

ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / PRELACIÓN DE FALLO / PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL / REITERACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA

De conformidad con el artículo 16 de la Ley 1285 de 2009, la Sala decide el presente caso, dado que versa sobre los posibles daños irrogados a la parte civil del proceso penal que se ve afectada como consecuencia de la declaratoria de la prescripción de la acción. Al respecto, la Sección Tercera del Consejo de Estado se ha pronunciado de manera reiterada y consolidada, lo cual permite resolver de manera anticipada este asunto porque su decisión definitiva “entraña sólo la reiteración de jurisprudencia

FUENTE FORMAL: LEY 1285 DE 2009 - ARTÍCULO 16

NOTA DE RELATORÍA: Al respecto, consultar, por ejemplo, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 14 de junio de 2019, exp. 50661, M.P.: Marta Nubia Velásquez Rico

ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / COMPETENCIA / COMPETENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO EN SEGUNDA INSTANCIA / DAÑO CAUSADO POR LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO / RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR DEFECTUOSO FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR ERROR JUDICIAL / ERROR JUDICIAL

[D]e conformidad con el artículo 73 de la Ley 270 de 1996 y las consideraciones de la Sala Plena del Consejo de Estado expuestas en auto de 9 de septiembre de 2008, la competencia para conocer de las acciones de reparación directa que se instauren por error jurisdiccional, privación injusta de la libertad o defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, se encuentra radicada en los Tribunales Administrativos en primera instancia y en el Consejo de Estado en segunda instancia, sin consideración a la cuantía del proceso

FUENTE FORMAL: LEY 270 DE 1996 - ARTÍCULO 73

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el tema, ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, auto del 9 de septiembre de 2008, exp. 11001-03-26-000-2008-00009-00, M.P.: Mauricio Fajardo Gómez.

ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / CÓMPUTO DEL TÉRMINO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / TÉRMINO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD / PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD / TÉRMINO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD / PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL

Al tenor de lo previsto por el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998, la acción de reparación directa deberá instaurarse dentro de los dos años contados a partir del día siguiente al acaecimiento del hecho, omisión, operación administrativa u ocupación permanente o temporal de inmueble por causa de trabajos públicos. En el presente asunto la responsabilidad administrativa que se impetra en la demanda

se originó en los daños que se alegaron sufridos por los demandantes con ocasión de la declaratoria de prescripción de la acción penal decretada por el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá el 30 de abril de 2008, por lo que el término de caducidad comenzaría a correr al día siguiente de su firmeza. Ahora bien, en el plenario no obra constancia de ejecutoria del mencionado fallo, por lo que, mediante providencia (...), se ordenó requerir al Tribunal Superior de Distrito Judicial y el Juzgado 10 Municipal de Bogotá para que allegaran la certificación correspondiente. Después de reiteradas solicitudes, no fue posible hallar el proceso penal, de ahí que no se pudo cumplir con lo requerido (...). Por lo anterior, la Sala considera ajustado tomar como punto de partida para computar la caducidad el día siguiente a la fecha en la que se desfijó el edicto de la sentencia (...), de conformidad con la información que arroja el sistema de consulta de procesos, (...).

FUENTE FORMAL: CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTÍCULO 136 / LEY 446 DE 1998 - ARTÍCULO 44

ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA / LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA MATERIAL / LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA DE HECHO / PROCESO PENAL / VICTIMA DEL DELITO / PARTE CIVIL

[E]s claro para la Sala que el posible daño irrogado por el proceso penal tendría como destinatarios a las personas que se constituyeron en aquel como parte civil, así como, a las víctimas que pudieron verse afectadas como consecuencia del delito y/o del sumario punitivo, pues serían quienes finalmente tendrían interés en las resultas del mismo y respecto de las cuales se habría visto afectada su expectativa resarcitoria. (...) para la Sala está acreditada la legitimación en la causa por activa de los demandantes, porque pudieron haberse visto afectados como consecuencia del ilícito o del proceso penal directamente (...) Además, de conformidad con el artículo 56 de la Ley 600 de 2000, no era necesario que las víctimas se constituyeran como parte civil en el proceso penal para verse beneficiadas con la condena, puesto que el operador jurídico podía liquidar los perjuicios a que hubiere lugar siempre que los hallara probados.

DAÑO ANTIJURÍDICO / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR DAÑO ANTIJURÍDICO / CONCEPTO DE DAÑO ANTIJURÍDICO / IMPUTACIÓN / TÍTULO DE IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO / NEXO DE CAUSALIDAD

El artículo 90 de la Constitución Política contiene la cláusula general de responsabilidad del Estado. El avance significativo del sistema implementado, basado en la noción de daño antijurídico, fue haber reivindicado el daño –y por consiguiente a la víctima– y su función en la institución de la responsabilidad. En efecto, el daño entendido como la afectación, vulneración o lesión a un interés legítimo y lícito se convirtió en el eje central de la obligación resarcitoria y, por ende, tanto la atribución como la fundamentación normativa o jurídica del deber de reparar quedaron concentrados en un nuevo elemento que es la imputación. En otros términos, el análisis de la responsabilidad no inicia con el título o régimen jurídico aplicable, sino con la verificación de la existencia del daño entendido como la alteración negativa a un interés lícito o situación jurídicamente protegida. Es así como, para efectos de resolver el caso concreto debe establecerse, en primer término, si se produjeron los daños alegados en la demanda, para, luego, entrar a definir si éstos resultan antijurídicos y si le son imputables a la parte demandada. (...) De conformidad con el artículo 90 de la Constitución Política, esta Corporación ha sostenido que aunque el ordenamiento jurídico no contiene una

disposición que consagre una definición de daño antijurídico (...) para que proceda declarar la responsabilidad del Estado con base en un título jurídico subjetivo u objetivo de imputación, se ha de probar la existencia de (i) el daño, el cual debe ser cierto y determinado o determinable, (ii) la conducta u omisión que generó el daño, atribuible a una autoridad pública y (iii) “cuando hubiere lugar a ella, una relación o nexo de causalidad [entre los dos primeros elementos], vale decir, que el daño se produzca como consecuencia directa de la acción o la omisión atribuible a la entidad accionada” .

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 90

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el tema, ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 2 de marzo de 2000, exp. 11.945, M.P.: María Elena Giraldo Gómez. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 21 de marzo de 2012, exp. 23.478, M.P.: Mauricio Fajardo Gómez. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena de la Sección Tercera, sentencia de 19 de abril de 2012, exp. 21.515, M.P.: Hernán Andrade Rincón.

PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL / PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN CIVIL EN EL PRO-CESO PENAL / PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD / DAÑO ANTIJURÍDICO / DAÑO CIERTO / DE-MANDA / DAÑO POR PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD / PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD DE LA INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS / REQUISITOS DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD / AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO / PROCESO PENAL / VÍCTIMA DEL DELITO / PARTE CIVIL / AUSENCIA DE PRUEBA DEL DAÑO / FALTA DE ACREDITACIÓN DEL DAÑO ANTIJURÍDICO / INEXISTENCIA DE DAÑO / INEXISTENCIA DE DAÑO ANTIJURÍDICO

“[L]a parte actora alegó que la prescripción de la instrucción penal objeto de la demanda que aquí se estudia, le habría impedido obtener la reparación patrimonial de los perjuicios que sufrió como consecuencia de una posible conducta delictiva, por lo que, de una lectura integral de la demanda, la Sala concluye que su pretensión se puede enmarcar en una pérdida de la oportunidad de obtener la reparación por los mencionados perjuicios. Al respecto, conviene precisar que la pérdida de oportunidad debe considerarse como un daño autónomo distinto del análisis de la imputación, habida cuenta de que se trata de un menoscabo con identidad propia que surge cuando se ve comprometida una posibilidad real de obtener un beneficio o evitar un detrimento. (...) para que el daño se tenga por probado, la Sala advierte que de la situación fáctica de la demanda se debe deducir la certeza de la expectativa que se pierde; la imposibilidad en la que se encontraría los demandantes de obtener el resarcimiento de los perjuicios en un escenario distinto al de la constitución de parte civil en el proceso penal y, finalmente, que aquel se encontraba en una posición potencialmente apta para la consecución de la indemnización en ese libelo. Solamente de resultar demostrados estos supuestos, podrá considerarse el daño como cierto. (...) es posible concluir que el término de prescripción de la acción civil iniciada dentro del proceso penal se encuentra ligado a la prescripción de este último, por lo que, extinta la acción punitiva igual suerte correrá el ejercicio del derecho de acción indemnizatorio de carácter civil. En efecto, esta Sala de Subsección ha concluido que si la responsabilidad patrimonial por la comisión de un delito se debate en el marco de un proceso penal, su declaratoria se encuentra necesariamente ligada a la condena efectiva por la comisión del delito, mientras que si dicha pretensión se ventila en un proceso ordinario de responsabilidad civil,

la declaratoria de responsabilidad no depende de una condena en tal sentido. Es decir, las pretensiones de la parte civil en un proceso penal están sujetas al alea propia del mismo, en cuanto a la declaración de la responsabilidad penal como requisito previo e indispensable para acceder a las pretensiones resarcitorias. En virtud de lo anterior, es claro que el ordenamiento jurídico colombiano consagró dos cauces procesales adecuados, independientes y principales para obtener el resarcimiento de los perjuicios derivados de una conducta punible (...) De conformidad con los anteriores criterios, se tiene que los actores no se constituyeron como parte civil en el proceso penal adelantado en contra del señor (...) por el supuesto delito de falsa denuncia y que dicho proceso terminó con la declaratoria de prescripción de la acción penal. Por tanto, el daño alegado por los demandantes no puede tenerse por probado en atención a las siguientes razones: (...) resulta claro que ninguno de los demandantes acudió como parte civil en el proceso penal del que se alegó el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia y, además, de conformidad con la demanda, aquellos no solicitaron indemnización alguna por vía de la *iure hereditatis*. (...) En el caso concreto, en principio, los demandantes no tenían la expectativa de obtener una reparación en el proceso penal, porque no se hicieron parte del mismo. Esto aun cuando pudieron integrarse al proceso punitivo en cualquier momento desde la apertura de la investigación (...) Es claro para la Sala la constitución de parte civil no es requisito para entender que pueda existir una afectación producida como consecuencia del proceso penal, dado que el artículo 56 de la Ley 600 de 2000 habilita al juez de instancia para que, en caso de tener como probados los perjuicios derivados del ilícito, liquide y reconozca las respectivas sumas a que hubiere lugar, aun cuando no haya existido tal constitución de parte. No obstante, si bien los actores pudieron o no ser beneficiados en la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Décimo Penal del Circuito de Bogotá, lo cierto es que ese fallo no les reconoció alguna suma a su favor, ni mucho menos se probó, en ese proceso y por cualquier medio, que se hubieran visto afectados, dado que el juez no realizó ninguna valoración frente aquellos para efectos de darle aplicación al mencionado artículo 56 de la Ley 600 de 2000. En todo caso, se reitera, si bien la constitución de parte civil no es requisito para entender que los actores pudieron verse afectados por el proceso punitivo, lo cierto es que es un aspecto relevante para tener en cuenta, toda vez que la potestad que otorga el artículo 56 de la Ley 600 de 2000 procede solo ante el evento en que el operador jurídico encuentre probados los perjuicios, los que, de suyo, requieren, en la mayoría de los casos, una participación activa de quien se reputa víctima. (...) Bajo ese contexto, es claro que los actores no probaron que se vieran afectados directamente por el proceso que se siguió por el delito de falsa denuncia, por lo que, aunado a su falta de integración a la parte civil en el proceso penal y la ausencia de una condena a su favor, es dable concluir que no tenían certeza de una posibilidad perdida, puesto que no tenían ninguna chance de ser beneficiados patrimonialmente en el libelo punitivo. Por esta razón, no se cumple con el primer requisito del análisis del daño por pérdida de oportunidad.

FUENTE FORMAL: LEY 600 DE 2000 - ARTÍCULO 47 / LEY 600 DE 2000 – ARTÍCULO 56

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el tema, ver: Corte Constitucional, sentencia T-1091 de 2008, M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa. apertura de la investigación, tal como lo dispuso la Corte Constitucional en la sentencia C-760 de 2001. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 31 de mayo de 2016, exp. 38.267, M.P.: Danilo Rojas Betancourth. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 30 de enero de 2013, exp. 23.769, M.P. Mauricio

Fajardo Gómez, reiterada por esta misma Subsección en sentencia del 8 de febrero de 2017, exp. 41.073, M.P. Hernán Andrade Rincón. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 11 de agosto de 2010, exp. 18593, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN A

Consejera ponente: MARÍA ADRIANA MARÍN

Bogotá D.C., cinco (5) de febrero de dos mil veinte (2020).

Radicación número: 25000-23-26-000-2010-00478-01(45010)

Actor: ELSA DURÁN CELY Y OTROS

Demandado: NACIÓN – RAMA JUDICIAL – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Referencia: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA (APELACIÓN SENTENCIA)

Temas: PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL - pérdida de oportunidad de la parte civil de obtener indemnización de perjuicios en proceso penal - DAÑO ANTIJURÍDICO – no hay prueba del daño.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 20 de marzo de 2012 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección C de Descongestión, mediante la cual se declaró la caducidad de la acción.

I. SÍNTESIS DEL CASO

El 7 de abril de 1999, el señor Clodualdo Mendiviello denunció penalmente al señor Gorgonio Roa Mahecha por haberlo denunciado injustamente por el delito de hurto de un automotor respecto del cual eran copropietarios. Como consecuencia de ese hecho, se adelantó un proceso penal en contra del señor Roa Mahecha por el punible de falsa denuncia. Dicho sumario culminó por la

declaratoria del fenómeno de la prescripción de la acción penal. Esta circunstancia impidió a las víctimas de la comisión del punible obtener la reparación de perjuicios.

II. ANTECEDENTES

1.- La demanda

Mediante demanda presentada el 19 de julio de 2010 (fls. 6 - 17 c. 1), los señores Elsa Durán Cely, Carlos Alberto, Óscar Orlando, Víctor Hugo y Fabio Clodualdo Mendivelso Durán, por conducto de apoderado judicial (fls. 1 – 5 c. 1), en ejercicio de la acción de reparación directa, solicitaron que se declarara patrimonialmente responsable a la Nación-Rama Judicial-Fiscalía General de la Nación-, por los perjuicios de orden moral y material que, afirmaron, les fueron irrogados como consecuencia de la “*falla en el servicio*” acaecida en el trámite de un proceso penal que finalizó por prescripción de la acción penal.

En concreto, los demandantes solicitaron que se efectuaran las siguientes declaraciones y condenas:

Primera. Declarar administrativa y extracontractualmente responsable a la Nación Colombiana- Rama Judicial del poder público y Fiscalía General de la Nación, de los perjuicios (materiales y morales) ocasionados, por la mora en el procedimiento del proceso penal, lo que trajo consigo la extinción de la acción penal, decretada por el Tribunal Superior de Distrito Judicial de esta ciudad, Sala Penal, M.P.: Dra. Nancy Yanira Muñoz Martínez, respecto del proceso 10-2002-00075-01 que (sic) por el delito de falsa denuncia [que] instauró el de cuyos (sic) Clodualdo Mendivelso Porras padre y esposo de mis representados, en contra de Gorgonio Roa Mahecha y que conociera el Fiscal 194 Seccional en la etapa de investigación y Juez Décimo Penal del Circuito de esta ciudad en el juicio.

Segundo. Condenar al a Nación Colombiana- Rama Judicial del poder público y Fiscalía General de la Nación, a pagar a cada uno de los demandantes el equivalente a cuarenta (40) salarios mínimos legales mensuales vigentes por concepto de perjuicios causados con el delito de falsa denuncia a favor de cada uno de los demandantes. Pena impuesta en la sentencia de primera instancia a favor (sic) de Clodualdo Mendivelso Porras q.e.p.d. y que fuera revocada por el Tribunal Superior del Distrito judicial de Bogotá – Sala Penal por haber ocurrido el fenómeno de la extinción de la acción penal.

Tercero. Condenar a la Nación Colombiana- Rama Judicial del poder público y Fiscalía General de la Nación, a pagar a favor de los demandantes los perjuicios materiales y morales sufridos con ocasión de la morosidad de la justicia, denegación de justicia que trajo consigo la declaratoria de la extinción de la acción penal, a favor de Gorgonio Roa Mahecha, en perjuicio de los derechos de mis representados. Discriminados así:

Perjuicios materiales: daño emergente. La suma de ocho millones de pesos (\$8'000.000), por concepto de honorarios profesionales pagados a la doctora Ana Clemencia Coronado Hernández, dentro del proceso de hurto calificado y agravado, delito por el cual fue denunciado mi entonces defendido y el de falsa denuncia, resultante de aquel.

La suma de dos millones de pesos (\$2'000.000) por concepto de desplazamientos y estadía del señor Clodualdo Mendivelso Porras, q.e.p.d., cuando debió atender asuntos relacionados con el proceso en donde se decretó la extinción de la acción penal.

La suma de dos millones de pesos (\$2'000.000) por concepto de gastos de los demandantes en sus gestiones y desplazamientos relacionadas con el presente asunto, toda vez que su residencia y domicilio es el departamento de Boyacá.

Perjuicios materiales. Lucro Cesante. Correspondiente a la devaluación de los dineros antes referidos; para lo cual se indexarán a la fecha de su pago.

Perjuicios morales. Mil (1000) salarios mínimos legales mensuales a favor de cada uno de los demandantes. Por el dolor de ver a su padre y esposo batallar jurídicamente por varios años, en dos procesos, uno defendiéndose de las falsas imputaciones a él atribuidas por socio Gorgonio Roa Mahecha por el delito de hurto agravado y tiempo (sic) cuando veía alguna esperanza de justicia, dentro del proceso por falsa denuncia, ver como no se logró (sic) sus aspiraciones al resultar sus derechos burlados y ultrajados, lo que conllevó a una gran depresión, frustración, ese duelo, congoja y la angustia que les produjo al observar a su padre y esposo desfallecer ante la negligencia, y omisión de la autoridades judiciales. Sin haber podido saborear el triunfo de sus derechos porque falleció antes de ver cumplidos sus sueños y anhelos.

Como fundamentos fácticos de la demanda se narró lo siguiente:

En el año de 1994¹, entre los señores Clodualdo Mendivelso Porras y Gorgonio Roa Mahecha se formó una “*sociedad de hecho*”, la cual tenía como objeto la adquisición y explotación de un “*bus de servicio público de placas SGN-374, en su calidad de locatarios con leasing del pacífico S.A.*”. El primero de los nombrados, además de locatario, era quien conducía el vehículo y “*dada su ocupación permanente*” le entregaba “*el producido a su socio*” para que se cancelaran las cuotas del arrendamiento.

Después de “*varios inconvenientes por la administración del bus*”, las partes acordaron que el mismo fuera manejado por un tercero; no obstante, el señor Clodualdo Mendivelso Porras se enteró de que no estaban siendo canceladas correctamente los cánones de arrendamiento, por lo que tomó de nuevo el vehículo para conducirlo directamente. Por esta razón, el señor Gorgonio Roa Mahecha procedió a instaurar una denuncia penal por el delito de hurto en “*en*

¹ En la demanda no se especificó una fecha en particular.

contra de personas desconocidas", en la cual logró la captura de su socio; sin embargo, una vez se constataron las *"falsas incriminaciones"*, se decretó la preclusión de la investigación a su favor.

El bus fue entregado al señor Gorgonio Roa Mahecha porque era quien, de conformidad con Leasing del Pacífico S.A., había realizado el pago de los cánones de arrendamiento. Posteriormente, lo *"vendió y no participó de suma de dinero alguno a su socio, perdiendo su patrimonio y esfuerzo de muchos años"*.

El 7 de abril de 1999, se instauró una querrela por falsa denuncia en contra del señor Gorgonio Roa Mahecha y, en ese proceso, el señor Clodualdo Mendivelso Porras se constituyó como parte civil. El 25 de mayo de 2000, se ordenó el embargo y secuestro del inmueble de propiedad del investigado, medida que se hizo efectiva.

La falta de comparecencia, el cambio reiterado de abogados, los *"derechos de petición amañados"* y la inoperancia de la justicia llevaron a que solo hasta el *"mes de marzo de 2002"* se profiriera resolución de acusación.

El 6 de marzo de 2007, se profirió sentencia condenatoria en contra del señor Gorgonio Roa Mahecha y se le ordenó pagar al señor Clodualdo Mendivelso Porras la suma equivalente a 40 SMMVL como medida indemnizatoria.

Inconforme con la decisión, el condenado impugnó el fallo y, en segunda instancia, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá declaró la extinción de la acción penal a su favor, al tiempo que ordenó compulsar copias al juez de primera instancia para que se le investigara disciplinariamente, toda vez que tuvo el expediente a su disposición sin impartirle trámite alguno por más de 4 años.

La parte demandante atribuyó a la Nación-Rama Judicial y la Fiscalía General de la Nación la responsabilidad por falla en el servicio debido a que por su *"omisión y negligencia tardaron años para decidir"*, lo que condujo a la declaratoria de prescripción de la acción penal y la consecuente *"burla a los derechos morales, éticos, patrimoniales y de acceso a la justicia"*.

2.- El trámite de primera instancia

Mediante auto de 3 de diciembre de 2010 (fol. 20 c. 1), el Tribunal *a quo* avocó conocimiento y admitió la demanda, la cual se notificó en debida forma a las entidades demandadas y al Ministerio Público (fol. vto. 20, 22-23 c. 1).

La Rama Judicial contestó la demanda oportunamente y se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Manifestó que sus actuaciones se apegaron al orden legal establecido y, por tanto, no debía responder por los daños causados por el falso denunciante, esto es, por un tercero (fls. 24 – 31 c. 1).

Igualmente, la Fiscalía General de la Nación se opuso a las súplicas de la demanda. Como razón de su defensa, afirmó que no se estructuraban los supuestos para deprecarle responsabilidad alguna, toda vez que actuó conforme a la normativa vigente. Además, la prescripción de la acción penal acaeció en la etapa del juicio, por lo que el hecho era imputable a un tercero y, por tanto, se debía declarar su falta de legitimación (fls. 33 - 42 c. 1).

Mediante providencia de 24 de junio de 2011, el Tribunal de primera instancia abrió el proceso a pruebas y en auto de 4 de noviembre de ese mismo año, dio traslado a las partes y al Ministerio Público para que presentaran alegatos de conclusión y concepto, respectivamente (fls. 66, 70 c. 1).

En esta oportunidad, la Fiscalía General de la Nación reiteró lo manifestado en la contestación, pero agregó que la acción civil dentro del proceso penal no era la única opción para lograr la reparación, puesto que el interesado todavía contaba con la “*acción civil independiente*” (fls. 71 – 74 c. 1).

La Rama Judicial, después de realizar varias citas jurisprudenciales sobre el error judicial, reiteró lo manifestado en su demanda (fls. 78 – 83 c. 1).

La parte actora y el Ministerio Público guardaron silencio en esta etapa procesal.

3.- La sentencia de primera instancia

Mediante sentencia de 20 de marzo de 2012 (fls. 87 - 93 c. ppal), el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección C de Descongestión, declaró oficiosamente la caducidad de la acción, por cuanto:

[L]a providencia que declaró la extinción de la acción penal por prescripción, fenómeno jurídico que aduce la parte demandante, fue ocasionado por la dilación del procedimiento penal por parte de las entidades demandadas y al cual le atribuye los perjuicios solicitados en la demanda; fue proferida el 30 de abril de 2008 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá –Sala Penal-, por tanto, la parte demandante contaba con un término que se extendía del 31 de abril de 2008 al 31 de abril de 2010 para interponer de forma oportuna la presente acción. (...).

[S]egún el acta de conciliación 220-2010 fue llevada a cabo el 29 de junio de 2010, dándose por fracasada ante la ausencia de ánimo conciliatorio por parte de la Rama Judicial y la inasistencia de la Fiscalía.

Así las cosas se entiende que la parte demandante interrumpió el término de caducidad con la presentación de la solicitud de conciliación el día 15 de abril de 2010, reanudándose nuevamente el término el 29 de junio de 2010, quedando a partir de esta fecha, dieciséis (16) días más para presentar la demanda antes de que operara el fenómeno jurídico de la caducidad de la acción, es decir, hasta el día jueves 15 de julio de 2010.

A folios 6 a 17 del expediente se observa que la demanda fue presentada el día 19 de julio de 2010, por lo cual es necesario concluir que el fenómeno jurídico de la caducidad operó en la presente acción de reparación directa.

4.- El recurso de apelación

De manera oportuna², la parte demandante expresó su inconformidad con el fallo de primera instancia y solicitó que fuera revocado. Discutió, en concreto, que el Tribunal *a quo* no tuvo en cuenta la ejecutoria de la sentencia de segunda instancia del proceso penal para efectos de computar el término de caducidad, dado que la providencia había adquirido firmeza el 21 de mayo de 2008. Por esta razón, el plazo, contado desde el día siguiente a esa fecha, no resultaba vencido para el momento de interposición de la demanda (fls. 95 – 99 c. ppal).

5.- Trámite en segunda instancia

El recurso fue concedido por el Tribunal *a quo* mediante de auto de 17 de agosto de 2012 y admitido por esta Corporación el 11 de octubre de ese mismo año. Posteriormente, mediante providencia de 2 de noviembre siguiente, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera su concepto (fls. 101, 105, 107 c. ppal).

² El recurso de la parte actora fue presentado y sustentado el 17 de julio de 2012, esto es, dentro del término otorgado para tal fin, habida cuenta de que aquel fenecía el 30 de ese mismo mes y año.

La Fiscalía General de la Nación se limitó a solicitar que se confirmara la decisión de primera instancia (fls. 108 – 112 c. ppal).

La parte actora, la Rama Judicial y el Ministerio Público guardaron silencio en esta etapa procesal.

III. CONSIDERACIONES

1.- Prelación de fallo

De conformidad con el artículo 16 de la Ley 1285 de 2009, la Sala decide el presente caso, dado que versa sobre los posibles daños irrogados a la parte civil del proceso penal que se ve afectada como consecuencia de la declaratoria de la prescripción de la acción. Al respecto, la Sección Tercera del Consejo de Estado se ha pronunciado de manera reiterada y consolidada, lo cual permite resolver de manera anticipada este asunto porque su decisión definitiva *“entraña sólo la reiteración de jurisprudencia”*³.

2.- Competencia

La Sala es competente para conocer del presente asunto en segunda instancia, en razón del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección C de Descongestión, el 20 de marzo de 2012, habida cuenta de que, de conformidad con el artículo 73 de la Ley 270 de 1996 y las consideraciones de la Sala Plena del Consejo de Estado expuestas en auto de 9 de septiembre de 2008, la competencia para conocer de las acciones de reparación directa que se instauren por error jurisdiccional, privación injusta de la libertad o defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, se encuentra radicada en los Tribunales Administrativos en primera instancia y en el Consejo de Estado en segunda instancia, sin consideración a la cuantía del proceso⁴.

³ Al respecto, consultar, por ejemplo, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 14 de junio de 2019, exp. 50661, M.P.: Marta Nubia Velásquez Rico.

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, auto del 9 de septiembre de 2008, exp. 11001-03-26-000-2008-00009-00, M.P.: Mauricio Fajardo Gómez.

3.- Ejercicio oportuno de la acción

Al tenor de lo previsto por el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo⁵, modificado por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998, la acción de reparación directa deberá instaurarse dentro de los dos años contados a partir del día siguiente al acaecimiento del hecho, omisión, operación administrativa u ocupación permanente o temporal de inmueble por causa de trabajos públicos.

En el presente asunto la responsabilidad administrativa que se impetra en la demanda se originó en los daños que se alegaron sufridos por los demandantes con ocasión de la declaratoria de prescripción de la acción penal decretada por el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá el 30 de abril de 2008, por lo que el término de caducidad comenzaría a correr al día siguiente de su firmeza.

Ahora bien, en el plenario no obra constancia de ejecutoria del mencionado fallo, por lo que, mediante providencia de 11 de julio de 2019 (fol. 141 c. ppal), se ordenó requerir al Tribunal Superior de Distrito Judicial y el Juzgado 10 Municipal de Bogotá para que allegaran la certificación correspondiente. Después de reiteradas solicitudes, no fue posible hallar el proceso penal, de ahí que no se pudo cumplir con lo requerido (fls. 144 – 152 c. ppal).

Por lo anterior, la Sala considera ajustado tomar como punto de partida para computar la caducidad el día siguiente a la fecha en la que se desfijó el edicto de la sentencia de 30 de abril de 2008, de conformidad con la información que arroja el sistema de consulta de procesos⁶, esto es, el 29 de mayo de ese mismo año.

Ahora, observa la Sala que el término de caducidad fue suspendido, de conformidad con lo dispuesto expresamente en las Leyes 446 de 1998 y 640 de 2001⁷, cuando faltaban 46 días para su vencimiento, dado que, el 15 de abril de

⁵ Normativa aplicable al presente caso, de conformidad con lo señalado en el artículo 308 de la Ley 1437 de 2011, por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en los siguientes términos: *“Los procedimientos y las actuaciones administrativas, así como las demandas y procesos en curso a la vigencia de la presente ley seguirán rigiéndose y culminarán de conformidad con el régimen jurídico anterior”*.

⁶ Consultado el 13 de febrero de 2020, a las 12:03 p.m., en el siguiente link: <https://procesos.ramajudicial.gov.co/procesoscs/ConsultaJusticias21.aspx?EntryId=m%2fui392Ru8Nx5ZQASj8R9IEDDuc%3d>

⁷ Artículo 21. Suspensión de la prescripción o de la caducidad. La presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial en derecho ante el conciliador suspende el término de prescripción o de caducidad, según el caso, hasta que se logre el acuerdo conciliatorio o hasta que el acta de conciliación se haya registrado en los casos en que este trámite sea exigido por la ley o hasta que se expidan las constancias a que se refiere el artículo 2o. de la presente ley o hasta que se venza

2010, la parte actora solicitó audiencia de conciliación extrajudicial ante la Procuraduría Judicial Tercera de Asuntos Administrativos de Bogotá (fol. 2 c. 2).

De este modo, toda vez que el término se reanudó el día siguiente a la expedición de la constancia de haber resultado fallida la audiencia de conciliación prejudicial, esto es, el 29 de junio de 2010, la parte demandante tenía hasta el 14 de agosto de ese mismo año para interponer la demanda y dado que esta se presentó el 19 de julio de esa anualidad (fol. 17 c. 1), resulta evidente que el ejercicio del derecho de acción fue oportuno.

4.- La legitimación en la causa

En el caso concreto, es claro para la Sala que el posible daño irrogado por el proceso penal tendría como destinatarios a las personas que se constituyeron en aquel como parte civil, así como, a las víctimas que pudieron verse afectadas como consecuencia del delito y/o del sumario punitivo⁸, pues serían quienes finalmente tendrían interés en las resultados del mismo y respecto de las cuales se habría visto afectada su expectativa resarcitoria.

Bajo ese contexto, con ocasión del supuesto daño que originó la presente acción, concurrieron al proceso los señores Elsa Durán Cely, Carlos Alberto, Óscar Orlando, Víctor Hugo y Fabio Clodualdo Mendivelso Durán, de quienes hay prueba de que no se constituyeron como parte civil en el proceso penal del que se asegura deviene el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, puesto que tal calidad solo la ostentó el señor Clodualdo Mendivelso Porras, según consta en la providencia que lo vinculó a ese proceso en esa condición (fls. 234-235 c. 3).

No obstante, para la Sala está acreditada la legitimación en la causa por activa de los demandantes, porque pudieron haberse visto afectados como consecuencia del ilícito o del proceso penal directamente, ya que obra constancia de que se trataban de la cónyuge e hijos del señor Clodualdo Mendivelso Porras (fol. 3, 6 -

el término de tres (3) meses a que se refiere el artículo anterior, lo que ocurra primero. Esta suspensión operará por una sola vez y será improrrogable.

⁸ Ley 600 de 2000. Art. 56. *“En todo proceso penal en que se haya demostrado la existencia de perjuicios provenientes del hecho investigado, el juez procederá a liquidarlos de acuerdo a lo acreditado en la actuación y en la sentencia condenará al responsable de los daños causados con la conducta punible. Además, se pronunciará sobre las expensas, las costas judiciales y las agencias en derecho si a ello hubiere lugar (...)”.*

9 c. 2). Además, de conformidad con el artículo 56 de la Ley 600 de 2000, no era necesario que las víctimas se constituyeran como parte civil en el proceso penal para verse beneficiadas con la condena, puesto que el operador jurídico podía liquidar los perjuicios a que hubiere lugar siempre que los hallara probados.

En este punto, la Sala quiere dejar claro que el señor Clodualdo Mendivelso Porras falleció el 9 de septiembre de 2004 (fol. 5 c. 2), por lo que, naturalmente, no es demandante en este proceso. Además, debe precisarse que los familiares no están solicitando una indemnización por vía de la sucesión *–iure hereditatis–* de sus derechos patrimoniales, tal como se puede establecer de la lectura de las pretensiones transcritas al inicio de esta providencia.

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

5.- Problema jurídico

La Sala examinará si la prescripción de la acción penal decretada el 28 de abril de 2008, por el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá le produjo un daño a los demandantes y, además, se determinará si acaeció una pérdida de la oportunidad de obtener la reparación de los perjuicios derivados de los hechos que dieron origen a ese proceso.

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

6.- El daño

El artículo 90 de la Constitución Política contiene la cláusula general de responsabilidad del Estado. El avance significativo del sistema implementado,

basado en la noción de daño antijurídico, fue haber reivindicado el daño –y por consiguiente a la víctima– y su función en la institución de la responsabilidad.

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

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

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

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

El 7 de abril de 1999, el señor Clodualdo Mendivelso Porras presentó denuncia en contra del señor Gorgonio Roa Mahecha por la “*denuncia temeraria y las falsas imputaciones de supuesto hurto*” que realizó en su contra el 29 de septiembre de 1997, cuando el primero de los nombrados ejerció actos de posesión de un vehículo de servicio público que habían adquirido en “*sociedad*” (fls. 198 – 199 c. 3).

El 15 de abril de ese mismo año, la Fiscalía Seccional 194 de Bogotá declaró abierta la instrucción y ordenó la práctica de varias pruebas, entre las cuales, se encontraba la de escuchar en indagatoria al señor Gorgonio Roa Mahecha (fls. 209 - 210 c. 3).

El señor Clodualdo Mendivelso Porras, a través de apoderado judicial, interpuso demanda de parte civil⁹ en contra del señor Gorgonio Roa Mahecha con el fin de que, como consecuencia de la declaratoria de responsabilidad penal, se le indemnizaran los perjuicios padecidos. Estos los discriminó en morales y materiales, por los que solicitó la suma de \$4'000.000 y 4.000 gramos oro, respectivamente (fls. 231 – 232 c. 3).

Mediante providencia de 27 de enero de 2000, la Fiscalía Seccional 194 de Bogotá aceptó la demanda de parte civil interpuesta por el señor Clodualdo Mendivelso Porras (fls. 234 – 235 c. 3).

El 2 de mayo de ese mismo año, la Fiscalía Seccional 194 de Bogotá profirió medida de aseguramiento con beneficio de libertad provisional bajo caución prendaria equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente en contra del señor Gorgonio Roa Mahecha (fls. 244 – 248 c. 3).

El 9 de agosto de 2000, se decretó el embargo y secuestro del inmueble ubicado en la calle 19ª sur #15-44, con matrícula de inmobiliaria 50S-336962, el cual era de propiedad del sindicato, señor Gorgonio Roa Mahecha (fol. 258 c. 3).

El 2 de agosto de 2001, la Fiscalía Seccional 194 de Bogotá calificó el mérito del sumario y resolvió acusar al señor Gorgonio Roa Mahecha por el delito de falsa denuncia contra persona determinada. Después de realizar una valoración de las pruebas que integraban el proceso concluyó que:

[S]e estableció por parte de la Fiscalía 99 de la Unidad Cuarta de Patrimonio Económico, donde fue denunciado Mendivelso Porras, por el delito de hurto calificado del automotor de placas SGN-374, estableciéndose durante la etapa instructiva que el hecho denunciado nunca existió, por lo tanto le precluyó la instrucción por ende le extinguió la acción penal a su favor (fls. 363 – 373 c. 3).

El 6 de marzo de 2007, el Juzgado Décimo Penal del Circuito de Bogotá condenó al señor Gorgonio Roa Mahecha por el delito de falsa denuncia a una pena privativa de la libertad equivalente a 8 meses de prisión y, además, al pago de la siguiente suma de dinero *“por concepto de daños y perjuicios causados con la infracción en lo que respecta estrictamente a quien indirectamente resultó perjudicado con la infracción, esto es, Clodualdo Mendivelso Porras a quien*

⁹ Este documento no tiene fecha.

deberá el sentenciado en mención cancelar el equivalente a cuarenta (40) salarios mínimos legales mensuales vigentes, por concepto de perjuicio material y moral causado” (fls. 136 - 151 c. 2).

Inconforme con la anterior decisión, la defensa del condenado interpuso recurso de apelación, el cual no fue resuelto, toda vez que, el 30 de abril de 2009, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá declaró la prescripción de la acción penal (fls. 156 - 161 c. 2).

En esa providencia, se manifestó que el delito investigado, de conformidad el Decreto-Ley 100 de 1980, tenía un término de prescripción de 5 años y que el mismo había acaecido, porque la resolución de acusación cobró firmeza el 11 de marzo de 2002. Además, dejó claro que cuando el proceso penal arribó a ese despacho -2 de mayo de 2007- ya había acaecido el fenómeno extintivo. Así se mencionó:

[L]a resolución de acusación cobró ejecutoria el 11 de marzo de 2002, a partir de éste momento se interrumpió el primer término prescriptivo y empezó a correr uno nuevo por la mitad del anterior, pero en ningún caso, dice la norma, será inferior a cinco (5) años, el cual se venció el 11 de marzo de 2007, fecha esta en la que operó, entonces, el fenómeno prescriptivo (...).

[P]ara el momento en que las diligencias fueron enviadas a esta Corporación - 2 de mayo de 2007- por virtud del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia, el fenómeno prescriptivo ya había tenido ocurrencia, si se tiene en cuenta que el mismo se materializó el 11 de marzo de 2007 (fls. 178 – 183 c. 3).

En diligencia de testimonio de 28 de julio de 2011¹⁰, rendida en la presente *litis*, el señor Arcenio Sanabria, quien era amigo del señor Clodualdo Mendivelso, manifestó que conoció de la asociación que realizó este con el señor Roa Mahecha y, además, del sufrimiento que padeció la familia como consecuencia del delito de hurto que se le imputó falsamente. Así lo dijo:

Yo distinguí al señor Clodualdo Mendivelso, en el año de 1981 en la Cooperativa Integral Cosebes, él tenía una buseta en esa época, después él vendió la buseta y compró un bus, y en el año de 1994 hicieron una sociedad con un señor Gorgonio Roa, y sacaron un bus, con un leasing, don Clodualdo Mendivelso duró trabajando mucho tiempo con el vehículo y producido se lo entregaba al señor Roa para que pagara las cuotas, pasado un tiempo el señor Clodualdo Mendivelso le dijo al conductor que él iba a trabajar unos días que se lo dejara. Entonces el señor Gorgonio le colocó una denuncia de que el bus se había robado (...) y pasó el tiempo y el señor Clodualdo Mendivelso se

¹⁰ Rendida ante el Tribunal *a quo*.

echó a la pena enfermo, pagaba una pieza en ciudad Bolívar, salía a veces y yo le daba para el almuerzo como lo dejaron sin nada; los hijos estaban estudiando, se enfermó. Los hijos lo llevaron a un hospital (...) Preguntado. Sírvase indicar si sabe de qué manera le afectó al señor Clodualdo Medivelso, a sus hijos y esposa la denuncia presentada por Gorgonio Roa, en su contra por el delito de hurto. Contestado. Los hijos sufrieron al saber que le había puesto una denuncia por hurto sin haber sido cierto, porque toda esa denuncia era falsa. Ellos sufrieron y la esposa era la que sufrió más, le tocó responder por sus hijos ya que él no le pudo seguir colaborando. Preguntado. Sabe usted si después de la denuncia penal a la cual se ha hecho mención el señor Clodualdo Medivelso volvió a trabajar en caso afirmativo en que o si por el contrario no lo hizo, cómo se surtió su vida y la de su familia a partir de ese momento. Contestado. El señor Clodualdo Medivelso desde ese entonces no volvió a trabajar, no tenía con que trabajar, ni vehículo, pagaba una piecita por ahí. Los amigos le regalaban para medio vivir. Él se echó a la pena esperando que la investigación que llevara le saliera algo. A la familia la señor trabajaba para ver a los hijos, y moralmente sufrieron bastante (...) (fls. 178 – 179 c. 2).

Ese mismo día rindió testimonio el señor Gerardo González, quien era amigo del señor Clodualdo Mendivelso. En esta diligencia se limitó a mencionar que conocía del negocio que se había realizado con el señor Roa Mahecha y que había prestado dineros para el mismo. Así lo manifestó:

[Y]o distinguí al señor Mendivelso Porras, él tenía un bus que sacó a una campaña con un socio que se llama Gorgonio Roa. Ellos fueron como socios de un bus, en la compañía Cosebes, ellos trabajaban muy bien, ya de pronto uno le echaba la culpa al otro del producido del bus, como socios ellos decían que Medivelso le entregaba la plata al señor Roa, no recuerdo el nombre, pero a mi me consta (...) inclusive le presté cuatro millones de pesos, y él me decía que tan pronto me podía cancelar él lo hacía, pero como le pasó ese problema con el socio (...) quedó en la calle y lo dejaron en la ruina (fol. 180 c. 2).

También compareció a declarar el señor Laureano López Pedraza, quien también era amigo del señor Clodualdo Mendivelso. En esta oportunidad, el testigo manifestó que conocía de la sociedad que se realizó con el señor Roa Mahecha y de la falsa denuncia que este le presentó por el hurto del automotor, al punto que sabía que lo había afectado psicológicamente. Así lo dijo:

[E]l señor Clodualdo Mendivelso y Gorgonio Roa adquirieron un vehículo al leasing pacífico, en el cual nosotros fuimos codeudores, es decir el señor Rufino Parra y yo (...) como al año de estar pagando ese carro como en 1995, tuvieron un inconveniente entre ellos, y le pusieron conductor al bus, y el conductor le daba la plata a don Gorgonio Roa para que pagara las cuotas y luego se colgaron con el pago. Entonces el señor Clodualdo Mendivelso salió a trabajar. Como el conductor conocía a Clodualdo entonces le dio el carro, entonces el señor Gorgonio Roa puso una denuncia porque se lo había robado. El señor Clodualdo Mendivelso se enfermó por depresión, los hijos y la mujer vinieron a llevarlos a Socotá, los hijos gastaron mucha plata en viajes por venir a ver al papá (...) Preguntado. Por el conocimiento y el trato con la familia de del señor Clodualdo Mendivelso sabe y por qué ¿de qué manera les afectó el problema que usted acaba de relatar por la denuncia que formuló el

señor Gorgonio Roa?. Contestado. Lo afectaron terriblemente porque prácticamente lo mataron en vida. Ese era el sustento que tenía para mantener a sus hijos y su familia, como le robó el derecho del vehículo prácticamente lo dejó en la calle. Los hijos y la esposa vivían al amparo de él, lo querían bastante, y después como el señor Clodualdo Mendivelso se enfermó entonces eso fue terrible para ellos (fls. 181 – 182 c. 2).

Las anteriores son las pruebas más relevantes que obran en el plenario relacionadas con el proceso penal adelantado por el delito de falsa denuncia que denunció el señor Clodualdo Mendivelso y que tienen vínculo directo con el daño que se pretende sea indemnizado, razón por la que la Sala procederá a analizar si, con aquellas, es posible tener por demostrado el daño en el caso concreto, no sin antes precisar lo siguiente:

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

De conformidad con el artículo 90 de la Constitución Política, esta Corporación ha sostenido que aunque el ordenamiento jurídico no contiene una disposición que consagre una definición de daño antijurídico, puede afirmarse que este se refiere a *“la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar, que no está justificado por la ley o el derecho”*¹¹, de ahí que para que proceda declarar la responsabilidad del Estado con base en un título jurídico subjetivo u objetivo de imputación, se ha de probar la existencia de **(i)** el daño, el cual debe ser cierto y determinado o determinable, **(ii)** la conducta u omisión que generó el daño, atribuible a una autoridad pública y **(iii)** *“cuando hubiere lugar a ella, una relación o nexo de causalidad [entre los dos primeros elementos], vale decir, que el daño se produzca como consecuencia directa de la acción o la omisión atribuible a la entidad accionada”*¹².

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

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 2 de marzo de 2000, exp. 11.945, M.P.: María Elena Giraldo Gómez.

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 21 de marzo de 2012, exp. 23.478, M.P.: Mauricio Fajardo Gómez.

impedido a los ahora demandantes acceder a la reparación de los perjuicios sufridos por la conducta del sindicato derivada del delito de falsa denuncia¹³.

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

En este sentido, la parte actora alegó que la prescripción de la instrucción penal objeto de la demanda que aquí se estudia, le habría impedido obtener la reparación patrimonial de los perjuicios que sufrió como consecuencia de una posible conducta delictiva, por lo que, de una lectura integral de la demanda¹⁴, la Sala concluye que su pretensión se puede enmarcar en una pérdida de la oportunidad de obtener la reparación por los mencionados perjuicios.

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

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

*En otras palabras, se ha distinguido entre el daño consistente en la imposibilidad definitiva de obtener un beneficio o de evitar un perjuicio, caso en el cual el objeto de la indemnización es, precisamente, el beneficio dejado de obtener o el perjuicio que no fue evitado, y aquel que tiene que ver con la pérdida de una probabilidad que, aunque existente, no garantizaba el resultado esperado, pese a que sí abría la puerta a su obtención en un porcentaje que constituirá el objeto de la indemnización (...)*¹⁵.

¹³ Conviene recordar que la Sección Tercera del Consejo de Estado unificó su posición en el sentido de indicar que, en lo que se refiere al derecho de daños, el modelo de responsabilidad estatal que adoptó la Constitución de 1991 no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del juez definir, frente a cada caso concreto, la construcción de una motivación que consulte las razones, tanto fácticas como jurídicas, que den sustento a la decisión que habrá de adoptar. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena de la Sección Tercera, sentencia de 19 de abril de 2012, exp. 21.515, M.P.: Hernán Andrade Rincón.

¹⁴ Corte Constitucional, sentencia T-1091 de 2008, M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

¹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 31 de mayo de 2016, exp. 38.267, M.P.: Danilo Rojas Betancourth.

Ahora bien, en providencia de 30 de enero de 2013¹⁶, esta Subsección estimó que para tener por demostrada la pérdida de oportunidad deben reunirse los siguientes requisitos, a saber¹⁷:

(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'¹⁸ de que de no haber ocurrido el evento dañoso, la víctima habría mantenido la expectativa de obtener la ganancia o de evitar el detrimento correspondientes¹⁹;*

(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 indebida²⁰; 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

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 30 de enero de 2013, exp. 23.769, M.P. Mauricio Fajardo Gómez, reiterada por esta misma Subsección en sentencia del 8 de febrero de 2017, exp. 41.073, M.P. Hernán Andrade Rincón.

¹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 11 de agosto de 2010, exp. 18593, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

¹⁸ Cita textual del fallo: TRIGO REPRESAS, Félix Alberto, *Pérdida de chance Presupuestos. Determinación. Cuantificación*, Astrea, Buenos Aires, 2008, pp. 38-39.

¹⁹ Cita textual del fallo: A este respecto se ha sostenido que "... la chance u oportunidad, es una posibilidad concreta que existe para obtener un beneficio. El incierto es el beneficio pero la posibilidad de intervenir es concreta, pues existe de forma indiscutible. Por eso sostenemos que existe daño jurídicamente indemnizable cuando se impide esa oportunidad o esa chance: se presenta el daño... Las dificultades pueden presentarse en la evaluación, porque lógicamente ésa no puede ser la del beneficio que posiblemente se habría obtenido sino otra muy distinta" (énfasis añadido). Cfr. MARTÍNEZ RAVÉ, Gilberto y MARTÍNEZ TAMAYO, Catalina, *Responsabilidad civil extracontractual*, Temis, Bogotá, 2003, p. 260.

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

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

²⁰ HENAO, Juan Carlos, *El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, pp. 159-160.

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 tenían²¹-;

(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'²².

Por lo dicho, para que el daño se tenga por probado, la Sala advierte que de la situación fáctica de la demanda se debe deducir la certeza de la expectativa que se pierde; la imposibilidad en la que se encontraría los demandantes de obtener el resarcimiento de los perjuicios en un escenario distinto al de la constitución de parte civil en el proceso penal y, finalmente, que aquel se encontraba en una posición potencialmente apta para la consecución de la indemnización en ese libelo. Solamente de resultar demostrados estos supuestos, podrá considerarse el daño como cierto²³.

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

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

En primer lugar resulta claro que la comisión de un hecho punible puede traer consigo efectos patrimoniales respecto de ciertas personas; que éstas cuentan con dos cauces procesales en aras de obtener el resarcimiento de los perjuicios que se les hubieren causado: la acción civil –cuya caducidad es de 10 años si se incoa de manera independiente– y la constitución de parte civil en el proceso

²¹ Cita textual del fallo: Al respecto la doctrina afirma que "...‘en el lucro cesante está ‘la convicción digamos más o menos absoluta de que determinada ganancia se produzca’, mientras que en la pérdida de chance hay ‘un álea que disminuye las posibilidades de obtenerla’, diríase que en el lucro cesante el reclamo se basa en una mayor intensidad en las probabilidades de haber obtenido esa ganancia que se da por descontado que de no haberse producido el hecho frustrante se habría alcanzado. Desde el prisma de lo cualitativo cabe señalar que el lucro cesante invariablemente habrá de consistir en una ganancia dejada de percibir, en tanto que la pérdida de chance puede estar configurada por una ganancia frustrada y además por la frustración de una posibilidad de evitar un perjuicio’". Cfr. VERGARA, Leandro, *Pérdida de chance. Noción conceptual. Algunas precisiones*, LL, 1995-D-78, N° 3, apud TRIGO REPRESAS, Félix Alberto, *Pérdida de chance*, cit., p. 262.

²² Cita textual del fallo: ZANNONI, Eduardo, *El daño en la responsabilidad civil*, Astrea, Buenos Aires, 1987, pp. 110-111.

²³ Al respecto, consultar, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 19 de julio de 2009, exp. 41.749.

penal –en cuyo caso, la prescripción se iguala a la de la acción penal–; finalmente se tiene que la extinción de la acción penal no extingue los derechos patrimoniales que se hayan podido producir, los cuales se podrán ventilar ante la jurisdicción ordinaria²⁴.

En relación con la prescripción de la acción civil ejercida dentro del proceso penal, el artículo 108 del Decreto Ley 100 de 1980, codificación empleada por la Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá para decretar la prescripción de la acción penal en favor del señor Roa Mahecha, establecía²⁵:

Prescripción de la Acción Civil. La acción civil proveniente del delito prescribe en veinte (20) años si se ejercita independientemente del proceso penal y en tiempo igual al de la prescripción de la respectiva acción penal, si se adelanta dentro de éste.

De igual forma, los artículos 80 y 84 del Código Penal vigente para el momento de los hechos, exponían:

Artículo 80. Término de prescripción de la acción. La acción penal prescribirá en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley si fuere privativa de libertad, pero en ningún caso, será inferior a cinco años ni excederá de veinte. Para este efecto se tendrán en cuenta las circunstancias de atenuación y agravación concurrentes.

En los delitos que tengan señalada otra clase de pena, la acción prescribirá en cinco años.

Artículo 84. Interrupción del término prescriptivo de la acción. La prescripción de la acción penal se interrumpe por el auto de proceder, o su equivalente, debidamente ejecutoriado.

²⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 30 de enero de 2013, exp. 23.769, M.P.: Mauricio Fajardo Gómez, reiterada por esta misma Subsección en sentencia del 8 de febrero de 2017, exp. 41.073, M.P.: Hernán Andrade Rincón.

²⁵ Frente al particular no sobra recalcar lo afirmado por la Sala en torno a las diferencias entre los conceptos de prescripción y caducidad: “A pesar de que antes del 8 de julio de 1998 se acudió a la figura de la prescripción en los procesos ejecutivos contractuales ante la inexistencia de una disposición legal que señalara el término de caducidad para la acción ejecutiva contractual, lo cierto es que se trata de conceptos diferentes, en tanto la caducidad es un fenómeno procesal, mientras que la prescripción es de carácter sustancial y, por tanto, no se pueden confundir. La Sección Tercera ha explicado el tema, así: // La caducidad se refiere a la extinción de la acción, mientras que la prescripción a la del derecho; la primera debe ser alegada, mientras que la caducidad opera ipso iure; la prescripción es renunciante, mientras que la caducidad no lo es, en ningún caso, y mientras que los términos de prescripción pueden ser suspendidos o interrumpidos, los de caducidad no son susceptibles de suspensión, salvo expresa norma legal, como es el caso de la conciliación prejudicial establecida en la Ley 640 de 2001. // Queda claro, pues, que se trata de dos figuras que regulan fenómenos diferentes y, que, en consecuencia, no es posible aplicar las normas que regulan la prescripción a la caducidad, o viceversa. // Como se advirtió, en un principio se utilizó la figura de la prescripción de las acciones judiciales para determinar si una demanda ejecutiva se presentaba en tiempo; dicha institución está consagrada en el artículo 2.512 del Código Civil, que la define como un modo de adquirir las cosas o de extinguir las acciones o derechos ajenos, por no haber ejercido las acciones y derechos durante cierto tiempo”. Consejo de Estado, Sección Tercera, auto del 26 de mayo de 2010, exp. 25.803, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

Interrumpida la prescripción, principiará a correr de nuevo por tiempo igual a la mitad del señalado en el Artículo 80. En este caso, el término no podrá ser inferior a cinco años.

De las normas transcritas, es posible concluir que el término de prescripción de la acción civil iniciada dentro del proceso penal se encuentra ligado a la prescripción de este último, por lo que, extinta la acción punitiva igual suerte correrá el ejercicio del derecho de acción indemnizatorio de carácter civil.

En efecto, esta Sala de Subsección ha concluido que si la responsabilidad patrimonial por la comisión de un delito se debate en el marco de un proceso penal, su declaratoria se encuentra necesariamente ligada a la condena efectiva por la comisión del delito, mientras que si dicha pretensión se ventila en un proceso ordinario de responsabilidad civil, la declaratoria de responsabilidad no depende de una condena en tal sentido.

Es decir, las pretensiones de la parte civil en un proceso penal están sujetas al alea propia del mismo, en cuanto a la declaración de la responsabilidad penal como requisito previo e indispensable para acceder a las pretensiones resarcitorias²⁶.

En virtud de lo anterior, es claro que el ordenamiento jurídico colombiano consagró dos cauces procesales adecuados, independientes y principales para obtener el resarcimiento de los perjuicios derivados de una conducta punible²⁷.

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

De conformidad con los anteriores criterios, se tiene que los actores no se constituyeron como parte civil en el proceso penal adelantado en contra del señor Roa Mahecha por el supuesto delito de falsa denuncia y que dicho proceso terminó con la declaratoria de prescripción de la acción penal. Por tanto, el daño alegado por los demandantes no puede tenerse por probado en atención a las siguientes razones:

²⁶ *Ibídem*.

²⁷ Así lo dispone el artículo 45 de la Ley 600 de 2000 cuando estableció que: “La acción civil individual o popular para el resarcimiento de los daños y perjuicios individuales y colectivos causados por la conducta punible, podrá ejercerse ante la jurisdicción civil o dentro del proceso penal, a elección de las personas naturales o jurídicas perjudicadas, por los herederos o sucesores de aquellas, por el Ministerio Público o por el actor popular cuando se trate de lesión directa a bienes jurídicos colectivos (...)”.

De conformidad con el material probatorio allegado al expediente, resulta claro que ninguno de los demandantes acudió como parte civil en el proceso penal del que se alegó el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia y, además, de conformidad con la demanda, aquellos no solicitaron indemnización alguna por vía de la *iure hereditatis*.

En el caso concreto, en principio, los demandantes no tenían la expectativa de obtener una reparación en el proceso penal, porque no se hicieron parte del mismo. Esto aun cuando pudieron integrarse al proceso punitivo en cualquier momento desde la apertura de la investigación, tal como lo dispuso la Corte Constitucional en la sentencia C-760 de 2001, por medio de la cual se declaró inexecutable un aparte del artículo 47²⁸ de la Ley 600 de 2000.

Es claro para la Sala la constitución de parte civil no es requisito para entender que pueda existir una afectación producida como consecuencia del proceso penal, dado que el artículo 56 de la Ley 600 de 2000²⁹ habilita al juez de instancia para que, en caso de tener como probados los perjuicios derivados del ilícito, liquide y reconozca las respectivas sumas a que hubiere lugar, aun cuando no haya existido tal constitución de parte.

No obstante, si bien los actores pudieron o no ser beneficiados en la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Décimo Penal del Circuito de Bogotá, lo cierto es que ese fallo no les reconoció alguna suma a su favor, ni mucho menos se probó, en ese proceso y por cualquier medio, que se hubieran visto afectados, dado que el juez no realizó ninguna valoración frente aquellos para efectos de darle aplicación al mencionado artículo 56 de la Ley 600 de 2000.

En todo caso, se reitera, si bien la constitución de parte civil no es requisito para entender que los actores pudieron verse afectados por el proceso punitivo, lo cierto es que es un aspecto relevante para tener en cuenta, toda vez que la potestad que otorga el artículo 56 de la Ley 600 de 2000 procede solo ante el

²⁸ Artículo 47. *“Oportunidad para la constitución de parte civil. La constitución de parte civil, como actor individual o popular, podrá intentarse en cualquier momento, a partir de la resolución de apertura de instrucción y hasta antes de que se profiera sentencia de única o de segunda instancia”.*

²⁹ *“En todo proceso penal en que se haya demostrado la existencia de perjuicios provenientes del hecho investigado, el juez procederá a liquidarlos de acuerdo a lo acreditado en la actuación y en la sentencia condenará al responsable de los daños causados con la conducta punible. Además, se pronunciará sobre las expensas, las costas judiciales y las agencias en derecho si a ello hubiere lugar”.*

evento en que el operador jurídico encuentre probados los perjuicios, los que, de suyo, requieren, en la mayoría de los casos, una participación activa de quien se reputa víctima.

En este punto, vale aclarar que los testimonios practicados en esta *litis* se circunscribieron a manifestar los supuestos fácticos que rodearon la “*asociación*” que tuvieron los señores Clodualdo Mendivelso y Gorgonio Roa Mahecha; así como, los agravios que se causaron por la denuncia de hurto que interpuso el segundo de los nombrados en contra del primero, por la presunta sustracción “*sin consentimiento*” del automotor que habían adquirido.

Así, los supuestos fácticos narrados por los testigos no son objeto de controversia en este asunto, pues lo que aquí se discute es el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia derivado de la declaratoria de prescripción de la acción penal iniciada por el delito de falsa denuncia. Por esta razón, toda cuestión o perjuicio emanado del proceso penal adelantado por el hurto del automotor escapa a la esfera de competencia de la Sala y, además, representaría una vulneración del derecho de defensa; así como, la variación de la *causa petendi*.

Igualmente, los testigos se limitaron a declarar sobre los daños que sufrió el señor Clodualdo Mendivelso por la pérdida del automotor, respecto del cual era copropietario –arrendatario³⁰- con el señor Gorgonio Roa Mahecha; no obstante, como ya se dijo, tales menoscabos no son derivados de la declaratoria de la prescripción de la acción penal y, por tanto, no son susceptibles de ser abordados en este asunto.

En concordancia con lo anterior, debe decirse que el material probatorio se encaminó a demostrar la afectación del señor Clodualdo Mendivelso, pero derivada del proceso que se le inició por hurto; no obstante, nada se tiene sobre los perjuicios y afectaciones de los demandantes, quienes son su cónyuge e hijos, derivados de la declaratoria de prescripción de la acción penal del punible de falso testimonio y en el cual se constituyó como parte civil.

³⁰ En varios documentos se hace alusión a que el vehículo lo adquirieron en calidad de arrendatarios, por virtud del contrato de Leasing.

Conviene aclarar que, si bien los testigos declararon sobre las afectaciones psicológicas y económicas del señor Clodualdo Mendivelso, lo cierto es que, en todo momento, se refirieron exclusivamente a las relacionadas con el proceso penal del que fungió como procesado por el hurto del automotor, sin que hayan hecho alusión a perjuicio alguno derivado directamente de la declaratoria de la prescripción de la acción penal y, por ende, esas pruebas no son útiles ni pertinentes para demostrar este último supuesto fáctico.

Para la Subsección los perjuicios sobre los que declararon los testigos en este proceso no están ligados causalmente a la prescripción de la acción penal, ya que se circunscribieron a la pérdida del automotor del cual era socio el señor Clodualdo Mendivelso, situación que, se dijo, lo afectó anímicamente y económicamente.

Bajo ese contexto, es claro que los actores no probaron que se vieran afectados directamente por el proceso que se siguió por el delito de falsa denuncia, por lo que, aunado a su falta de integración a la parte civil en el proceso penal y la ausencia de una condena a su favor, es dable concluir que no tenían certeza de una posibilidad perdida, puesto que no tenían ninguna chance de ser beneficiados patrimonialmente en el libelo punitivo. Por esta razón, no se cumple con el primer requisito del análisis del daño por pérdida de oportunidad.

En gracia de discusión, tampoco estaría estructurado el tercer requisito, relacionado con estar en una *“situación potencialmente apta para pretender la consecución del resultado esperado”*, puesto que la Subsección considera que no se satisface en el asunto bajo estudio, por cuanto estos demandantes no fueron reconocidos, se reitera, como damnificados en la sentencia penal de primera instancia.

Así, es claro que los demandantes no contaban con una probabilidad de que se hubieran reconocido perjuicios en el proceso penal, ya que en aquel nunca se probó que los hubieran padecido y, como consecuencia, no se profirió una providencia de la que esta Sala pudiera llegar a concluir que posiblemente se habrían reconocido los menoscabos por ellos padecidos en su condición de víctimas. En igual sentido se ha pronunciado de manera reciente la Subsección, cuando adujo que:

Pues bien, en cuanto a la situación “potencialmente apta”, esta Corporación ha manifestado que debe analizarse si el afectado con la prescripción de la acción penal se hallaba en una situación tanto fáctica como jurídica idónea para alcanzar la indemnización que pretendía en el proceso penal y que ahora reclama en la jurisdicción contenciosa administrativa.

En línea con lo anterior, no se puede concluir que la señora Rosario Gutiérrez Madrid se encontraba en una situación potencialmente apta de obtener los perjuicios que solicitó dentro del proceso penal por el punible de abuso de condiciones de inferioridad, toda vez que ninguna de las etapas procesales terminó con una decisión a su favor³¹.

Por lo dicho, la Sala encuentra que no se cumple con el criterio jurisprudencial de la pérdida de la oportunidad referido a la “certeza respecto de la existencia de la oportunidad que se pierde” y el relacionado con que las víctimas deben “encontrarse en una situación potencialmente apta para pretender la consecución del resultado esperado”, ya que los señores Elsa Durán Cely, Carlos Alberto, Óscar Orlando, Víctor Hugo y Fabio Clodualdo Mendiavelso Durán no probaron haberse afectado por la declaratoria de prescripción y no tenían un buen chance de obtener la indemnización³².

En efecto, la existencia del daño es el punto de partida del análisis de la responsabilidad estatal, pues en aquellos casos en los cuales se está en presencia de una falta de prueba respecto del daño antijurídico, dicha circunstancia impide o torna inocuo adelantar un análisis respecto del otro elemento -imputación-³³. En este sentido se ha pronunciado la Sala de la Sección Tercera del Consejo de Estado en los siguientes términos:

Como lo ha señalado la Sala en ocasiones anteriores, el primer aspecto a estudiar en los procesos de reparación directa, es la existencia del daño, puesto que si no es posible establecer la ocurrencia del mismo, se torna inútil cualquier otro juzgamiento que pueda hacerse en estos procesos. (...). En efecto, en sentencias proferidas (...) se ha señalado tal circunstancia precisándose que ‘es indispensable, en primer término determinar la existencia del daño y, una vez establecida la realidad del mismo, deducir sobre su naturaleza, esto es, si el mismo puede, o no calificarse como antijurídico, puesto que un juicio de carácter negativo sobre tal aspecto, libera de toda responsabilidad al Estado...’ y, por tanto, releva al juzgador de realizar la valoración del otro elemento de la responsabilidad estatal, esto es, la imputación del daño al Estado, bajo cualquiera de los distintos títulos que para el efecto se han elaborado³⁴.

³¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 14 de junio de 2019, exp. 52.008, M.P.: Marta Nubia Velásquez Rico.

³² Al respecto, consultar, por ejemplo, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 16 de mayo de 2019, exp. 49.252, M.P.: Marta Nubia Velásquez Rico.

³³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 13 de agosto de 2008, exp. 16.516 y del 4 de junio del 2008, exp. 16.643. ambas con ponencia del Dr. Enrique Gil Botero.

³⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencias del 13 de agosto de 2008, exp. 16.516, M.P.: Enrique Gil Botero.

En el mismo sentido, la jurisprudencia de la Sección, respecto de la necesidad de la acreditación del daño, ha precisado que si este *“no aparece demostrado, las actuaciones del sujeto resultan inocuas desde el punto de vista de los derechos de los administrados. Aún el comportamiento más riesgoso, o la conducta más ineficiente o temeraria de la Administración carecerán de relevancia jurídica frente a las personas sino se traducen en perjuicios apreciables”*³⁵.

Así pues, el primer elemento que se debe observar en el análisis de la responsabilidad es la existencia del daño, el cual, además debe ser antijurídico, comoquiera que éste constituye un elemento necesario de la responsabilidad, de allí la máxima *“sin daño no hay responsabilidad”* y sólo ante su acreditación hay lugar a valorar la posibilidad de imputación del mismo al Estado³⁶.

Por todo lo dicho, la Sala considera que no fue probado el daño antijurídico en el presente asunto, por lo que se revocará la sentencia apelada en cuanto dispuso la declaratoria de caducidad y, en su lugar, se negarán las pretensiones de la demanda.

7.- Condena en costas

En vista de que no se observa en este caso temeridad o mala fe en el actuar de las partes, la Sala se abstendrá de condenar en costas, de conformidad con lo previsto en el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

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

F A L L A

REVOCAR la sentencia recurrida, esto es, la proferida por Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección C de Descongestión, el 20 de marzo de 2012, en el proceso de la referencia, de

³⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 4 de diciembre de 2002. exp. 12.625, M.P.: Germán Rodríguez Villamizar.

³⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 6 de junio de 2012, exp. 24.633, M.P.: Hernán Andrade Rincón.

conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia y, en su lugar, se resuelve:

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARÍA ADRIANA MARÍN

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO