suprema de Justicia y la segunda y tercera por la Unidad de Fiscalía Delegada ante el Tribunal de Cundinamarca<sup>46</sup>; todo con el objeto de que se encauzara un proceso penal justo y se garantizaran los derechos constitucionales al debido proceso y el derecho a la defensa, constantado así, **b). una conducta diligente de las autoridades**, en razón a que adoptaron medidas apropiadas para evitar afectaciones a derechos constitucionalmente amparados. (**Cuaderno de pruebas número 2, folio 325 y 326, Resolución de 10 de septiembre de 2001, por medio de la cual, se decretó la nulidad de la resolución de acusación por afectación del derecho de defensa y para una mejor suerte del proceso**). (**Cuaderno de pruebas número 3, folio 517 a 569, Resolución de 6 de octubre de 2003, por medio de la cual, se decreta la nulidad de lo actuado a partir del cierre de la investigación, inclusive, al detectarse graves irregularidades que afectan el debido proceso y el derecho de defensa por parte de la Fiscalía**) (**Cuaderno de pruebas número 6, folio 1001 a 1020, Resolución de 9 de abril de 2007,**

<sup>45</sup> Corte IDH. *Caso Andrade Salmón contra Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas*, 2016, pág. 47, párr. 157.

<sup>46</sup> Corte IDH. *Caso Valle Jaramillo contra Colombia. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas*. Pág. 48. Párr. 155.





13001-3333-004-2015-00037-01

Unidad Delegada ante el Tribunal de Cundinamarca, por medio de la cual se decreta la nulidad de la resolución de acusación de fecha 17 de marzo de 2006 (folio 801 a 860), que acusó a Olimpo Merlano Oliver de peculado por apropiación e interés ilícito en la celebración de contrato, para garantizar el debido proceso, derecho de defensa y en todo caso el ejercicio de la potestad punitiva).

Por último, ii). La mora en la indagación no fue producto de omisiones y dilaciones injustificadas de los funcionarios y de la dirección general de la Fiscalía, los cuales tuvieron a su cargo el impulso de la actuación procesal, pues de las pruebas que el demandante trajo al proceso contencioso no se constata ello, antes por el contrario, las supuestas dilaciones enjuicadas por el actor, tuvieron sustento en la disposición de adaptar el proceso penal en el marco de la legalidad y en el respeto de garantías constitucionales.

Aunado a lo expuesto, en el presente caso no se estructuró un defectuoso funcionamiento administración de justicia por retardo injustificado por la ausencia de **prueba pertinente, conducente y útil**, porque entre otras cosas, la parte accionante se divorció de su carga procesal de aportar material probatorio que condujera categóricamente a determinar un retardo injustificado en el *sub júdice*, por cuanto no allegó documento contentivo del volumen de trabajo de Despacho del Fiscal que tramitó la investigación, sus estándares de funcionamiento, que no son los establecidos por la Ley sino por el promedio de duración de los procesos que están sometidos a su conocimiento<sup>47</sup>.

En el mismo sentido, en las respectivas oportunidades probatorias que la parte demandante tuvo, no solicitó ni aportó informes estadísticos y de rendimiento de los Despachos de la Fiscalía que tramitan investigaciones criminales en el sector público y en condiciones similares a la investigación criminal seguida contra el actor, para fijar los estándares de razonabilidad del plazo de la indagación que se adelantó contra Olimpo Merlano Oliver y otros.

En otras palabras, y como lo sostuvo el *a quo* en su providencia, el sólo incumplimiento de los plazos procesales legalmente establecidos por la Ley 600 de 2000, no es suficiente para concluir *ipso facto*, un retardo injustificado a cargo del Fiscal encargado de la investigación. En consecuencia, no es posible de acuerdo con el material probatorio existente en el expediente, condenar como **ANORMAL** la indagación adelantada en contra Olimpo Merlano Oliver.

<sup>47</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A, sentencia de 26 de agosto de 2011. Consejero Ponente: Hernán Andrade Rincón. Expediente número 27524.





13001-3333-004-2015-00037-01

Por lo anteriormente expuesto, la parte accionada no generó un **DAÑO ANTIJURÍDICO** al actor Olimpo Merlano Oliver, al no evidenciarse que hubo retardo injustificado en su investigación criminal, de manera que no se probó que el actor soportó una carga mayor e injustificada frente a los demás administrados cuando están sujetos a una investigación, por lo que no sufrió un perjuicio que fue más allá de lo que normalmente y sin compensación alguna, debía soportar, puesto que, sin justificación alguna, no se lesionaron sus intereses legítimos.

Así las cosas, en el presente caso la demandada resultó favorecida en el respectivo **JUICIO DE IMPUTACIÓN**, entendiéndose que no se demostró una conducta activa y omisiva jurídicamente imputable a la autoridad investigativa, conducta que luego entonces no produjo como se ha venido desarrollando a lo largo de éste acápite, un *daño antijurídico* en los términos del artículo 90. Dicho de otra manera, en el *sub examine* no confluyeron los elementos de la responsabilidad administrativa de **daño, nexo de causalidad, imputación de un daño y antijuridicidad del mismo**, para que se declare responsable administrativa y patrimonialmente a la parte accionada<sup>48</sup>.

### III. Condena en Costas

En virtud de lo consagrado en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, procede la Sala a disponer sobre la condena en costas.

En tal sentido, la parte accionante será condenada en costas en razón a que a la misma le fue resuelta desfavorablemente el recurso de apelación que interpuso, lo anterior de conformidad con el numeral 1 del artículo 365 del Código General del Proceso.

La referenciada norma jurídica consagra lo siguiente:

*"Artículo 365. Condena en Costas. 1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código".*

Con base en lo previo, se ordenará que el Juzgado de primera instancia efectúe la liquidación de las costas conforme lo dispuesto en el artículo 366 del Código General del Proceso; incluyéndose en las mismas las agencias en derecho aplicando el Acuerdo 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura.

<sup>48</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección. Número de Radicación: 05 001 23 31 000 2002 03487 01 (32912). Consejera Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.





13001-3333-004-2015-00037-01

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

**FALLA**

**PRIMERO: CONFÍRMASE** la sentencia de fecha 26 de septiembre de 2017, dictada por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, por medio de la cual, negó las súplicas de la demanda.

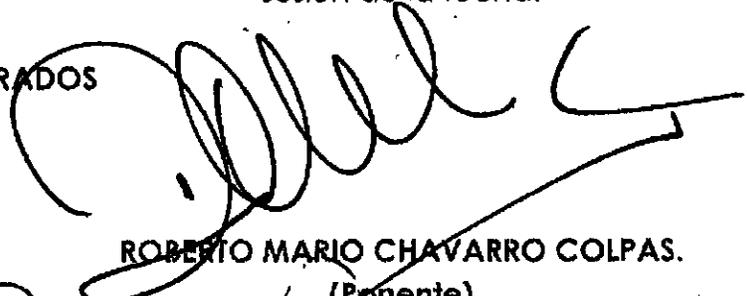
**SEGUNDO: CONDÉNASE** en costas a la parte accionante.

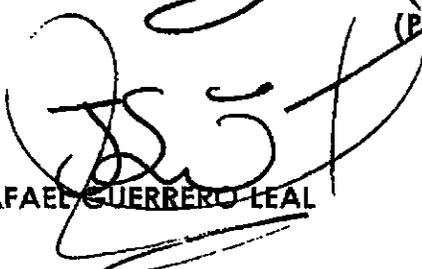
**QUINTO:** Ejecutoriada la presente providencia, devuélvase el expediente al juzgado de origen, previas las anotaciones de rigor.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Constancia: El proyecto de esta providencia fue debatido y aprobado en la sesión de la fecha.

LOS MAGISTRADOS

  
**ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS.**  
(Ponente)

  
**JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL**

  
**LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ**

