



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA - SUBSECCIÓN B
Consejero Ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO

Bogotá, D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil diecisiete (2017).

Proceso número: 25000-23-26-000-2009-00807-01(**44186**)

Demandante: José Lisímaco Giraldo Cárdenas

Demandado: Nación-Fiscalía General de la Nación

Acción: Reparación directa

Temas: Pérdida de oportunidad de obtener indemnización en investigación penal como parte civil, por prescripción de la acción penal. Posibilidad de obtener la indemnización ante la justicia civil, impide que se configure la pérdida de oportunidad como daño antijurídico. La lesión al derecho al acceso a la administración de justicia como daño antijurídico.

Sin que se observe nulidad de lo actuado, la Sala procede a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandante en contra de la sentencia del 16 de septiembre de 2011 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección C que negó las pretensiones de la demanda (fls. 180 a 185 rev., c. ppal. 2).

SÍNTESIS

Se demanda la responsabilidad extracontractual de la Nación-Fiscalía General de la Nación por la declaratoria de prescripción de la acción penal, que impidió al



demandante obtener la indemnización que reclamó como parte civil en el curso de una investigación penal.

I. ANTECEDENTES

1. DEMANDA

1. El señor José Lisímaco Giraldo Cárdenas, en ejercicio de la acción de reparación directa, presentó demanda en contra de la Nación-Fiscalía General de la Nación (fls. 2 a 12, c. ppal. 1).

1.1. Las pretensiones

2. La parte demandante solicitó las siguientes declaraciones y condenas (fls. 5 a 7, c. ppal. 1):

Solicito del Despacho, que mediante sentencia debidamente ejecutoriada y que haga tránsito a cosa juzgada, condenar a la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN-LA NACIÓN, por error judicial y defectuosa administración de justicia, a pagar al señor JOSÉ LISÍMACO GIRALDO CÁRDENAS, los siguientes conceptos:

I. PERJUICIOS MORALES: Toda conducta contraria al ordenamiento jurídico causa unos perjuicios y los mismos deberán ser reparados por el o los obligados a indemnizar, según la Ley. Si bien es cierto que es difícil cuantificar la intensidad del dolor causado con la conducta a la víctima, también cabe anotar que por mandato de la Ley, los mismos deberán ser indemnizados.

1°. El artículo 16 de la Ley 446 de 1998, consagra la obligación que le asiste al fallador para condenar en materia Contenciosa Administrativa a la parte pasiva al reconocimiento y pago de una indemnización integral por los perjuicios causados con la conducta punible.

2°. Esta figura es también tomada por el Artículo 96 y 97 de la Ley 599 de 2000, y en esta se determina, que el monto máximo en cuanto se refiere a la reparación de los perjuicios del orden moral podrá ser equivalente a 1.000 salarios mínimos legales mensuales.

3°. El artículo 1613 del C.C. preceptúa el derecho que le asiste a la persona que ha sido víctima de un hecho delictual o criminal a ser reparado por el victimario, por los perjuicios causados ya sea con la acción o la omisión.



4°. Tal como se ha demostrado en los hechos de la demanda de la referencia, un funcionario al servicio de la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN-LA NACIÓN, se sustrajo al cumplimiento del deber legal cuando dejó de cumplir los términos procesales, sin justa causa en la investigación que dio origen a la presente demanda y sumado a ello, precluye la misma argumentando que los denunciados no eran los autores de la ejecución de las conductas investigadas, situaciones estas que conllevaron a la prosperidad de la prescripción de la acción penal.

5°. Por todo lo expuesto, estimo los perjuicios del orden moral en la suma de mil salarios mínimos mensuales vigentes para la época en que se profiera sentencia.

II. LUCRO CESANTE:

1°. Son los valores que la víctima de la conducta que ha dado origen a la presente demanda debía percibir hacía el futuro pero que a consecuencia del infortunio criminal se ha visto frustrado esos ingresos como son del orden económico o pecuniario.

2°. Es ampliamente conocido que para la fecha en que se canceló la tarjeta de operación del vehículo de placas SGN-660, modelo: 1994, de servicio público, este producía mensualmente la suma de \$1.400.000 m/cte, tal como consta a folio 103 del expediente N° 542.351 o 492.328, expedido por la firma RADIO TAXI-AUTOLAGOS.

3°. Si hacemos una proyección hacía el futuro, del 2% anual sobre \$1.400.000 m/cte, que percibía el aquí demandante, tenemos que desde mayo 27 de 1999 a septiembre 30 de 2007, se ha dejado de percibir la suma de \$154.867.391 m/cte. Monto este a que debe ser condenado el ente aquí demandado a pagar por concepto de lucro cesante.

III. DAÑO EMERGENTE:

1°. Es el perjuicio causado por la conducta antijurídica, por el funcionario que se sustrajo al cumplimiento legal que le imponía la Ley como era la ejecución en forma pronta y oportuna de los términos procesales, la apreciación y valoración del acervo probatorio observando las exigencias procesales, conforme a lo establecido en los artículos 9° y 15 de la Ley 600 de 2000 y demás normas concordantes, estos perjuicios los estimo provisionalmente en la suma de \$80.000.000 m/cte.

2°. Condenar a la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN-LA NACIÓN a que los valores que resulten a favor del señor JOSÉ LISÍMACO GIRALDO CÁRDENAS, sean liquidados y pagados aplicándose el IPC, vigente para la época en que se haga efectiva la sentencia.

3°. Condenar a la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN-LA NACIÓN al reconocimiento y pago de los intereses corrientes y moratorios que se causen sobre los valores o dinero a que sea condenado a cancelar a favor de JOSÉ LISÍMACO GIRALDO CÁRDENAS.

4°. Condenar a la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN-LA NACIÓN, al pago de las costas y agencias en derecho.



1.2. Los hechos

3. Las pretensiones se sustentan en la situación fáctica que se resume a continuación (fls. 2 a 5, c. ppal. 1):

3.1. El 16 de febrero de 1998, el demandante compró el vehículo de servicio público de placas SGN-660 a Vehicolda Ltda. El automóvil fue introducido al país por Autolagos Ltda., empresa que posteriormente fue absorbida por Vehicolda Ltda.

3.2. El 27 de mayo de 1999, la Fiscalía General de la Nación comunicó a la Secretaría de Tránsito y Transporte de Bogotá la cancelación de la tarjeta de operación del automotor, por cuanto la autorización para operar fue obtenida fraudulentamente.

3.3. El 28 de febrero de 2001, el demandante presentó denuncia penal ante la Fiscalía General de la Nación, para que se investigara la forma en que el vendedor del vehículo obtuvo la autorización de operación del vehículo. Sin embargo, el 29 de noviembre de 2005, calificó el mérito del sumario y precluyó la investigación a favor de los implicados.

3.4. En contra de esa decisión, se promovió recurso de apelación, resuelto el 31 de agosto de 2006, en el sentido de indicar que sí habían elementos suficientes para acusar a los implicados, pero para ese momento ya había operado la prescripción de la acción penal, por lo que así la declaró el ente instructor, con lo que impidió que el actor obtuviera la indemnización que había solicitado cuando se hizo parte civil en la investigación penal.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

4. La Nación-Fiscalía General de la Nación (fls. 104 a 115, c. ppal. 1) advirtió que actuó conforme al ordenamiento jurídico, por tanto, no incurrió en falla del



servicio alguna, de ahí que lo procedente sea negar las pretensiones. Además, con esa argumentación propuso la excepción de *“falta de legitimación por pasiva”*.

II. LA SENTENCIA APELADA

5. El *a quo* negó las pretensiones de la demanda, para ello indicó que la Nación-Fiscalía General de la Nación no incurrió en defectuoso funcionamiento de la administración de justicia cuando declaró la prescripción de la acción penal.

5.1. En efecto, la prescripción operó principalmente por la antigüedad de los delitos investigados, pues ocurrieron en 1994 –falsedad en documento privado– y 1998 –estafa–, así como la demora en denunciarlos, en tanto, ello solo ocurrió en 2001. Además, la fiscalía, a la que le correspondió adelantar la investigación, tenía un gran número de expedientes a su cargo, por la entrada en vigencia del sistema penal acusatorio. Todas estas circunstancias demuestran que el ente instructor no incumplió los términos a los que estaba sujeto.

III. SEGUNDA INSTANCIA

1. RECURSO DE APELACIÓN

6. Inconforme con la decisión de primera instancia, la parte demandante interpuso recurso de apelación (fls. 187 a 196, c. ppal. 2). Como sustento de este adujo que en 2001, cuando el demandante presentó la denuncia, la acción penal no había prescrito para ninguno de los delitos, máxime cuando ese cómputo se hace, según el artículo 83 de la Ley 599 de 2000, en consideración a la pena máxima del delito y no a la mínima, como erradamente lo consideró el ente instructor.

2. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA



7. La parte demandante, la Nación-Fiscalía General de la Nación y el Ministerio Público guardaron silencio en esta oportunidad procesal (fls. 205, c. ppal. 2).

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. PRESUPUESTOS PROCESALES

1.1. Jurisdicción, competencia y acción procedente

8. Como en el presente asunto funge como demandada la Nación (artículos 82 y 149 del Código Contencioso Administrativo), su conocimiento corresponde a esta **jurisdicción**, siendo esta Corporación la **competente**, toda vez que el artículo 129 del Código Contencioso Administrativo, subrogado por el artículo 2 del Decreto 597 de 1988 y modificado por el artículo 37 de la Ley 446 de 1998, le asigna el conocimiento en segunda instancia, entre otros asuntos, de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por parte de los tribunales administrativos. Además, en los eventos de error jurisdiccional, defectuoso funcionamiento de la administración de justicia y privación injusta de la libertad la cuantía resulta irrelevante para determinar la competencia, por estar todos estos adscritos funcionalmente de manera exclusiva a los tribunales en primera instancia, tal como lo prevé la Ley Estatutaria de Administración de Justicia¹.

9. De otro lado, el artículo 86² del Código Contencioso Administrativo prescribe que la reparación directa constituye la **acción procedente** para buscar la declaratoria de responsabilidad extracontractual, en los eventos en los que se juzga un hecho de la administración, tal como ocurre en el presente caso.

¹ La Ley 270 de 1996 desarrolló la responsabilidad del Estado en los eventos de error jurisdiccional, defectuoso funcionamiento de la administración de justicia y privación injusta de la libertad y fijó la competencia funcional para conocer de tales asuntos en primera instancia en cabeza de los Tribunales Administrativos y, en segunda instancia, del Consejo de Estado, sin que sea relevante consideración alguna relacionada con la cuantía. Para tal efecto puede consultarse el auto proferido por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo el 9 de septiembre de 2008, exp. 2008-00009-00, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

² “La persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño cuando la causa sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa”.



1.2. La legitimación en la causa

10. Toda vez que el señor José Lisímaco Giraldo Cárdenas comparece al proceso como afectado directo con la actuación de la demandada, se encuentra legitimado por **activa** para reclamar los perjuicios que puedan derivarse de dicha actuación.

11. Respecto de la legitimación en la causa por **pasiva**, la Sala constata que el daño que se invoca en la demanda proviene de actuaciones y decisiones que corresponden a la Nación-Fiscalía General de la Nación, de manera que se encuentra legitimada en el asunto de la referencia.

1.3. La caducidad

12. Teniendo en cuenta que luego de la resolución del 31 de agosto de 2006 que declaró la prescripción de la acción penal y decretó su extinción, no se adelantó ninguna otra actuación, se advierte que está ejecutoriada, según se concluye luego de revisar la totalidad del expediente contentivo de la investigación que fue allegado en copia autentica por la Fiscalía General de la Nación; sin embargo, no se conoce la fecha en que cobró ejecutoria, por lo que para computar la caducidad se tendrá en cuenta su fecha de expedición, por tanto, la demanda presentada el 29 de agosto de 2007 (fl. 14, c. ppal. 1), lo fue en el bienio previsto en el numeral 8 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo³ como término máximo para el ejercicio de la acción de reparación directa.

12.1. En ese sentido, la Sala precisa que aun cuando no se cuenta con la fecha de ejecutoria de la resolución en comento, lo cierto es que si se contara con esta, sería posterior a la de su expedición, por lo que no hay duda respecto de la oportunidad en la que fue promovida la demanda.

³ “La de reparación directa caducará al vencimiento del plazo de dos (2) años, contados a partir del día siguiente del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente del inmueble de propiedad ajena por causa de trabajo público o por cualquiera otra causa”.



2. PROBLEMA JURÍDICO

13. Corresponde a la Sala determinar si la imposibilidad de obtener la indemnización que reclamó el señor José Giraldo, como parte civil, en la investigación penal generó un daño antijurídico imputable a la demandada.

3. HECHOS PROBADOS

14. Sea lo primero referir que los documentos allegados por las partes lo fueron dentro de la oportunidad pertinente, por lo que pueden ser valorados⁴. Además, frente a las pruebas documentales trasladadas del proceso penal⁵, la Sala debe señalar que fueron pedidas por la parte actora (fl. 12, c. ppal. 1), sin que en momento alguno se tacharan de falsas por la parte pasiva. De los medios probatorios se advierten los siguientes hechos que interesan al proceso:

14.1. Según se puede leer en la orden de compra no. 2477 (fl. 24, c. 3), el 24 de julio de 1997, Vehicolda Ltda. compró el vehículo de placas SGN-660 a la señora María López, quien entregó los siguientes documentos: *“Fotocopia tarjeta de propiedad a nombre de: María López. Tarjeta oriign. (sic) de operación 17-11-97 Autolagos S.A. Tarjeta Original del Seguro Obligatorio, vence: 97-12-03. Cerif. Movilaz (sic)”* y quedó pendiente por entregar: *“Paz y salvo de partes a la fecha, recibo de impuestos/97, certificado de tradición, tarjeta de propiedad original a*

⁴ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 28 de agosto de 2013, exp. 25022, C.P. Enrique Gil Botero. En esa oportunidad se dijo que las copias simples obrantes en el proceso y que surtieran el principio de contradicción tienen plenos efectos probatorios. Claro está salvo: *“[S]i se desea acreditar el parentesco, la prueba idónea será el respectivo registro civil de nacimiento o de matrimonio según lo determina el Decreto 1260 de 1970 (prueba ad solemnitatem), o la escritura pública de venta, cuando se busque la acreditación del título jurídico de transferencia del dominio de un bien inmueble (prueba ad sustanciam actus). (...) De modo que, si la ley establece un requisito –bien sea formal o sustancial– para la prueba de un determinado hecho, acto o negocio jurídico, el juez no puede eximir a las partes del cumplimiento del mismo; cosa distinta es si el respectivo documento (v.gr. el registro civil, la escritura de venta, el certificado de matrícula inmobiliaria, el contrato, etc.) ha obrado en el expediente en copia simple, puesto que no sería lógico desconocer el valor probatorio del mismo si las partes a lo largo de la actuación no lo han tachado de falso”*.

⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia del 11 de septiembre de 2013, exp. 20601, C.P. Danilo Rojas Betancourth.



nombre de Vehicolda Ltda., paz y salvo de la empresa afiliado Radio Taxi, Autolagos S.A.”.

14.2. El 23 de septiembre de 1997, Vehicolda Ltda. vendió, según factura de venta No. 2949 (fl. 25, c. 3), el mencionado vehículo a José Contreras, a quien se le dieron los siguientes documentos: *“Fotocopia tarjeta de propiedad a nombre de María López, tarjeta original de operación, vence: 17-11-97 Radio Taxi Autolagos, tarjeta original de seguro obligatorio, vence: 97-12-03, certificado de movilización original”.*

14.3. El 18 de noviembre de 1997, el señor José Contreras autorizó a Vehicolda Ltda. para que traspasara el vehículo en cita a nombre del demandante (fl. 26, c. 3).

14.4. El 16 de febrero de 1998, se inscribió ante la Secretaría de Tránsito y Transporte de Bogotá la compraventa del vehículo de placas SGN-660 y como propietario figura el demandante (fl. 132, c. 3).

14.5. El 5 de junio de 1998, la Fiscalía 102 Seccional de Bogotá, en la investigación con radicación no. 313768, ordenó cancelar el formulario único nacional No. 093-3849122 del 20 de septiembre de 1994 con el que se cambió de servicio público a particular el vehículo de placas SBI-597, antes SB-9587, así (fls. 61 y 62, c. 3):

El art. 61 del C. de P.P. prevé la cancelación de registros obtenidos fraudulentamente, la cual se podrá decretar en cualquier momento del proceso en que aparezca demostrada la tipicidad del hecho punible que dio lugar a la obtención de títulos de propiedad sobre bienes sujetos a registro, para que el funcionario que esté conociendo el asunto ordene la cancelación del título y del respectivo registro.

En el caso sub examine, tenemos que la presente investigación se inició con base en la denuncia formulada por el señor Salvador Acevedo, quien siendo propietario del taxi marca Dodge, modelo 61, placa SB 9587, para el año de 1989 vendió el automotor al señor RUBÉN DAZA y este vendió al señor JUAN GONZÁLEZ, sin que ninguno de ellos [ilegible] los respectivos traspasos ante tránsito.



No obstante, el último propietario señor JUAN GONZÁLEZ, quiso legalizar su traspaso en tránsito obteniendo como resultado, que no se lo aceptaran por cuanto en la carpeta del referido automotor apareció un documento que al parecer legalizaba la venta del cupo del automotor de servicio público a particular, situación que el señor SALVADOR ACEVEDO desconoce y se afirma que nunca lo firmó ni presentó a tránsito.

Fue así, como se solicitó estudio grafológico al DAS, quien confrontó las muestras manuscriturales tomadas a SALVADOR ACEVEDO con la firma que aparece en el formulario único nacional No. 093-3849122, correspondiente al cambio de servicio y radicado en la S.T.T., dentro de la carpeta correspondiente al automotor de placa AB (sic) 9587, estableciendo que las firmas de SALVADOR ACEVEDO, estampadas en el anverso y dorso del documento mencionado, son producto de falsificación por imitación.

Es así, como de acuerdo con la norma citada a saber art. 61 del C. de P.P., la única decisión procedente será la de ordenar la cancelación del título, es decir, del FORMULARIO ÚNICO NACIONAL no. 093-3849122 del 20-09-94, correspondiente al cambio de servicio del automotor de placa SB 9587 y en consecuencia ordenar la cancelación de su respectivo registro, toda vez que se encuentra demostrada que proviene de una flagrante falsificación integral por el sistema de imitación. En consecuencia se oficiará a la oficina correspondiente de tránsito y transporte a efectos de que le den cumplimiento a la presente resolución.

PRIMERO: ORDENAR la cancelación del título y registro obtenido mediante el FORMULARIO ÚNICO NACIONAL no. 093-3849122 del 20-09-94, por medio del cual se estaba cambiando de servicio público a particular el automotor de placa SB 9587, hoy SBI-587, por estar plenamente demostrado que proviene de la falsificación integral por el sistema de imitación de la firma de SALVADOR ACEVEDO y de conformidad con lo dispuesto en el art. 61 del C. de P.P.

14.6. El 16 de marzo de 1999, una secretaria judicial de la fiscalía remitió el oficio no. 2125 a la Secretaría de Tránsito y Transporte de Bogotá, cuyo contenido es del siguiente tenor (fl. 60, c. 3):

Dando cumplimiento a lo ordenado por la señora fiscal 102 delegada de esta unidad, comedidamente solicitamos a usted informar en el término de la distancia cuál fue el trámite realizado a nuestra orden de cancelación de registro obtenido fraudulentamente, lo anterior mediante oficio no. 5471 de junio 19 de 1998. Para mayor ilustración se adjunta fotocopia de la resolución en dos folios.

14.7. El 27 de mayo de 1999, con oficio No. 104308, la Secretaría de Tránsito y Transporte de Bogotá le informó al actor –sin que aparezca que este efectivamente haya recibido el oficio– que la licencia de tránsito de su vehículo quedó cancelada por orden de la Fiscalía 102 Seccional de Bogotá, por cuanto la



reposición de la autorización de operación se hizo de forma fraudulenta, en tanto, la autorización de su vehículo realmente correspondía al automotor de placas SBI-587 (fl. 5, c. 3).

14.8. El 29 de junio de 2000, el actor presentó denuncia penal en contra de los representantes legales de Vehicolda Ltda. por el delito de estafa, pues cuando le vendieron el vehículo de servicio público con placas SGN-660, lo hicieron con una autorización de operación adulterada (fls. 1 y 2, c. 3).

14.9. El 26 de julio de 2000, la Fiscalía 169 Seccional de Bogotá decretó la apertura de la investigación y ordenó escuchar en indagatoria a los representantes legales de Vehicolda Ltda., señores Jorge Méndez y Elber Beltrán (fl. 10, c. 3).

14.10. El 28 de septiembre de 2000, el señor Jorge Méndez rindió indagatoria y, sobre los hechos materia de investigación, indicó (fls. 14 a 18, c. 3):

Este vehículo fue adquirido en una permuta a una señora que no recuerdo el nombre en este momento, de la cual le haré llegar copia de la correspondiente factura, dos meses más o menos después, se lo vendimos a un señor FABIO CONTRERAS y él a su vez otros dos meses después se lo vendió a dicho señor [el demandante], autorizando que le efectuara el traspaso correspondiente de dicho vehículo. Yo entregué un Daewoo nuevo modelo 1997, recibiendo como parte de pago este vehículo que se encuentra en el traspaso. Esto fue en el año de mil novecientos noventa y siete, a mediados de año. El vehículo estuvo en poder de la compañía aproximadamente un mes y medio, en ese entonces la señora nos hizo el traspaso a nombre de nosotros, recibí de ella la tarjeta de propiedad a nombre de Vehicolda Ltda., seguro obligatorio, recibos de impuestos y paz y salvo de la empresa, que es lo que se requiere en la compra de esa clase de vehículo. El vehículo ya venía matriculado porque ya había estado trabajando. Hasta ese momento el vehículo no tenía ningún problema porque de lo contrario hubieran bloqueado el traspaso.

14.11. El mismo día, rindió indagatoria Elber Beltrán, quien se limitó a indicar que no tenía conocimiento de la venta del vehículo ni la forma en que esta se efectuó (fls. 19 a 21, c. ppal.).



14.12. El 9 de octubre de 2000, la Fiscalía 169 Seccional de Bogotá ordenó la remisión de las diligencias a la Fiscalía 102 Seccional de Bogotá, así (fl. 32, c. 3):

Sería el caso continuar con el conocimiento de las presentes diligencias si no se observara que por los mismos hechos se encuentra cursando investigación ante la fiscalía 102 homóloga como lo refiere la el numeral 9 de la denuncia instaurada por el señor JOSÉ LISÍMACO GIRALDO CÁRDENAS, por el hecho punible de HURTO DE UN CUPO, ya que fue precisamente esa Delegada quien ordenó el restablecimiento del derecho y la cancelación del cupo adjudicado al vehículo MARCA HYUNDAI, MODELO 1.994, SERVICIO, COLOR AMARILLO, MOTOR G4DJR 218454, como consta en certificación emanada de la Secretaría de Tránsito y Transporte de esta ciudad.

Siendo así las cosas y en aras de garantizar el principio de la Unidad de la prueba y de la economía procesal, lo procedente es ordenar la remisión de las presentes diligencias a la Fiscalía referida.

De no estar de acuerdo con esta determinación propongo desde ya conflicto negativo administrativo de competencias.

14.13. El 27 de octubre de 2000, el asistente de la mencionada fiscalía remitió la diligencias según se ordenó en la decisión en cita (fl. 33, c. 3).

14.14. El 27 de febrero de 2001, la Fiscalía 102 Seccional de Bogotá ordenó devolver las diligencias remitidas por la Fiscalía 169 Seccional de Bogotá, bajo la siguiente consideración (fls. 34 y 35, c. 3):

Con fecha 7 de Noviembre del año dos mil, se recibió en este despacho la presente actuación para que fuera adjuntada a la investigación que aquí se adelantaba, según lo afirma el señor Fiscal Seccional 169.

A partir de aquél momento la fiscalía ha destinado tiempo y compañeros para procurar establecer a qué radicación se podría referir, no fue posible encontrarla. Revisado el sistema, esta fiscalía no adelanta proceso alguno contra Jorge Méndez y Elber Beltrán.

Como en la certificación de Tránsito se dice que se comunicó el día 27 del mes quinto del 99, el restablecimiento del derecho mediante oficio No. 5471, este despacho desarchivó el paquete de oficios del año 99, en donde se encuentra el número y con ese número se hicieron dos comunicaciones, una a la Registraduría Nacional del Estado Civil y el otra para un Juzgado Civil del Circuito, pero en el mes de junio, ya que el consecutivo con ese número fue en el mes de junio y no en el mes de mayo.



Como esto no nos dio resultado, se procedió a desarchivar las copias de las Resoluciones interlocutorias de los meses de marzo, abril y mayo de 1999 y tampoco aparece copia de esa resolución.

Como todas las gestiones resultaron infructuosas, este despacho no puede conocer de las diligencias, pues si en alguna ocasión se pudo haber iniciado la investigación, lo fue por el delito de falsedad posiblemente por comunicación de la Secretaría de Tránsito y Transporte y es posible que ese proceso haya conocido (sic) alguna otra información para dar con el paradero de esa investigación.

Por lo anterior y sin que tengamos que pronunciarnos al conflicto de competencia propuesto, devuelve el proceso al señor Fiscal Seccional 169, para que continúe con la instrucción, toda vez que como se ha reiterado, no ha sido posible, en esta Fiscalía identificar el proceso al cual probablemente debe allegarse este para adelantarlos conjuntamente.

14.15. El 28 de febrero de 2001, el actor denunció penalmente a los mencionados representantes legales por el delito de falsedad en documento público agravada (fls. 1 a 5, c. 2).

14.16. El 2 de marzo de 2001, el asistente de la Fiscalía 102 Seccional de Bogotá remitió las diligencias a la Fiscalía 169 Seccional de Bogotá (fl. 36, c. 3).

14.17. El 9 de abril de 2001, la Fiscalía 159 Seccional de Bogotá asumió, entre el 9 y el 11 de abril de 2001, la carga laboral de la Fiscalía 169 Seccional de Bogotá, por cuanto el titular de ese despacho gozaba de licencia ordinaria (fl. 37, c. 3).

14.18. El 10 de abril de 2001, la mencionada fiscalía se abstuvo de imponer medida de aseguramiento en contra de los representantes legales de Vehicolda Ltda. y ordenó efectuar una inspección judicial a los archivos de a las carpetas de los vehículos de placas SGN-660 y SBI-587, asimismo precisar qué fiscalía ordenó la cancelación de la autorización de operación del vehículo del demandante (fls. 38 a 43, c. 3).

14.19. El 21 de mayo de 2001, la Fiscalía 169 Seccional de Bogotá decretó la apertura de la investigación por el delito de falsedad en documento público agravada (fls. 18 y 19, c. 2).



14.20. El 29 de mayo de 2001, se fijó para el 20 de junio de ese año la inspección judicial en comento (fl. 47, c. 3).

14.21. El 17 de julio de 2001, la señora María López rindió declaración, en la que sostuvo que compró el carro de placas SGN-660 a finales de 1995 o comienzos de 1996, lo tuvo por espacio de un año y luego lo vendió a Vehicolda Ltda., oportunidad en la que entregó todos los documentos de dicho vehículo (fls. 48 y 49, c. 2).

14.22. El 17 de octubre de 2001, la Fiscalía 169 Seccional de Bogotá ordenó llevar a cabo la inspección judicial, por cuanto a esa fecha aún no se había efectuado (fl. 50, c. 3). El 11 de diciembre de 2001, se programó la diligencia para el 30 de enero de 2002 (fl. 51, c. 3).

14.23. El 23 de abril de 2002, se llevó a cabo la diligencia de inspección judicial a la carpeta del vehículo SGN-660, así: “[U]n folder no. 60725 en cuyo interior se aprecian 51 folios, de los cuales solicitamos copias en su totalidad. Acto seguido se dispone a desglosar de la carpeta el folio número uno, correspondiente al boletín de devolución no. 115619 de la Secretaría de Tránsito y Transporte de Bogotá - División Gestión de Vehículos” (fl. 78, c. 2).

14.24. Con el mencionado boletín de devolución, la Secretaría de Tránsito y Transporte de Bogotá informó, el 23 de noviembre de 1999, a Radio Taxi Auto Lagos S.A. que: “Dando cumplimiento a las respectivas Fiscalías, fue cancelado el registro de los automotores SGN-347, Fiscalía 103 según oficio no. 7218; SGN-660, Fiscalía 102 según oficio no. 5471 y SGQ-480, Fiscalía 92 según oficio no. 9410. Motivo: reposición fraudulenta por restablecimiento del derecho” (fl. 79, c. 2).

14.25. El 6 de mayo de 2002, la fiscalía ordenó oficiar a la Secretaría de Tránsito y Transporte de Bogotá para que remitiera el historial de los vehículos de placas SGN-660 y SBI-587 (fl. 136, c. 2).



14.26. El 4 de septiembre de 2002, la fiscalía ordenó oír en declaración a María López –propietaria anterior del vehículo del demandante– y a José Contreras – otro propietario anterior–, además dispuso que la Secretaría de Tránsito y Transporte de Bogotá remitiera copia del oficio no. 5471 que ordenó cancelar la autorización de operación del vehículo del demandante (fl. 52, c. 3).

14.27. El 3 de octubre de 2002, la Secretaría de Tránsito y Transporte de Bogotá indicó que en sus archivos no reposaba el oficio no. 5471 requerido, pero en su lugar remitió copia del oficio no. 2125 y de la resolución 5 de junio de 1998 de la Fiscalía 102 Seccional de Bogotá, que ordenaron cancelar la autorización de operación del vehículo del demandante (fl. 59, c. 3).

14.28. El 12 de noviembre de 2002, con base en la anterior información, la Fiscalía 169 Seccional de Bogotá ordenó oficiar a la Fiscalía 102 Seccional de Bogotá para que informara *“en qué estado se encuentran las diligencias radicadas bajo el número 313768 [en la que se emitió la orden de cancelar la autorización de operación del vehículo del demandante], remitiendo a la vez fotocopia por duplicado de la denuncia y de las decisiones de fondo que se hayan dictado”* (fl. 63, c. 3).

14.29. El 3 de diciembre de 2002, la Fiscalía 102 Seccional de Bogotá contestó el anterior requerimiento e informó *“que el sistema no reportó la radicación no. 313768. Estaremos dispuestos a suministrar la información que allí se indica, si nos aportan nombres y apellidos del sindicato como el número de cédula”* (fl. 65, c. 3).

14.30. El 7 de mayo de 2003, la Fiscalía aceptó la demanda de constitución de parte civil presentada por el accionante (fls. 4 y 5, c. 2), con la cual pretendía (fl. 2, c. 2):

1o.- PERJUICIOS DEL ORDEN MORAL.- Todo hecho delictivo causa unos perjuicios del moral, los cuales es imposible medir su intensidad, pero como la doctrina, la jurisprudencia y últimamente la ley se han ocupado del mismo, los estimo en la suma de 5.000.000 gramos oro fino.



2o.- El lucro cesante, teniendo en cuenta que para mayo 27/99, el automotor, dejaba una utilidad líquida de \$1.200.000 mcte., mensual y desde esa fecha al momento actual, han transcurrido 48 meses, tenemos para decir que mi prohijado, ha dejado de percibir la suma de \$57.600.000 mtce., en este momento provisionalmente estimo los perjuicios.

3o.- DAÑO EMERGENTE.- Con la conducta materia de investigación, se le causaron graves perjuicios al señor JOSÉ LISÍMACO GIRALDO CÁRDENAS, ya que como consecuencia de dicha situación, el rodante descrito en el acápite de hechos de esta demanda, se ha venido deteriorando con el pasar del tiempo, por falta de uso, por ejemplo el motor se encuentra en mal estado por cuanto los empaques se han pegado por falta de uso, dichos perjuicios los estimo provisionalmente en la suma de \$15.000.000 mcte.

14.31. El 3 de junio de 2003, la fiscalía negó la práctica de una inspección judicial a la oficina de la empresa Radio Taxi Auto Lagos S.A. solicitada por el apoderado de la parte civil (fl. 67, c. 3):

[C]omoquiera que la misma se practicó el día 23 de abril del año anterior, habiéndose obtenido acceso al folder no. 60725 obteniéndose copias de los folios que ahí reposan.

Del estudio de los mismos selo se tiene información que el vendedor inicial fue la firma en comento, más en dicha documentación no reposa información alguna que permita establecer quién fue la persona que se encargó de los trámites pertinentes a la matrícula y adquisición del cupo para el rodante de referencia, haciéndose en consecuencia necesario citar a la representante legal de la entidad para escucharla en aplicación de denuncia a efectos de establecer tal información, lo cual se ordenará en resolución separada.

14.32. El 9 de junio de 2003, la fiscalía dispuso la práctica de las siguientes pruebas (fl. 68, c. 3):

1. Solicitar a la firma RADIO TAXI AUTO LAGOS S.A. informe quién era el representante legal de la citada entidad para el año de 1994.

2. Solicitar a la firma RADIO TAXI AUTO LAGOS S.A. informe el nombre de la persona que se encargó de los trámites de la matrícula del rodante de placas SGN-660, en especial lo atinente a la adquisición del cupo como rodante de servicio público.

3. Citar de manera inmediata a la señora MARÍA BOTERO, gerente de la citada empresa, o quien haga sus veces, a fin de que comparezca a rendir declaración de manera inmediata dentro de las presentes diligencias.



4. Solicitar al SETT [Servicios Especializados de Tránsito y Transporte] informe si en sus archivos reposa el documento original donde consta la venta del cupo del rodante de placas SB-9587 hoy SBI-587, caso de poseerlo, remitir el mismo para estudio de descarte decadactilar con el fin de establecer quién fue la persona que adelantó dicho trámite.

5. Solicitar nuevamente a la Fiscalía 102 se ordene a quien corresponde el desarchivo de las previas no. 313768 con el fin de obtener de allí información pertinente al caso que nos ocupa.

14.33. El 26 de junio de 2003, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá devolvió el expediente contentivo de la investigación penal adelanta por motivo de la denuncia presentada por el demandante, así: “[E]l cual fue remitido en calidad de préstamo para practicarle inspección y obre dentro de la acción de tutela de la referencia, la que mediante fallo del diecisiete de los cursantes fue declarada improcedente” (fl. 72, c. 3).

14.34. En el plenario no obra alguna otra prueba referida a dicha acción de tutela, sin embargo, una vez revisado el Sistema de Gestión Judicial Siglo XXI se pudo verificar que el aquí demandante interpuso el 30 de mayo de 2003, ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, bajo radicación no. 11001-22-04-000-2003-00532-01, acción de tutela, en contra de la Fiscalía 169 Seccional de Bogotá. La que fue desestimada el 17 de junio de 2003, decisión confirmada por la Corte Suprema de Justicia el 13 de agosto de 2003.

14.35. El 17 de julio de 2003, Servicios Especializados de Tránsito y Transporte contestó el requerimiento hecho por la fiscalía el 9 de junio de 2003, así (fl. 74, c. 3):

En atención al oficio de la referencia, remitimos a usted fotocopia, por duplicado, del historial correspondiente al vehículo de placa SHI-896 el cual entró al parque automotor de Bogotá por reposición del vehículo de placa SBI-587 donde encontrará certificación firmada por el propietario autorizando la mencionada reposición.

Por otra parte quiero comunicarle que en nuestro archivo físico NO reposa constancia alguna sobre la venta del cupo del rodante SBI-587, toda vez que se trata de un acuerdo contractual que realiza el propietario del vehículo que canceló y no es exigible para dar curso al trámite.



14.36. El 11 de agosto de 2003, la fiscalía insistió en la práctica de las siguientes pruebas (fl. 84, c. 3):

- 1. Solicitar a la firma RADIO TAXI AUTO LAGOS S.A. informe quién era el representante legal de la citada entidad para el año de 1994.*
- 2. Solicitar a la firma RADIO TAXI AUTO LAGOS S.A. informe el nombre de la persona que se encargó de los trámites de la matrícula del rodante de placas SGN-660, en especial lo atinente a la adquisición del cupo como rodante de servicio público.*
- 3. Citar de manera inmediata a la señora MARÍA BOTERO, gerente de la citada empresa, o quien haga sus veces, a fin de que comparezca a rendir declaración de manera inmediata dentro de las presentes diligencias.*

14.37. El 8 de octubre de 2003, la fiscalía dispuso (fl. 86, c. 3):

Solicitar al Sett o quien haga sus veces informe si en la carpeta del vehículo de placas AB-9587 se encuentra el formulario único nacional no. 093-3849122 del 20 de septiembre de 1994 por medio del cual se cambió de servicio público a particular el automotor en mención, hoy SBI-587. Caso positivo remitir el original para el estudio pertinente, el cual se remitirá una vez ello efectuado (sic).

14.38. El 21 de enero de 2004, la Fiscalía 102 Seccional de Bogotá remitió a la Fiscalía 169 Seccional de Bogotá, copia de la denuncia por la cual se inició la investigación previa no. 312768, en la que se ordenó cancelar la autorización de operación del vehículo del demandante, igualmente, copia de la decisión del 24 de septiembre de 1998, por la cual se decidió suspender la investigación previa en cita (fls. 100 a 105, c. 3).

14.39. El 27 de abril de 2004, la fiscalía ordenó oficiar a la Secretaría de Tránsito y Transporte para que remitiera el formulario único nacional no. 093-3849122 del 20 de septiembre de 1994 y a la Fiscalía 102 Seccional de Bogotá para que remitiera las actuaciones adelantadas en la investigación previa no. 312768 – donde se ordenó la cancelación de la autorización de operación del vehículo del demandante– (fl. 106, c. 3).



14.40. El 7 de septiembre de 2004, la Fiscalía 169 Seccional de Bogotá clausuró la investigación, comoquiera que el término de instrucción ya estaba vencido (fl. 110, c. 3).

14.41. El 24 de noviembre de 2005, la Fiscalía 160 Seccional de Bogotá precluyó la investigación por los delitos de falsedad en documento público agravada y estafa a favor de los implicados (fls. 134 a 141, c. 3). El 1º de diciembre de 2005, el actor apeló la anterior decisión (fls. 144 a 147, c. 3).

17.9. El 31 de agosto de 2006, la Fiscalía 34 delegada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá resolvió la apelación presentada por la parte civil, pero se limitó a declarar prescrita y en consecuencia extinta la acción penal, así (fls. 10 a 18, c. 2):

[E]n punto del tema de la prescripción a aplicar, y teniendo como fecha de ocurrencia de los hechos delictivos; respecto del delito de falsedad, septiembre de 1994, y con relación al punible de estafa, 16 de febrero de 1998, se concluye entonces que tal fenómeno jurídico ha operado para el caso en estudio, habiendo transcurrido para el delito de estafa un término superior al máximo de la pena imponible que corresponde a ocho años, y en tratándose de la falsedad, igualmente ha transcurrido un término amplio, que supera los seis años de pena imponible para ese ilícito, aun contando con la circunstancia de agravación punitiva del uso del documento.

4. ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL

15. Con el fin de abordar integralmente la problemática que supone el recurso de apelación interpuesto, la Sala analizará la demostración del daño, toda vez que se trata del primer elemento que debe dilucidarse para establecer la responsabilidad extracontractual del Estado⁶, de manera que, solo una vez resuelto el tema relativo a la afectación de los intereses de la parte demandante, se entrará a estudiar la imputación.

4.1. El daño

⁶ Cfr. HENAO, Juan Carlos. *El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, p. 37.



16. En el *sub lite*, el daño alegado en la demanda es la imposibilidad de obtener la indemnización que reclamó el actor, como parte civil, en la investigación penal.

4.1.1. La pérdida de oportunidad como daño en el presente asunto

17. Como se vio, el actor pretende que se le indemnice la pérdida de oportunidad de obtener el pago de la indemnización. En otrora, la Sala sostenía que los criterios para establecer la existencia de una pérdida de oportunidad como un verdadero daño antijurídico eran⁷:

(i) Certeza respecto de la existencia de una oportunidad que se pierde, aunque la misma envuelva un componente aleatorio, lo cual significa que esta modalidad de daño da lugar a un resarcimiento a pesar de que el bien lesionado no tiene la entidad de un derecho subjetivo –pues se trata de un mero interés legítimo, de la frustración de una expectativa, sin que ello suponga que se trata de un daño puramente eventual–, siempre y cuando se acredite inequívocamente la existencia de “una esperanza en grado de probabilidad con certeza suficiente”⁸ de que de no haber ocurrido el evento dañoso, la víctima habría mantenido la expectativa de obtener la ganancia o de evitar el detrimento correspondientes⁹;

(ii) Imposibilidad definitiva de obtener el provecho o de evitar el detrimento, vale decir, la probabilidad de obtener la ventaja debe haberse convertido en inexistente, pues si la consolidación del daño dependiera aún del futuro, se trataría de un perjuicio eventual e hipotético, no susceptible del reconocimiento de una indemnización que el porvenir podría convertir en

⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sección Tercera, sentencia del 11 de agosto de 2010, exp. 18593, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

⁸ [Cita original del texto] TRIGO REPRESAS, Félix Alberto. *Pérdida de chance Presupuestos. Determinación. Cuantificación*, Astrea, Buenos Aires, 2008, p. 38-39.

⁹ [Cita original del texto] A este respecto se ha sostenido que: “[L]a chance u oportunidad, es una posibilidad concreta que existe para obtener un beneficio. El incierto es el beneficio pero la posibilidad de intervenir es concreta, pues existe de forma indiscutible. Por eso sostenemos que existe daño jurídicamente indemnizable cuando se impide esa oportunidad o esa chance: se presenta el daño (...) Las dificultades pueden presentarse en la evaluación, porque lógicamente ésta no puede ser la del beneficio que posiblemente se habría obtenido sino otra muy distinta”. MARTÍNEZ RAVÉ, Gilberto y MARTÍNEZ TAMAYO, Catalina. *Responsabilidad civil extracontractual*, Temis, Bogotá, 2003, p. 260.

En similar sentido, Trigo Represas señala que: “[E]n efecto, si la chance aparece no sólo como posible, sino como de muy probable y de efectiva ocurrencia, de no darse el hecho dañoso, entonces sí constituye un supuesto de daño resarcible, debiendo ser cuantificada en cuanto a la posibilidad de su realización y no al monto total reclamado. // La pérdida de chance es, pues, un daño cierto en grado de probabilidad; tal probabilidad es cierta y es lo que, por lo tanto, se indemniza (...) cuando implica una probabilidad suficiente de beneficio económico que resulta frustrada por el responsable, pudiendo valorársela en sí misma con prescindencia del resultado final incierto, en su intrínseco valor económico de probabilidad”. TRIGO REPRESAS, Op. cit., p. 263.



indebida¹⁰; lo expuesto se antoja lógico en la medida en que si el resultado todavía puede ser alcanzado, el “chance” aún no estaría perdido y nada habría por indemnizar; por tanto, si bien se mantiene la incertidumbre respecto de si dicho resultado se iba a producir, o no, la probabilidad de percibir la ganancia o de evitar el perjuicio sí debe haber desaparecido definitivamente del patrimonio –material o inmaterial– del individuo porque dichos resultados ya no podrán ser alcanzados jamás.

Tal circunstancia es la que permite diferenciar la ‘pérdida de oportunidad’ del ‘lucro cesante’ como rubros diversos del daño, pues mientras que la primera constituye una pérdida de ganancia probable –dado que, según se ha visto, por su virtud habrán de indemnizarse las expectativas legítimas y fundadas de obtener unos beneficios o de evitar una pérdida que por razón del hecho dañoso nunca se sabrá si habrían de conseguirse, o no–, el segundo implica una pérdida de ganancia cierta –se dejan de percibir unos ingresos que ya se tenían¹¹–

(iii) La víctima debe encontrarse en una situación potencialmente apta para pretender la consecución del resultado esperado, es decir que debe analizarse si el afectado realmente se hallaba, para el momento en el cual ocurre el hecho dañino, en una situación tanto fáctica como jurídicamente idónea para alcanzar el provecho por el cual propugnaba, posición jurídica que ‘no existe cuando quien se pretende damnificado, no llegó a emplazarse en la situación idónea para hacer la ganancia o evitar la pérdida’¹².

17.1. Con fundamento en el tercer criterio en cita, en un asunto con similitudes fácticas –imposibilidad de obtener indemnización como parte civil por motivo de la prescripción de la acción penal–, con sentencia del 2 de mayo de 2016¹³, la Sala advirtió que el ahí demandante no se encontraba en una situación potencialmente apta para acceder a lo pretendido como parte civil, toda vez que no se advirtió evidencia de la existencia de un delito que pudiera imputarse al investigado. De tal suerte que no podía entenderse configurada la pérdida de

¹⁰ [Cita original del texto] Cfr. HENAO, Op. cit. p. 159-160.

¹¹ [Cita original del texto] Al respecto la doctrina afirma que: “[E]n el lucro cesante está ‘la convicción digamos más o menos absoluta de que determinada ganancia se produzca’, mientras que en la pérdida de chance hay ‘un álea que disminuye las posibilidades de obtenerla’, diríase que en el lucro cesante el reclamo se basa en una mayor intensidad en las probabilidades de haber obtenido esa ganancia que se da por descontado que de no haberse producido el hecho frustrante se habría alcanzado. Desde el prisma de lo cualitativo cabe señalar que el lucro cesante invariablemente habrá de consistir en una ganancia dejada de percibir, en tanto que la pérdida de chance puede estar configurada por una ganancia frustrada y además por la frustración de una posibilidad de evitar un perjuicio”. VERGARA, Leandro. *Pérdida de chance. Noción conceptual. Algunas precisiones*, LL, 1995-D-78, N° 3. Citado por: TRIGO REPRESAS, Op. cit., p. 262.

¹² [Cita original del texto] ZANNONI, Eduardo. *El daño en la responsabilidad civil*, Astrea, Buenos Aires, 1987, p. 110-111.

¹³ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 2 de mayo de 2016, exp. 37111, C.P. Ramiro Pazos Guerrero.



oportunidad como daño resarcible, por lo que en esa ocasión, el daño se centró en la afectación al derecho constitucional y convencionalmente protegido a acceder a la administración de justicia por la imposibilidad de obtener una decisión definitiva.

17.2. Sin embargo, en sentencia del 5 de abril de 2017¹⁴, la Sala consideró que el tercer criterio en comentario –situación potencialmente apta– no debía estudiarse en sede de daño, pues correspondía hacerlo cuando se analizara la imputación, comoquiera que:

El análisis de si el afectado se hallaba, para el momento en el cual ocurre el hecho dañino, en una situación tanto fáctica como jurídicamente idónea para alcanzar el provecho o evitar el perjuicio por el cual propugnaba o pretendía escapar no es un elemento del daño de pérdida de oportunidad sino que constituye un criterio para definir la imputación de la entidad demandada. Lo anterior por cuanto probatoriamente puede llegar a concluirse que la víctima no se encontraba en una posición idónea a partir de la cual pueda reclamar la existencia de una pérdida de oportunidad, lo que conllevaría a configurar una causal eximente de responsabilidad estatal. Así las cosas, dicha causal exonerativa puede liberar de responsabilidad al demandado en forma total cuando la víctima con su actuación contribuyó de modo definitivo al truncamiento de la oportunidad y, por ende, debe asumir las consecuencias de su actuación, o puede demostrarse que su actuación, en asocio con el proceder del demandado, incidió de modo relevante en la pérdida de oportunidad, lo que conduciría a afirmar que se presenta un fenómeno de concausalidad, circunstancia en la cual el resultado no será, en principio, la exoneración total de responsabilidad, sino que se aplicará una reducción a la indemnización.

17.3. En ese orden, la Sala precisó que los elementos de esta tipología de daño son: “i) falta de certeza o aleatoriedad del resultado esperado, es decir, la incertidumbre respecto a si el beneficio o perjuicio se iba a recibir o evitar; ii) certeza de la existencia de una oportunidad; iii) certeza de que la posibilidad de adquirir el beneficio o evitar el perjuicio se extinguió de manera irreversible del patrimonio de la víctima”¹⁵.

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 5 de abril de 2017, exp. 25706, C.P. Ramiro Pazos Guerrero.

¹⁵ *Ibidem*.



18. Entonces, la Sala acoge el cambio jurisprudencial descrito y con fundamento en este resolverá el presente asunto, por lo que no es necesario, como hizo en anterior oportunidad, verificar si la víctima se encontraba en una situación potencialmente apta para pretender la consecución del resultado esperado.

18.1. Así, en relación con los dos primeros elementos aludidos, está acreditado que el accionante podía recuperar el dinero que adujo perdió por cuenta de la cancelación de la autorización de operación de su vehículo, toda vez que demostró que se constituyó como parte civil en la investigación penal, lo que le brindaba la oportunidad de ser resarcido por los implicados, siempre y cuando se los hubiese encontrado penalmente responsables de los delitos por los que se les investigaba.

18.2. Sin embargo, en cuanto al tercer elemento descrito para que se configure esta tipología de daño, según la variación jurisprudencial del 5 de abril de 2017, se tiene que la posibilidad de obtener la reparación pretendida no se extinguió por la declaratoria de la prescripción de la acción penal¹⁶.

19. Para el momento en el que se declaró la prescripción de la acción penal, el señor José Giraldo podía acudir a la justicia civil para reclamar el pago de los perjuicios a quienes le vendieron su vehículo con la autorización de operación adulterada, actuación que, como se verá, pudo haber ejecutado aún para la fecha en que promovió la presente demanda.

¹⁶ *Ididem*. En esa oportunidad se precisó, respecto del tercer elemento de la pérdida de oportunidad que: “[S]e debe acreditar la imposibilidad definitiva de obtener el provecho o de evitar el detrimento. Es indispensable que se tenga la certeza de que la posibilidad de acceder al beneficio o evitar el perjuicio fue arrancada definitivamente del patrimonio -material o inmaterial- del individuo tornándola en inexistente, porque si el beneficio final o el perjuicio eludido aún pendiera de la realización de una condición futura que conduzca a obtenerlo o a evitarlo, no sería posible afirmar que la oportunidad se perdió, ya que dicha ventaja podría ser aún lograda o evitada y, por ende, se trataría de un daño hipotético o eventual ; dicho de otro modo, si bien se mantiene incólume la incertidumbre respecto de si dicho resultado se iba a producir, o no, la probabilidad de percibir el beneficio o de evitar el perjuicio sí debe haber desaparecido de modo irreversible, en la medida en que si el resultado todavía puede ser alcanzado, el “chance” aún no estaría perdido y, entonces, no habría nada por indemnizar”.



19.1. De conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional¹⁷, quien acude como parte civil a la jurisdicción penal, para obtener la reparación de un perjuicio causado por un delito y se declara la prescripción de la acción penal, puede posteriormente, y con el mismo propósito, hacerlo ante la justicia civil.

19.2. Lo anterior, por cuanto la decisión que da por concluida la acción penal, en tratándose de la acción civil promovida en el marco de una investigación penal, solo hace tránsito a cosa juzgada en los eventos del artículo 57¹⁸ de la Ley 600 de 2000, donde no se incluye la declaratoria de prescripción de la acción penal, pues *“mientras la sentencia condenatoria penal representa un valor absoluto de cosa juzgada, la absolutoria de la responsabilidad criminal del sindicado, respecto de su incidencia en el campo civil, se encuentra sujeta a los lineamientos trazados por las normas pertinentes, en especial, para los efectos del caso, por el artículo 57 del Código de Procedimiento Penal”*¹⁹.

¹⁷ Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-570 del 15 de julio de 2003, exp. D-4436, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. En esa ocasión se precisó que “[E]l fin de la prescripción es sustraer al sindicado del poder punitivo del Estado, no sería razonable que el juez penal dictara la condena en perjuicios si la acción penal ya ha sido prescrita. La coherencia interna exigida por el proceso penal obliga a que la pretensión adyacente de naturaleza civil siga la suerte de la pretensión principal y que si esta desaparece, desaparezca la primera como su consecuencia lógica. **Ello no obsta, sin embargo, para reconocer (...) [que] el afectado patrimonialmente por la conducta conserva la facultad de acudir a la jurisdicción civil para solicitar la indemnización correspondiente**” (negritas fuera de texto).

Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-899 del 7 de octubre de 2003, exp. D-4562, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Sobre el particular indicó: “[L]a alternativa adoptada por el legislador colombiano (...) consiste en establecer ciertas causales de absolución por las que la decisión del juez penal tiene efectos de cosa juzgada erga omnes, interrumpiendo así los procesos civiles que se sigan coetáneamente contra el procesado e impidiendo la iniciación de nuevos procesos en los que se pretenda discutir la responsabilidad civil por el ilícito del cual se lo absuelve. (...) [E]n estos casos el juez civil no está habilitado por la ley para desconocer la decisión tomada por el juez penal, razón por la cual deberá dar por terminado el proceso civil iniciado contra el sindicado o rechazar las demandas que se dirijan contra el mismo y que tengan como propósito discutir la responsabilidad civil surgida de la conducta que se le endilgaba”.

¹⁸ “Efectos de la cosa juzgada penal absolutoria. La acción civil no podrá iniciarse ni proseguirse cuando se haya declarado, por providencia en firme, que la conducta causante del perjuicio no se realizó o que el sindicado no lo cometió o que obró en estricto cumplimiento de un deber legal o en legítima defensa”.

¹⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 5 de julio de 2007, exp. 13039, M.P. César Julio Valencia Copete.



19.3. En efecto, la declaratoria de la prescripción de la acción penal no impide a la parte civil que inicie otro proceso para pretender la indemnización, tal como lo indicó la Corte Suprema de Justicia²⁰:

[E]l tribunal no incurrió en el yerro que le achaca el impugnador de pasar por alto que el demandado en este proceso fue “juzgado y absuelto penal y civilmente por la justicia penal y, (...) por tanto, no se le puede encausar civilmente por la misma causa (...)”, porque aunque es cierto que fue liberado de responsabilidad penal por el delito cuya autoría se le imputó, tal absolución no se extendió a la responsabilidad civil emergente del mismo hecho, pues dicho aspecto no fue abordado por el juez penal, dado el carácter absolutorio de la decisión, porque como bien se sabe la resolución sobre el resarcimiento del daño pende de una condición de procedibilidad, cual es la sentencia penal condenatoria. En otras palabras, si no hay condena penal, no hay decisión sobre la obligación indemnizatoria civil dentro del proceso penal. (...)

En tales condiciones, es evidente que el cuestionamiento que se le formula resulta carente de razón, porque no es cierto, como asegura el impugnador, que en dicho proceso se hubiere absuelto de responsabilidad penal y civil al procesado (...), con autoridad de cosa juzgada y que por tal razón a la justicia civil le estaba vedado el conocimiento de una pretensión concerniente a la responsabilidad civil emergente del hecho dañino, pues como se anotó, en dicho proceso no existió pronunciamiento alguno sobre la responsabilidad civil de aquel, por cuanto se absolvió de la responsabilidad punitiva. Por supuesto que tampoco hizo caso omiso de la absolución penal del procesado, la cual apreció, pero desconociendo su incidencia en el presente proceso civil por la razón anteriormente expuesta, la cual ineficazmente combate el recurrente.

19.4. De ahí que el actor contara con la acción ordinaria para reclamar los perjuicios a quienes le vendieron el vehículo con las irregularidades anotadas, cuya prescripción estaba dada en los artículos 2358 y 2536 del Código Civil. El primero prevé:

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

Las acciones para la reparación del daño que puedan ejercitarse contra terceros responsables, conforme a las disposiciones de este capítulo, prescriben en tres años contados desde la perpetración del acto.

²⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 12 de agosto de 2003, exp. 7346, M.P. José Fernando Ramírez Gómez.



19.5. Ahora, sobre el alcance de dicha disposición, la Corte Suprema de Justicia advirtió²¹:

En el Campo de la responsabilidad civil de que trata el Título 34 del Libro 4º del C. C., los derechos y las acciones tendientes a la reparación del daño obviamente están sujetos a extinguirse por cualquiera de los modos que enumera el artículo 1625 ibídem, y entre ellos la prescripción.

El término de prescripción de las acciones tendientes al resarcimiento del daño en la responsabilidad por culpa aquiliana no es igual en todos los casos. Depende de la naturaleza del hecho que lo haya causado, así:

I) Cuando el hecho ilícito es obra de persona que se halla bajo el cuidado o la dependencia de otra, la prescripción a favor de ésta (tercero responsable) actúa en tres años a partir del momento en que se produjo el hecho nocivo, según lo dispone el segundo inciso del artículo 2358 del C. C.

II) Si el daño proviene de las cosas animadas o inanimadas o de un hecho propio de la persona responsable no constitutivo de delito o culpa punible, o sea no delictuoso desde el punto de vista penal, la prescripción está sujeta a las normas generales de la ley civil (Arts. 2535 y 2536 del C. C., 1º de la Ley 50 de 1936), es decir, se consume a los veinte años de ocurrido el hecho que lo produjo.

*III) Otro tanto ocurre cuando el hecho nocivo, aunque se le considere penalmente delictuoso, no haya dado lugar a proceso penal. Se trata de un hecho civilmente ilícito, por violación de la norma *neminem laedere*, y la acción indemnizatoria correspondiente es autónoma y se sujeta igualmente a las normas generales sobre prescripción establecidas por el Código Civil.*

IV) Si el hecho que produjo el daño dio lugar a un proceso penal, porque se estimó que podía ser constitutivo de infracción, y éste no culminó con sentencia condenatoria por cualquier causa, v. gr., porque se declaró prescrita la acción penal (como ocurrió en el caso sub judice), en tal evento no es aplicable en modo alguno el primer inciso del Art. 2358 del C. C., ni el Art. 101 del C. P., los cuales suponen necesariamente una sentencia condenatoria a una pena, precisamente por haberse declarado que el suceso objeto de la investigación era constitutiva de delito y que el procesado fue el responsable. En este caso, pues, se aplican las normas generales del C. C.

V) Finalmente, si el perjuicio se produjo como consecuencia de delito intencional o culposos, penalmente punible, declarado tal en el proceso penal respectivo, la prescripción estaría regulada por los artículos 101 del C. P. y por el primer inciso del citado artículo 2358 que, en su orden, dicen: "La extinción de la responsabilidad civil proveniente de una infracción se regirá por el C. C." y "las acciones para la reparación del daño proveniente de delito o culpa que puedan ejercitarse contra los que sean punibles por el delito o la

²¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 7 de julio de 1977, exp. 2326, M.P. José María Esguerra Samper.



culpa, se prescriben dentro de los términos señalados en el Código Penal para la prescripción de la pena principal".

En vista de que el cargo en estudio versa primordialmente sobre la prescripción de la acción civil para el resarcimiento de los daños causados por un hecho propio de la demandada, que fue materia de un proceso penal, conviene hacer algunas reflexiones sobre tan importante tema.

Cuando se comete un hecho previsto como infracción en la ley penal, su autor está amparado por una presunción legal de inocencia que lo acompaña a todo lo largo del proceso penal a que ese hecho haya dado lugar, y está protegido también por el principio in dubio pro reo, que consagra el Art. 216 del C. de P. P. Esa presunción de inocencia sólo queda desvirtuada cuando se ejecutorie la sentencia condenatoria contra él, para cuyo efecto es indispensable, según el Art. 215 ibídem, que en el proceso respectivo obren, legalmente producidas, la prueba plena o completa de la infracción por la cual se le llamó a juicio, es decir, de que el hecho que se le imputa es constitutivo de delito, y la de que el procesado es penalmente responsable de tal infracción. Sólo en este momento puede saberse que ese hecho cometido por el procesado es un ilícito punible, y además de imponérsele la sanción que corresponda según la ley, debe condenársele a indemnizar los daños y perjuicios causados.

En cualquier estado del proceso penal están llamados a solicitar el resarcimiento del daño producido por la infracción, la persona o personas perjudicadas y sus herederos o sucesores (Arts. 24 y 125 ibídem), caso en el cual la acción civil respectiva es accesorio de la penal. Con todo, esa acción civil "no podrá intentarse ni proseguirse cuando en el proceso penal se haya declarado, por providencia firme, que el hecho causante del perjuicio no se realizó o que el sindicado no lo cometió o que obró en Cumplimiento de un deber o en legítima defensa". (Art. 30). Ya en el año de 1917 (XXVI, pág. 62) la Corte había dicho en este caso que la acción civil es accesorio de la penal.

Sobre la indispensable base, pues, de que el proceso penal haya culminado con sentencia condenatoria contra el procesado, porque se demostró en forma plena que el hecho que cometió es constitutivo de delito y que él fue responsable, el mismo juez penal debe proveer sobre la indemnización a que son acreedoras las personas perjudicadas, condenando, aun oficiosamente, al pago de todos los perjuicios causados (Art. 92 del Código Penal). (Negrillas fuera de texto).

19.6. De tal suerte que, como lo concluyó la Sala en anterior oportunidad, "es claro que cuando se inicia el proceso penal, pero este no culmina con sentencia condenatoria, por cualquier causa, la acción civil para que se declare la responsabilidad extracontractual prescribe en el término previsto en el artículo 2536 del Código Civil (...) teniendo en cuenta que lo dispuesto en el inciso primero del artículo 2358 es una regla que sólo es aplicable en los eventos en los



*cuales se ha proferido providencia penal condenatoria en contra de la persona que causó el daño a título de dolo o culpa*²².

19.7. En esa medida, como la compraventa del vehículo se efectuó el 16 de febrero de 1998, la prescripción de las acciones civiles con que contaba el actor era, en principio, de veinte años; sin embargo, con la Ley 791 de 2002, esta se redujo a diez, contados, según el artículo 41²³ de la Ley 153 de 1887, desde su entrada en vigencia el 27 de diciembre de 2002, por lo que el demandante podía accionar ante la justicia civil hasta el 27 de diciembre de 2012.

20. Así las cosas, en el caso concreto la pérdida de oportunidad reclamada no cumple con los requisitos para ser considerada como tal²⁴, por lo que no podría ser abordada como daño.

4.1.2. La lesión al derecho al acceso a la administración de justicia en el presente asunto

²² Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 29 de agosto de 2016, exp. 38427, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

²³ “La prescripción iniciada bajo el imperio de una ley, y que no se hubiere completado aún al tiempo de promulgarse otra que la modifique, podrá ser regida por la primera ó (sic) la segunda, á (sic) voluntad del prescribiente; pero eligiéndose la última, la prescripción no empezará á (sic) contarse sino desde la fecha en que la ley nueva hubiere empezado á (sic) regir”.

²⁴ En asuntos donde la víctima pierde la oportunidad de obtener la indemnización que reclamó como parte civil en una investigación penal que culminó por prescripción de la acción penal, la Sala ha considerado que se trata de un daño eventual, toda vez que podía acudir ante la justicia civil. Al respecto, véase: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 24 de octubre de 2016, exp. 41502, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera; Subsección A, sentencia del 26 de agosto de 2015, exp. 37433, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera; Subsección A, sentencia del 29 de mayo de 2014, exp. 30201, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera; Subsección A, sentencia del 10 de julio de 2013, exp. 28255, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera y Subsección A, sentencia del 30 de enero de 2013, exp. 23769, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

En contraste, la Sala consideró que la indemnización que no pudo obtener la parte civil en la investigación penal que culminó por prescripción de la acción penal, sí constituía una pérdida de oportunidad cuando el término de la prescripción de la reclamación civil se regía por normas especiales, v. gr. en asuntos donde el reclamo se hacía en el marco de un contrato de transporte, pues la prescripción de la acción civil es de dos años frente al directo implicado y tres respecto del tercero civilmente responsable, por tanto, una vez se declaraba la prescripción de la acción penal, la parte civil quedaba sin la posibilidad de intentar su reclamación ante la justicia civil, por cuanto los términos anotados ya habían sido superados desde la ocurrencia del hecho. Al respecto, véase: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencias del 31 de mayo de 2016, exp. 38267 y 40061, C.P. Danilo Rojas Betancourth.



21. No obstante lo anterior, en el sub lite sí aparece evidente que el actor no tuvo acceso a un recurso judicial efectivo, en el entendido que se vio privado de la posibilidad de obtener decisión definitiva y de fondo frente a la controversia que llevó al conocimiento de la justicia; esto es, aunque contó con la posibilidad de acudir a las instancias correspondientes en procura de la decisión de una controversia, esta no fue resuelta en forma definitiva por razón, como se verá, del deficiente manejo de la investigación y la prescripción de la acción penal.

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

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

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

El artículo 8.1 de la Convención Americana dispone:

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

²⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 9 de abril de 2014, exp. 2008-00510-01(1350-13), C.P. Luís Rafael Vergara Quintero.

²⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 29 de abril de 2015, exp. 25327, C.P. Ramiro Pazos Guerrero.



determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

El artículo 25 del citado instrumento indica:

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

2. Los Estados Partes se comprometen:

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

b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y

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

El artículo 228 de la Constitución de 1991

Artículo 228. La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo.

Y El artículo 229 de la Constitución de 1991 reza

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

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

21.3. En este caso, el actor no logró obtener decisión de la justicia sobre la posible responsabilidad penal de su denunciado y, por contera, tampoco frente a la demanda de parte civil promovida por él dentro del mismo proceso, falta de

²⁷ [Cita original del texto] Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del 18 de septiembre de 2003, Caso *Bulacio Vs. Argentina*.



resolución del asunto que conllevó una transgresión al derecho a la tutela judicial efectiva y, por su intermedio a la verdad que buscaba establecer mediante este, con independencia de que hubiera sido o no favorable a sus intereses.

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

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

22. En esas condiciones, sí se acreditó un daño antijurídico padecido por el actor, consistente en la privación del derecho a la tutela judicial efectiva dentro de la investigación que promovió y la demanda de parte civil que presentó dentro de dicho trámite, único sobre el cual se realizará el juicio de imputación, habiendo quedado demostrado el carácter eventual consistente en la pérdida económica del valor de las pretensiones contenidas en la demanda de constitución de parte civil.

4.2. La imputación

23. Del recuento probatorio, la Sala concluye que el daño es imputable a la parte demandada, pues la Fiscalía General de la Nación tramitó la investigación penal



de manera que favoreció el transcurso del tiempo que finalmente fue determinante para que operara la prescripción de la acción penal, lo que dejó en evidencia el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia por la dilación injustificada en la que incurrió.

24. Para establecer si la dilación está justificada o no, se debe observar la complejidad del asunto, la conducta de las partes, el volumen de trabajo del despacho y los estándares de funcionamiento, entre otros factores relevantes²⁸:

Para resolver si en un caso concreto hay lugar a la responsabilidad del Estado por fallas en la administración de justicia derivadas del retardo en adoptar decisiones, debe decidirse si ese retardo estuvo o no justificado, conclusión a la cual se llegará luego de señalar la complejidad del asunto, el comportamiento del recurrente, la forma como haya sido llevado el caso, el volumen de trabajo que tenga el despacho de conocimiento y los estándares de funcionamiento, que no están referidos a los términos que se señalan en la ley, sino al promedio de duración de los procesos del tipo por el que se demanda la mora, ya que este es un asunto que hay que tratar no desde un Estado ideal sino desde la propia realidad de una administración de justicia con problemas de congestión, derivados de una demandada que supera la limitación de recursos humanos y materiales disponibles para atenderla.

24.1. Así, al analizar los criterios de razonabilidad en el plazo, no se observa que el asunto fuera de una **complejidad considerable**. Desde el inicio de la investigación se tenía certeza que la autorización de operación del vehículo del demandante había sido adulterada, pues la prueba grafológica que se practicó en el marco de otra investigación, así lo concluyó. Precisamente, esa fue la razón principal para ordenar cancelar dicha autorización de operación. Por tanto, bastaba verificar si los denunciados habían falsificado ese documento o no, o si tenían conocimiento de esa circunstancia y buscaron aprovecharse del demandante. Sin embargo, nada de ello se investigó.

24.2. Igualmente, se advierte lo inadecuado del **manejo del asunto**. Ya que la única prueba que se intentó obtener sobre la adulteración que produjo la cancelación de la autorización de operación, fue el original del formulario único

²⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 25 de noviembre de 2004, exp. 13539, C.P. Ruth Stella Correa Palacio, reiterada en Subsección A, sentencia del 25 de agosto de 2011, exp. 19162, C.P. Hernán Andrade Rincón.



nacional No. 093-3849122 del 20 de septiembre de 1994, con el que alguien falsificó la autorización de operación del vehículo de servicio público de placas SBI-597, antes SB-9587, para hacer creer que se había traspasado esa autorización al vehículo de placas SGN-660 –propiedad del demandante–. Sin embargo, la Fiscalía General de la Nación, si bien al principio de la investigación no contaba con los datos de identificación del proceso donde debía reposar dicho documento²⁹, lo cierto es que una vez que lo obtuvo, ninguna actuación adelantó para incorporar esa prueba a la investigación

24.2.1. En efecto, quedó acreditado que la Fiscalía 169 Seccional de Bogotá tenía conocimiento que la Fiscalía 102 Seccional de Bogotá adelantaba una investigación previa en la que se ordenó la cancelación de la autorización de operación del vehículo del demandante y por ello el 9 de octubre de 2000 –*supra* párr. 14.12– le envió las diligencias. Igualmente, quedó demostrado que la Fiscalía 102 Seccional de Bogotá no pudo ubicar la investigación previa por cuanto los datos suministrados por su homóloga eran insuficientes –*supra* párr. 14.14–. Sin embargo, desde el 3 de octubre de 2002 –*supra* párr. 14.27– ya la Fiscalía 169 Seccional de Bogotá contaba con una copia de la resolución que ordenó la cancelación, así como la totalidad de los datos para ubicar la investigación donde se expidió dicha orden, pero se limitó a oficiar a la Fiscalía 102 Seccional de Bogotá, sin tomar alguna determinación certera para obtener el expediente contentivo de la investigación donde reposaba el formulario adulterado. Además, la Fiscalía 102 Seccional de Bogotá tampoco remitió dicho expediente, solo algunos documentos –*supra* párr. 14.38–.

²⁹ Quedó acreditado que la Fiscalía 169 Seccional de Bogotá tenía conocimiento que la Fiscalía 102 Seccional de Bogotá adelantaba una investigación previa en la que se ordenó la cancelación de la autorización de operación del vehículo del demandante y por ello el 9 de octubre de 2000 –*supra* párr. 14.12– le envió las diligencias. Igualmente, quedó demostrado que la Fiscalía 102 Seccional de Bogotá no pudo ubicar la investigación previa por cuanto los datos suministrados por su homóloga eran insuficientes –*supra* párr. 14.14–. Sin embargo, desde el 3 de octubre de 2002 –*supra* párr. 14.27– ya la Fiscalía 169 Seccional de Bogotá contaba con una copia de la resolución que ordenó la cancelación, así como la totalidad de los datos para ubicar la investigación donde se expidió dicha orden, pero se limitó a oficiar a la Fiscalía 102 Seccional de Bogotá, sin tomar alguna determinación certera para obtener el expediente contentivo de la investigación donde reposaba el formulario adulterado, además, la Fiscalía 102 Seccional de Bogotá tampoco remitió dicho expediente.



24.3. La Sala tampoco advierte que el **comportamiento del interesado** haya incidido en la dilación de la Fiscalía General de la Nación. En el presente caso, no se observa que la víctima en el proceso penal haya actuado con maniobras dilatorias, presentado recursos inoficiosos o haya tardado en responder a los requerimientos judiciales. En consecuencia, no puede atribuirse en ningún caso la prescripción de la acción penal a la parte demandante.

24.3.1. Ahora que el *a quo* indicó que la demora en denunciar los hechos contribuyó a la configuración de la prescripción de la acción penal, conclusión que no comparte la Sala. El actor relató en su denuncia que conoció la cancelación de la autorización de operación cuando, a finales de 1999, se acercó a la empresa donde estaba afiliado su vehículo para renovar la tarjeta de operación, oportunidad en la que conoció dicha cancelación³⁰.

24.3.2. La aseveración del actor está soportada en el boletín de devolución del 23 de noviembre de 1999 –*supra* párr. 14.24– de la Secretaría de Tránsito y Transporte de Bogotá, con el que se informó a Radio Taxi Auto Lagos S.A. – empresa donde estaba afiliado el vehículo– la cancelación de la autorización de operación, puesto que la fecha coincide con el relato del actor. Además, el oficio del 27 de mayo de 1999 –*supra* párr. 14.7–, con el que se pretendió informar la cancelación al accionante, no tiene acuse de recibo alguno que permita sostener que desde esa fecha conocía.

24.3.3. Por tanto, entre noviembre de 1999 –fecha en la que conoció el actor– y junio de 2000 –fecha de la denuncia penal– no transcurrió un tiempo considerable que haya contribuido de manera significativa a que se configurara la prescripción de la acción penal, máxime cuando el actor acudió a la empresa

³⁰ “Al finalizar el año 1999, hice todas las gestiones para renovar mi tarjeta de operaciones, pero de demoró en gestionarse, pues me decían que no sabían porque pero que todavía no había llegado de tránsito el permiso de renovación. // Por ello, solicité un certificado en la Secretaría de Tránsito de Santafé de Bogotá D.C. // Pero mi sorpresa fue grande cuando me entregaron el certificado en el que decía en observaciones ‘cancela matrícula el 27-05-999 por restablecimiento del derecho’. // Al mirar esto decidió hablar con los señores de Vehicolda Ltda. y manifestarles lo que había ocurrido. Entonces ellos dijeron que no tenían nada que ver, pues que yo había comprado el vehículo en el 98 y que la cancelación fue ordenada en el 1999” (fl. 1, c. 3).



que le vendió el vehículo para obtener información que le permitiera entender la causa de tal cancelación.

24.4. En punto al **volumen de trabajo del despacho y los estándares de funcionamiento**, no es posible conocerlos, por cuanto en plenario no obra prueba que acredite esos datos y tampoco es dado presumir esa circunstancia, como lo hizo el a quo, pues no se sabe si las fiscalías seccionales que conocieron el asunto se vieron afectadas por la entrada en vigencia del sistema penal acusatorio.

25. Así, la Sala considera que el tiempo empleado para decidir la investigación excedió los límites del plazo razonable en la resolución de asuntos judiciales. Al analizar los criterios de razonabilidad en el plazo, no se observa que el asunto fuera de una complejidad considerable, lo que permitía resolverlo de una forma eficiente y no como se hizo, tampoco se logró verificar que el demandante haya incidido en la dilación, o bien, que las fiscalías seccionales que conocieron del asunto, tuvieran un volumen de trabajo que les impidiera adoptar la decisión antes de que operara la prescripción de la acción penal.

26. Con fundamento en lo anterior, se revocará la sentencia apelada y, en su lugar, se declarará la responsabilidad de la Nación-Fiscalía General de la Nación por el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia en que incurrió al extender injustificadamente el tiempo razonable para adoptar la decisión que le correspondía.

3.3. Liquidación de perjuicios

27. En lo concerniente a los perjuicios materiales en la modalidad de **daño emergente y lucro cesante**, la Sala encuentra que no es posible acceder a la reparación deprecada, por cuanto la imposibilidad de recuperar los dineros pretendidos como parte civil por el aquí demandante es un daño eventual como quedó precisado líneas atrás, lo que impide reconocer estos rubros.



28. En lo concerniente al **perjuicio moral**, se tiene que en el plenario obran el testimonio de José Rocha³¹ –amigo del actor–, así como las declaraciones de los testigos sospechosos³², María Morillo³³ –esposa del actor– y María Giraldo³⁴ –hija del actor–, y estos no son demostrativos de que el no obtener una decisión definitiva generó al demandante un padecimiento, aflicción o afectación interna, con el alcance de un verdadero perjuicio inmaterial que deba ser resarcido, pues solo refieren la tristeza que le produjo la cancelación de la autorización de operación de su vehículo.

³¹ “PREGUNTADO: Dígame al despacho por el conocimiento directo que usted haya podido tener, si el señor José Lisímaco Giraldo se ha visto afectado tanto moral como físicamente después de mayo de 1999, en que se le canceló el cupo al automotor de placas SGN-660 de su propiedad. CONTESTADO: Sí, en este momento él tuvo problemas en su salud por las preocupaciones que tenía por todas las deudas en el momento en que se fueron del barrio por problemas con el vehículo, la forma en que se le vio a él fue cabizbajo y enfermo debido a la preocupación que tenía y económicamente pues tenía entendido por el hijo que les iba bien pues tenían una entrada libre como entre millón doscientos y millón cuatrocientos mil aproximadamente que le dejaba el taxi en actividad y que con esto era que pagaban sus deudas” (testimonio de José Rocha –fls. 33 y 34, c. 1–).

³² Sobre los testigos sospechosos, la Sala precisó: “[L]as reglas de la sana crítica las que aconsejan que tanto el testigo sospechoso como el ex audito, se aprecie con mayor rigor, se someta a un tamiz más denso de aquel por el que deben pasar las declaraciones libres de sospecha o cuya percepción fue directa o se subvaloren. Pero sin que puedan desecharse bajo el argumento del parentesco, interés o falta de percepción directa, sino porque confrontados con el restante material probatorio resultan contradictorios, mentirosos, o cualquier circunstancias que a criterio del juez merezca su exclusión o subvaloración”. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 6 de marzo de 2013, exp. 24884, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. En ese orden, las declarantes por ser la esposa e hija serán tenidas como testigos sospechosos, lo que no impide que se valoren sus declaraciones, solo que se hará de forma rigurosa y con especial atención a los demás medios de convicción, de los que no surge que el dicho de las testigos sea contradictorio o alejado de lo sucedido, por lo que resultan convincentes y se valorarán.

³³ “PREGUNTADO: Sírvase decirle al despacho por ser usted como lo ha manifestado la esposa del señor José Lisímaco Giraldo en qué se ha visto dicho señor afectado tanto psicológica como económicamente con la cancelación del cupo del automotor de placas SGN-660 de servicio público. CONTESTADO: Nosotros nos hemos visto muy afectados, por ejemplo mi esposo porque él con ese vehículo era con el que subsistía y llevaba las obligaciones y darse cuenta que dejó de producir siendo este un medio por el cual estábamos recibiendo una suma de un millón doscientos mil y un millón cuatrocientos mil aproximadamente y quedar con las manos cruzadas, tanto en lo moral y lo económico él ha estado muy afectado, no solo él sino yo también porque como cónyuge los sufrimientos han sido igual al compartir y viéndolo sufrir a él, también se ha visto muy enfermo”. (testimonio de María Murillo –fls. 35 y 36, c. 1–).

³⁴ “PREGUNTADO: Dígame al despacho por lo que usted en forma directa haya podido tener conocimiento, cuál ha sido o era el estado anímico o emocional y económico del señor José Lisímaco Giraldo antes de mayo de 1999 en que se le cancelara el cupo del vehículo de placas SGN-660 modelo 94 y posterior a la cancelación de este. CONTESTADO: Mi padre para la fecha de 1997, cuando adquirió su vehículo, era una persona anímica, psicológicamente muy bien, estable, su vehículo le generaba los ingresos necesarios para el subsistir con mi mamá y posterior a esto es una persona que presenta una situación psicológicamente baja, deja muchas cosas que pensar todo esto le ha generado problemas de salud a lo cual hemos tenido que ir con él a buscar ayuda para que puedan ayudarlo a salir adelante (la testigo llora)” (testimonio de María Murillo –fls. 37 y 38, c. 1–).



29. Sobre la **reparación por la transgresión a una garantía constitucional y convencionalmente amparada**, como el acceso a la administración de justicia, la jurisprudencia de la Sección ha precisado que la reparación de este tipo de perjuicios debe realizarse, siempre que sea posible, a través de medidas de restitución *in natura*, que restablezcan en la medida de lo posible el derecho afectado, en aras de obtener su reparación integral.

29.1. En sentencia de unificación, la Sección Tercera sostuvo que las afectaciones a bienes o derechos constitucional o convencionalmente deben ser reconocidos como una tercera categoría de daños inmateriales autónomos. Bajo esta óptica, se sistematizó en su momento de la siguiente manera³⁵:

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

29.2. En decisión de unificación, la Sección Tercera precisó las características del daño a bienes o derecho convencional y constitucionalmente amparados como una nueva categoría autónoma de daño inmaterial, en los siguientes términos³⁶:

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

³⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia del 14 de septiembre de 2011, exp. 19031 y 38222, C.P. Enrique Gil Botero.

³⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia del 28 de agosto de 2014, exp. 32.988, C.P. Ramiro Pazos Guerrero.



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

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

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

29.3. En el mismo pronunciamiento precisó la Sección que los objetivos de la reparación de esa categoría autónoma de daño son: el restablecimiento pleno de los derechos de las víctimas, su restitución más aproximada al *statuo quo ante*, las garantías de no repetición y la búsqueda de la realización efectiva de la igualdad sustancial. También se precisó que el resarcimiento de esas garantías puede tener lugar aún en forma oficiosa y que deben privilegiarse, en cuanto resulte posible, las medidas de carácter no pecuniario, entre otros aspectos relevantes que a continuación se transcriben:

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

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

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



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

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

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

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

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



posible a la Sala disponer una reparación no pecuniaria del daño padecido por el actor.

29.6. La decisión de unificación antes citada estableció un baremo de cien salarios mínimos legales mensuales vigentes para la reparación del referido daño, aplicable a aquellos eventos de mayor gravedad. Tratándose del daño producido como consecuencia de la afectación específica al derecho al acceso a la administración de justicia cuando se ve afectado por la prescripción extintiva, la Sala estima suficiente como indemnización el equivalente a diez (10) salarios mínimos legales mensuales, la que será reconocida en el presente para el demandante.

30. Por último, como la conducta de las partes no puede catalogarse como abiertamente temeraria, por cuanto se limitó al ejercicio del derecho de acceso a la justicia y de defensa, se impone negar la condena en costas.

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

F A L L A

REVOCAR la sentencia del 16 de septiembre de 2011 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección C que negó las pretensiones de la demanda, conforme lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia. En su lugar,

PRIMERO: DECLARAR la responsabilidad extracontractual de la Nación-Fiscalía General de la Nación por el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia cometido en la investigación penal iniciada por la denuncia instaurada por el señor José Lisímaco Giraldo Cárdenas.



Reparación Directa – Expediente 44186
Demandante: José Lisímaco Giraldo Cárdenas
Demandado: Nación-Fiscalía General de la Nación
Revoca fallo de primera instancia que negó las pretensiones

SEGUNDO: En consecuencia, **CONDENAR** a la Nación-Fiscalía General de la Nación a pagar al señor José Lisímaco Giraldo Cárdenas el equivalente a diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la ejecutoria de esta providencia, como indemnización por la transgresión al derecho constitucional y convencionalmente amparado al acceso a la administración de justicia mediante un recurso judicial efectivo.

TERCERO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

CUARTO: Para el cumplimiento de esta sentencia se dará aplicación a lo dispuesto en los artículos 176 a 178 del Código Contencioso Administrativo y el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil.

QUINTO: Sin condena en costas.

SEXTO: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

RAMIRO PAZOS GUERRERO
Presidente

Aclara voto
DANILO ROJAS BETANCOURTH
Magistrado

Ausente con excusa
STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO
Magistrada