

ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / DAÑO CAUSADO POR LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / DEFECTUOSO FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / REPARACIÓN DIRECTA POR PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL - Daño a la parte civil en el proceso penal / PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD DE LA INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS / INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD

La Sala examinará si la prescripción de la acción penal, (...) le impidió a la ahora demandante –parte civil en el proceso penal referido– la pérdida de la oportunidad de obtener la reparación de los perjuicios derivados de los hechos que dieron origen a ese proceso. (...) 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 penal, circunstancia que llevó a que se declarara la prescripción de la acción penal, lo que, a su vez, le habría impedido a la ahora demandante, constituida en parte civil en el citado proceso, acceder a la reparación de los perjuicios sufridos por la conducta del sindicado derivada del delito de lesiones personales. (...) [D]e 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.

DAÑOS CAUSADOS POR LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA - Competencia / COMPETENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO - Fundamento normativo

[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. **NOTA DE RELATORÍA:** Sobre la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa en casos de reparación directa por error jurisdiccional, privación injusta de la libertad y defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, consultar providencia de 9 de septiembre de 2008, Exp. 2008-00009-00, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

FUENTE FORMAL: LEY 270 DE 1996 - ARTÍCULO 73

PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / DAÑO ANTIJURÍDICO / REQUISITOS DEL DAÑO ANTIJURÍDICO / IMPUTACIÓN DEL DAÑO ANTIJURÍDICO / NEXO DE CAUSALIDAD / REITERACIÓN JURISPRUDENCIAL

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”, 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”. **NOTA DE RELATORÍA:** Sobre Los presupuestos de la responsabilidad patrimonial del Estado, consultar providencias de 2 de marzo de 2000, Exp. 11945, C.P. María Elena Giraldo Gómez; y de 21 de marzo de 2012, Exp. 23478, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 90

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO / PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL / DEFECTUOSO FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / CONCEPTO DE DEFECTUOSO FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

En lo referido a la responsabilidad extracontractual del Estado derivada de la prescripción de la acción penal y la consecuente imposibilidad para que la víctima del delito obtenga la reparación de los perjuicios presuntamente causados por la comisión del mismo, esta Subsección ha considerado que este supuesto se enmarca en la hipótesis consagrada en el artículo 69 de la Ley 270 de 1996, es decir, bajo la óptica de un defectuoso funcionamiento de la Administración de Justicia, puesto que, en estos casos, no existe una providencia judicial que se pueda considerar como generadora de un posible y eventual error judicial, como tampoco se demanda la privación injusta de la libertad o de algún otro derecho, ni la retención injusta de bienes muebles o inmuebles. **NOTA DE RELATORÍA:** Referente a la noción de defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, consultar providencias de 15 de diciembre de 2011, Exp. 40425, C.P. Ruth Stella Correa Palacio; de 30 de enero de 2013, Exp. 23769, C.P. Mauricio Fajardo Gómez y de 8 de febrero de 2017, Exp. 41073, C.P. Hernán Andrade Rincón.

FUENTE FORMAL: LEY 270 DE 1996 - ARTÍCULO 69

PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD - Naturaleza. Daño autónomo / CONCEPTO DE PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD / REQUISITOS DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD / REITERACIÓN JURISPRUDENCIAL

En este punto, 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. **NOTA DE RELATORÍA:** Referente a la noción, naturaleza, y requisitos para tenerse acreditada la pérdida de oportunidad, consultar providencias de 11 de agosto de 2010, Exp. 18593, C.P. Mauricio Fajardo Gómez; de 30 de enero de 2013, Exp. 23769, C.P. Mauricio Fajardo Gómez; de 31 de mayo de 2016, Exp. 38.267, C.P. Danilo Rojas Betancourth; y de 8 de febrero de 2017, Exp. 41073, C.P. Hernán Andrade Rincón.

PARTE CIVIL / DEMANDA DE PARTE CIVIL / ACCIÓN CIVIL EN EL PROCESO PENAL - Se encuentra sujeta a los resultados del proceso penal / EJERCICIO DE LA ACCIÓN CIVIL EN EL PROCESO PENAL / NATURALEZA DE LA ACCIÓN CIVIL EN EL PROCESO PENAL / PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN CIVIL EN EL PROCESO PENAL - Ligada a la prescripción del proceso penal / AUTONOMÍA DE LA ACCIÓN CIVIL / ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD CIVIL - La declaratoria de responsabilidad no depende de una condena penal / REITERACIÓN JURISPRUDENCIAL

[E]l término de prescripción de la demanda civil iniciada dentro del proceso penal se encuentra ligado a la prescripción de este último, pero únicamente en relación con los penalmente responsables, ya que la norma dejó a salvo cualquier otro evento cuando estableció que a “los demás casos se les aplicarán las normas pertinente de la legislación civil”. (...) En efecto, la Sala de esta Subsección ha concluido que si la responsabilidad patrimonial por la comisión de un delito se debate en el marco de un proceso penal, su declaratoria se encuentra necesariamente ligada a la condena efectiva por la comisión del delito, mientras que si dicha pretensión se ventila en un proceso ordinario de responsabilidad civil, la declaratoria de responsabilidad no depende de una condena en tal sentido. Es decir, las pretensiones de la parte civil en un proceso penal están sujetas al alea propia del mismo proceso, en cuanto a la declaración de la responsabilidad penal como requisito previo e indispensable para acceder a las pretensiones resarcitorias. **NOTA DE RELATORÍA:** En cuanto a la responsabilidad estatal derivada del vencimiento de los términos en el proceso penal, consultar providencias de 30 de enero de 2013, Exp. 23769, C.P. Mauricio Fajardo Gómez; de 8 de febrero de 2017, Exp. 41073, C.P. Hernán Andrade Rincón; y de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, de 19 de enero de 2011, Exp. 35406, M.P. Javier Zapata Ortiz.

CONDUCTA PUNIBLE - Causas jurídicos para obtener resarcimiento de perjuicios / SENTENCIA PENAL / ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD CIVIL / COSA JUZGADA PENAL - Efectos en materia civil. Eventos

[E]s 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. En ese sentido, la finalidad de ambos instrumentos es la misma, e inclusive, la sentencia penal puede tener efectos de cosa juzgada en materia civil, pero sólo en las hipótesis contempladas por el artículo 57 de la Ley 600 de 2000. (...) Así, cuando el resultado del proceso penal sea una declaración, en alguno de los sentidos reseñados, no será viable la prosperidad de las pretensiones resarcitorias de la parte civil.

FUENTE FORMAL: LEY 600 DE 2000 - ARTÍCULO 45 / LEY 600 DE 2000 - ARTÍCULO 57

RESPONSABILIDAD CIVIL / PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN CIVIL - Término. Fundamento normativo / ACTIVIDAD PELIGROSA / CONDUCCIÓN DE VEHÍCULO / TEORÍA DEL RIESGO / RESPONSABILIDAD POR ACTIVIDAD PELIGROSA / RESPONSABILIDAD SOLIDARIA / CONDUCTOR DE VEHÍCULO / PROPIETARIO DEL VEHÍCULO / EMPRESA AFILIADORA

Conviene aclarar que el inciso segundo del artículo 2358 del Código Civil fija en 3 años el término de prescripción de las acciones civiles extracontractuales adelantadas contra “terceros responsables”; no obstante, dicha norma no puede ser leída de manera aislada en el presente asunto. Lo anterior por cuanto, el propietario y la empresa a la que se encontraba afiliado el vehículo –según el caso-, de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, deben ser considerados como directos responsables y no propiamente “terceros”, por lo que no les sería aplicable la norma en cuestión. (...) Además, la responsabilidad directa que se depreca del conductor, propietario y la empresa a la que se encontraba afiliado el vehículo en un accidente de tránsito tiene origen en la teoría del riesgo, ya que todos son causantes y/o originadores del mismo en el desarrollo de la actividad peligrosa, lo que, a su vez, implica que se les atribuya el daño de manera solidaria. (...) Por lo anterior, el término de la prescripción para

el propietario y/o empresa de servicio público –según el caso- estará regido por la norma especial que lo consagre y, en su defecto, por lo normado en el artículo 2536 del Código Civil. **NOTA DE RELATORÍA:** En relación con la teoría del riesgo, consultar providencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, de 11 de abril de 2012, Exp. 33085, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO CIVIL - ARTÍCULO 2358 / CÓDIGO CIVIL - ARTÍCULO 2536

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD - Inexistente / PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD DE LA INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS - No se acreditaron los requisitos jurisprudenciales / PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL - No significó la imposibilidad definitiva de obtener un provecho / POTENCIALIDAD DEL RESULTADO ESPERADO - No acreditada

Por lo dicho, la Sala encuentra que no se cumple con los criterios jurisprudenciales de la pérdida de la oportunidad referidos a la “imposibilidad definitiva de obtener un provecho” y de “encontrarse en una situación potencialmente apta para pretender la consecución del resultado esperado”, ya que la señora (...) contó con la posibilidad de reclamar el resarcimiento esperado y, además, no tenía un buen chance de obtener la indemnización, porque la prescripción acaeció en la etapa investigativa del proceso penal. **NOTA DE RELATORÍA:** Sobre la responsabilidad patrimonial del Estado por pérdida de oportunidad de indemnización de perjuicios por la ocurrencia de la prescripción de la acción penal, consultar providencias de 16 de mayo de 2019, Exp. 49252, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico; de 14 de junio de 2019, Exp. 52008, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico; y de 14 de junio de 2019, Exp. 52941, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

DAÑO ANTIJURÍDICO - Verificada su existencia es procedente el análisis de su imputación / DECLARATORIA DE RESPONSABILIDAD - Daño antijurídico como elemento necesario / FALTA DE ACREDITACIÓN DEL DAÑO ANTIJURÍDICO - Torna inútil cualquier otro juzgamiento que pueda hacerse / INCUMPLIMIENTO DE CARGA DE LA PRUEBA

Ahora, en relación con las pretensiones derivadas de los “honorarios sufragados por la representación judicial al interior de las diligencias penales”, la “pérdida del establecimiento de comercio” y la referida al perjuicio moral “profundizado por la falla en el servicio”, advierte la Sala que no están demostrados en el plenario. (...) [L]a 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-. (...) 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 Estado. (...) Por todo lo dicho, la Sala considera que no fue probado el daño antijurídico en el presente asunto. **RELATORÍA:** Sobre el daño antijurídico como el primer aspecto a estudiar en los procesos de reparación directa en los que se pretende la declaratoria de responsabilidad patrimonial del Estado, consultar providencias de 4 de diciembre de 2002, Exp. 12625, C.P. Germán Rodríguez Villamizar; y de 4 de junio del 2008, Exp. 16643, C.P. Enrique Gil Botero; y de 6 de junio de 2012, Exp. 24633, C.P. Hernán Andrade Rincón.

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

Consejera ponente: MARÍA ADRIANA MARÍN

Bogotá D.C., veinticinco (25) de julio de dos mil diecinueve (2019).

Radicación número: 25000-23-26-000-2011-01063-01(46284)

Actor: MARTHA LUCÍA GARCÍA LAGOS

Demandado: NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Referencia: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA

Temas: PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL - pérdida de oportunidad de la parte civil de obtener indemnización de perjuicios en proceso penal - DAÑO ANTIJURÍDICO – la parte civil pudo acudir ante la jurisdicción civil y obtener una sentencia de fondo y no estaba en una posición potencialmente apta de obtener el resultado.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 12 de octubre de 2012 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección C de Descongestión, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

I. SÍNTESIS DEL CASO

El 2 de julio de 2004, en un accidente de tránsito ocurrido en el barrio Kennedy, de Bogotá, entre un taxi y un microbús, resultó lesionada la señora Martha Lucía García Lagos. Como consecuencia de ese hecho, se adelantó un proceso penal en contra de los conductores involucrados en el incidente por el delito de lesiones personales culposas. Dicho sumario culminó por la declaratoria del fenómeno de la prescripción de la acción penal. Esta circunstancia impidió a la

persona afectada por la comisión del punible -parte civil- obtener la reparación de perjuicios dentro de ese proceso.

II. ANTECEDENTES

1.- La demanda

Mediante demanda presentada el 5 de octubre de 2011 (fls. 2 - 12 c. 1), la señora Martha Lucía García Lagos, por conducto de apoderado judicial (fol. 1 c. 1), en ejercicio de la acción de reparación directa, solicitó que se declarara patrimonialmente responsable a la Nación-Fiscalía General de la Nación-, por los perjuicios de orden moral y material que, afirmó, le fueron irrogados como consecuencia del defectuoso funcionamiento de la administración de justicia acaecido en el trámite de un proceso penal que finalizó por prescripción de la acción penal y en el cual se había constituido como parte civil.

En concreto, los demandantes solicitaron que se efectuaran las siguientes declaraciones y condenas¹:

1. Que se declare administrativamente responsable a la Nación-Fiscalía General de la Nación, Dra. Viviane Morales, por la falla en el servicio judicial por parte de uno de sus delegados, el Fiscal 8 Delegado ante los Jueces Penales Municipales de Bogotá, dentro del sumario No. 1124583, adelantado por el presunto delito de lesiones personales culposas causadas en su humanidad, en el cual se profirió preclusión de la investigación por prescripción de la acción penal.

2. Que como consecuencia de lo anterior, se condene a la accionada a reparar directamente a la ciudadana Martha Lucía García Lagos por los daños de orden material y moral que a la fecha se estiman en la suma de \$234'680.000.00.

3. Que los pagos que se realicen a mi poderdante se hagan en la forma indexada conforme el certificado del DANE con asidero al artículo 178 del Código Contencioso Administrativo.

(...)

Daño Material

Daño Emergente

a. Por los honorarios sufragados por la representación judicial al interior de las diligencias penales, equivalentes a la suma de cinco millones de pesos moneda corriente (\$5'000.000).

¹ La demanda fue inadmitida mediante providencia de 26 de octubre de 2011, la cual fue corregida en escrito de 9 de noviembre de ese mismo año (fls. 15, 16 -17 c. 1).

- b. *Por la pérdida del establecimiento de comercio, venta de licor, de razón social Casa Lina Video Bar, por el cual pagó para su compra, la suma de \$9'000.000.*

Lucro cesante

- c. *Por los ingresos dejados de devengar por la señora Martha Lucía García Lagos tanto como por el tiempo de duración de la incapacidad, la cual corresponde a los 18 días, como por el tiempo que no logró abrir su negocio, y por la pérdida del mismo lo que corresponde a un tiempo estimado de 18 meses, a razón de \$1'000.000.oo mensuales de ingresos, lo que arroja un total de \$18'000.000.oo.*

Daño Moral

Por la pérdida de la vida de relación con sus entonces menores hijos, así como por la evidente y profunda deformidad fronto facial, daño moral profundizado por la falla en el servicio judicial por la prescripción en el proceso penal, los estimo equivalentes a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Como fundamentos fácticos de la demanda se narró lo siguiente:

El 2 de julio de 2004, aproximadamente a las 3:35 a.m., la señora Martha Lucía García Lagos sufrió varias lesiones en un accidente de tránsito. Dicho incidente ocurrió cuando se transportaba como pasajera en un taxi conducido por el señor Jaime Humberto Suárez Díaz, afiliado a la empresa Radio Taxi Aeropuerto, el cual colisionó contra un bus afiliado a la empresa Tampa S.A., que era conducido por el señor Jaime Hernán Marín Tangarife.

Ese mismo día, la Fiscalía 299 Local abrió la investigación penal y ordenó la práctica de varias pruebas para establecer la posible responsabilidad por los hechos ocurridos.

El 18 de enero de 2005, la Fiscalía 189 Local –que había avocado conocimiento– profirió resolución inhibitoria, en tanto que no halló mérito para iniciar la investigación por atipicidad de la conducta. En contra de esta decisión, el Ministerio Público interpuso recurso de reposición y apelación. En segunda instancia² se revocó la decisión y se ordenó continuar con el proceso.

El 3 de octubre de ese mismo año, la Fiscalía 189 Local ordenó abrir investigación a los señores Jaime Hernán Marín Tangarife y Jaime Humberto

² Como más adelante se narrará, en realidad, la providencia fue revocada en sede de reposición.

Suárez Díaz por el delito de lesiones personales culposas. En este proceso, la señora Martha Lucía García Lagos se vinculó en calidad de parte civil.

El 27 de julio de 2009, la Fiscalía Octava delegada ante los Jueces Penales del Circuito decretó la prescripción de la acción penal, toda vez que habían transcurrido más de 5 años desde el día de los hechos que motivaron la investigación.

La parte demandante atribuyó a la Nación-Fiscalía General de la Nación- la responsabilidad por el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia derivado de la declaratoria de prescripción de la acción penal.

2.- El trámite de primera instancia

En auto de 30 de noviembre de 2011 (fol. 19 c. 1), el Tribunal *a quo* avocó conocimiento y admitió la demanda, la cual se notificó en debida forma a la entidad demandada y al Ministerio Público (fls. vto. 19 y 21 c. 1).

La Fiscalía General de la Nación contestó la demanda por fuera de la oportunidad legal para hacerlo, toda vez que el término se venció el 18 de abril de 2012 y el escrito fue presentado el 30 de abril del mismo año (fls. 25 – 37 c. 1).

Mediante providencia de 25 de abril de 2012, el Tribunal de primera instancia abrió el proceso a pruebas y en auto de 11 de julio de 2012, dio traslado a las partes y al Ministerio Público para que presentaran alegatos de conclusión y concepto, respectivamente (fls. 23 – 24, 46 c. 1).

En esta oportunidad, la parte demandante manifestó que estaban probados en el expediente los perjuicios deprecados, así como los actos y omisiones de las entidades demandadas que llevaron a la declaratoria de prescripción de la acción penal, por lo que debía accederse a las pretensiones de la demanda (fls. 49 - 56 c. 1).

A su turno, la Fiscalía General de la Nación manifestó que el material probatorio recaudado no era suficiente para acreditar el daño antijurídico

alegado, de ahí que, al no estar demostrado uno de los elementos de la responsabilidad, debían negarse las pretensiones de la demanda (fls. 58 - 68 c. 1).

El Ministerio Público guardó silencio en esta etapa procesal.

3.- La sentencia de primera instancia

Mediante sentencia de 12 de octubre de 2012 (fls. 69 - 76 c. ppal), el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección C de Descongestión, negó las súplicas de la demanda. Consideró que el daño antijurídico no estaba probado, toda vez que no se demostró la “*dilación injustificada*”; por el contrario, encontró que la entidad demandada tramitó debidamente el proceso penal, para lo cual tuvo en cuenta la complejidad del asunto y la actuación de la víctima en el mismo.

4.- El recurso de apelación

De manera oportuna, la parte demandante expresó su inconformidad con el fallo de primera instancia y solicitó que fuera revocado. Discutió, en concreto, que en el proceso estaba probado el daño antijurídico derivado del defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, porque la Fiscalía General de la Nación contaba con los elementos necesarios para proferir la resolución de acusación, la cual pudo haber interrumpido el término de prescripción (fls. 73 – 79 c. ppal).

5.- Trámite en segunda instancia

El recurso fue concedido por el Tribunal *a quo* mediante de auto de 29 de enero de 2013 y admitido por esta Corporación el 22 de marzo de ese mismo año. Posteriormente, mediante providencia de 26 de abril siguiente, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera su concepto (fls. 80, 85, 87 c. ppal).

La Fiscalía General de la Nación reiteró en su totalidad lo expuesto en oportunidades anteriores (fls. 89 - 91c. ppal).

En su concepto, el Ministerio Público solicitó que se revocara la decisión de primera instancia y se accediera a las pretensiones de la demanda. Manifestó que la prescripción acaeció de *“manera subjetiva, negligente o por desconocimiento del proceso”*, ya que la mora judicial sí existió, dada la inactividad que desde el año 2007 padeció el proceso penal, por lo que era un daño imputable a la demandada (fls.103 – 112 c. ppal).

La parte actora guardó silencio en esta etapa procesal.

III. CONSIDERACIONES

1.- Competencia

La Sala es competente para conocer del presente asunto en segunda instancia, en razón del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 12 de octubre 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 proceso³.

2.- Ejercicio oportuno de la acción

Al tenor de lo previsto por el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo⁴, 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.

³ 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.

⁴ 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”*.

En el presente asunto la responsabilidad administrativa que se impetra en la demanda se originó en los daños que se alegaron sufridos por la demandante con ocasión de la declaratoria de prescripción de la acción penal decretada el 27 de julio de 2009, por la Fiscalía Octava Local Delegada ante los Jueces Penales Municipales de Bogotá, la cual cobró ejecutoria el 3 de agosto de ese mismo año⁵, por lo que el término de caducidad comenzó a correr al día siguiente (fls. 564 – 574 c. 2).

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 2001⁶, cuando faltaban 10 días para su vencimiento, dado que el 26 de julio de 2011 la parte actora solicitó audiencia de conciliación extrajudicial ante la Procuraduría Judicial 147 de Asuntos Administrativos de Bogotá (fls. 422 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 4 de octubre de 2011, la parte demandante tenía hasta el 14 de ese mismo mes y año para interponer la demanda y dado que esta se presentó el 5 de octubre de esa anualidad (fol. 12 c. 1), resulta evidente que el ejercicio del derecho de acción fue oportuno.

3.- La legitimación en la causa

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

⁵ La providencia fue notificada el 29 de julio de 2009, por lo que, de conformidad con el art. 187 de la Ley 600 de 2000, el término de ejecutoria transcurrió hasta el 21 de ese mismo mes y año.

⁶ 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 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.

Bajo ese contexto, con ocasión del presunto daño que originó la presente acción, concurrió al proceso la señora Martha Lucía García Lagos, quien acreditó haberse constituido como parte civil en el proceso penal del que se asegura deviene el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, según consta en la providencia que la vinculó a ese proceso en tal condición (fls.246-248 c. 2), de lo cual se infiere que se encuentra legitimada en la causa por activa.

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

4.- Problema jurídico

La Sala examinará si la prescripción de la acción penal proferida el 27 de julio de 2009 por la Fiscalía Octava Local delegada ante los Jueces Penales, le impidió a la ahora demandante –parte civil en el proceso penal referido– la pérdida de la oportunidad de obtener la reparación de los perjuicios derivados de los hechos que dieron origen a ese proceso.

5.- El daño

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

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 2 de julio de 2004, la Fiscalía 299 Local de Bogotá profirió resolución de “*apertura de investigación previa*” con el fin de esclarecer los hechos acaecidos ese mismo día en un accidente de tránsito ocurrido en el barrio Kennedy de Bogotá D.C. entre un taxi y un microbús (fol. 6 c. 2).

El 30 de julio de 2004, la Fiscalía 182 Local de Bogotá avocó conocimiento y ordenó citar a los señores Rubén Darío Vanegas, María del Carmen Devia, Sasquia Nataly Torres y Martha Lucía García, quienes habían sido lesionados en el accidente de tránsito, a fin de remitirlos al Instituto Nacional de Medicina Legal para que se les practicara un examen médico-legal (fol. 38 c. 2).

El 26 de agosto de ese mismo año, la Fiscalía 182 Local de Bogotá insistió en el requerimiento realizado a los lesionados (fol. 41 c. 2).

El 19 de enero de 2005, la Fiscalía 189 Local de Bogotá –que había avocado conocimiento- decidió no abrir formalmente la instrucción, ya que la conducta había sido atípica al no tener prueba dentro del expediente del dictamen del Instituto Nacional de Medicina Legal. Así se dijo en esa providencia:

Telegráficamente se ha citado a los señores Rubén Darío Vanegas, María del Carmen Devia, Sasquia Nataly Torres y Martha Lucía García para remitirla (sic) a medicina legal en aras de lograr el examen médico tendiente a determinar la lesión y su respectiva incapacidad, al igual que para recepcionarle declaración, pero hasta le fecha no ha concurrido, sin dar explicación alguna de su renuencia (fls. 84-86 c. 2).

Inconforme con esa decisión, el Ministerio Público interpuso recurso de reposición, al estimar que las citaciones realizadas a los lesionados estuvieron erradas, por lo que debían intentarse nuevamente. En providencia de 5 de abril de 2005, la Fiscalía 189 Local de Bogotá revocó su providencia y decidió continuar con la investigación (fls. 90 – 94 c. 2).

En informe técnico médico legal, el Instituto Nacional de Medicina Legal certificó que la señora Martha Lucía García Lagos, como consecuencia del accidente, sufrió una cicatriz “*hipercrómica lineal*” en la región frontofacial derecha, por lo que le otorgaba una incapacidad médico legal de 18 días. Dicha lesión generó, además, una deformidad física permanente que le afectó el rostro (fol. 99 c. 2).

El 13 de junio de 2005, la Fiscalía 189 Local de Bogotá aceptó los desistimientos presentados por algunos de los lesionados en el accidente de tránsito, pero continuó la investigación en relación con las lesiones padecidas por las señoras Martha Lucía García Lagos y María del Carmen Devia (fls. 107-108 c. 2).

En declaración de 3 de octubre de ese mismo año, rendida en el proceso penal, la señora Martha Lucía García Lagos narró que era propietaria de un bar ubicado en la “*primera de mayo con Boyacá*” y que todos los días, a eso de las 3 a.m., la recogía un taxi conducido por el señor Jaime Humberto Suárez Díaz, con quien había celebrado un contrato verbal para la prestación de ese servicio. Manifestó que el 2 de julio de 2004 –día de los hechos-, a ella y a otras personas las recogió el mencionado vehículo, pero cuando llegaron al semáforo que hay “*entre el hospital de Kennedy y Compensar*”, el taxi pasó el semáforo, pero el “*colectivo –que iba adelante- frenó en la mitad de la vía*”, por lo que, al tratar de esquivarlo, el taxi recibió el impacto en la parte derecha de posterior, lugar en el que estaba ubicada la lesionada (fls. 124 – 125 c. 2).

Ese mismo día, la Fiscalía 189 Local de Bogotá dio apertura de la instrucción en contra de los señores Jaime Hernán Marín Tangarife y Jaime Humberto

Suarez Díaz, conductores del bus y el taxi involucrados en el accidente, respectivamente (fol. 126 c. 2).

El 4 de octubre de 2006, la Fiscalía 189 Local de Bogotá ordenó la práctica de varias pruebas, tales como la declaración de las personas involucradas en el accidente, el testimonio del policía que atendió el incidente; la remisión de las historias clínicas, entre otras (fol. 152 c. 2).

De las lesiones causadas a la señora Martha Lucía García Lagos en el accidente de tránsito da cuenta la historia clínica que fue allegada al proceso (fls. 395 - 420 c. 2).

El 7 de mayo de 2005, la señora Martha Lucía García Lagos presentó demanda civil de responsabilidad extracontractual dentro del proceso penal llevado a cabo por las lesiones que le fueron causadas en el accidente de tránsito. El escrito fue dirigido en contra de los señores Jaime Hernán Marín Tenerife y Jaime Humberto Suárez, conductores de los vehículos de servicio público involucrados en el incidente (fls. 301 – 305 c. 2).

El 13 de junio de 2005, la Fiscalía 189 Local de Bogotá admitió la demanda civil presentada y, además, vinculó como “*terceros responsable*” a los señores Isauro Casallas Melo y Oriana Gómez Bolívar, propietarios de los vehículos involucrados. También vinculó a la empresa de servicio público de transporte denominada Radio Taxi Aeropuerto S.A. (fls. 342 – 344 c. 2).

El 20 de febrero de 2008, la Fiscalía Octava Local de Bogotá aceptó el llamamiento en garantía de la aseguradora Colseguros S.A. realizado por Radio Taxi Aeropuerto S.A., que era la empresa a la cual se encontraba afiliado el vehículo tipo taxi involucrado en el accidente de tránsito (fls. 246 – 248 c. 2).

El 27 de julio de 2009, la Fiscalía Octava Local de Bogotá decretó la preclusión de la investigación por haber acaecido la prescripción de la acción penal a favor de los señores Jaime Hernán Marín Tenerife y Jaime Humberto Suárez. Como fundamento de la decisión, se afirmó que habían transcurrido más de 5 años

desde el momento en el que ocurrieron los hechos, sin que, el término, se hubiera interrumpido y/o suspendido (fls. 193 - 196 c. 7).

En declaración rendida el 30 de julio de 2012, la señora Ana Julia García Lagos manifestó que tuvo conocimiento de las afectaciones físicas y psicológicas que tuvo la señora Martha Lucía García Lagos por causa del accidente tránsito en el que resultó involucrada. Entre algunas de aquellas, básicamente, aseguró que la demandante se vio afectada porque perdió el trabajo del *“bar que tenía en arriendo”* y *“su hijo tuvo varios traumas psicológicos y estuvo enfermo”*. Aseguró que podía dar cuenta de esos perjuicios porque ella le la ayudaba económicamente y la acompañó a varios de los tratamientos médicos derivados de las lesiones sufridas (fls. 436-437 c. 2).

La mencionada testigo es hermana de la demandante en el presente asunto, por lo que, en principio, puede tener interés en el proceso por causa de su parentesco, de conformidad con el art. 217 del Código de Procedimiento Civil. Por lo anterior, dicha declaración se tendrá como sospechosa; no obstante, se advierte que según el artículo 218 de esa misma normativa legal, *“el juez apreciará los testimonios sospechosos, de acuerdo con las circunstancias de cada caso”*, por lo que la Sala apreciará el anterior testimonio, de forma conjunta con las demás pruebas aportadas al proceso, atendiendo los principios de la sana crítica y de la libertad de apreciación de los medios probatorios⁷.

Las anteriores son las pruebas más relevantes que obran en el plenario relacionadas con el proceso penal adelantado por las lesiones sufridas por la señora Martha Lucía García Lagos 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 establecido el daño antijurídico en el caso concreto, no sin antes precisar lo siguiente:

⁷ *“Uno de los principios establecidos por la Corte Internacional de Justicia -destacado por la doctrina jurídica e incorporado en las legislaciones procesales de derecho interno- se refiere a la afirmación de que, en cuanto al fondo del derecho, la justicia internacional en su desarrollo flexible y empírico rechaza el exclusivo sistema de pruebas legales que impone al juez una conducta restrictiva, particularmente, en la prohibición de determinadas pruebas. El juez debe gozar de una gran libertad en la apreciación de la prueba a fin de que pueda elaborar su convicción sin estar limitado por reglas rígidas”*. En ABREU BURELLI, Alirio. *“La prueba en los procesos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”*, en [<http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2454/8.pdf>; www.juridicas.unam.mx. Citado en Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 9 de mayo de 2012, exp. 20.334, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

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

De conformidad con el artículo 90 de la Constitución Política, esta Corporación ha sostenido que aunque el ordenamiento jurídico no contiene una disposición que consagre una definición de daño antijurídico, puede afirmarse que este se refiere a *“la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar, que no está justificado por la ley o el derecho”*⁸, 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”*⁹.

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 penal, circunstancia que llevó a que se declarara la prescripción de la acción penal, lo que, a su vez, le habría impedido a la ahora demandante, constituida en parte civil en el citado proceso, acceder a la reparación de los perjuicios sufridos por la conducta del sindicado derivada del delito de lesiones personales¹⁰.

En lo referido a la responsabilidad extracontractual del Estado derivada de la prescripción de la acción penal y la consecuente imposibilidad para que la víctima del delito obtenga la reparación de los perjuicios presuntamente causados por la comisión del mismo, esta Subsección ha considerado que este supuesto se enmarca en la hipótesis consagrada en el artículo 69 de la Ley 270 de 1996¹¹, es

⁸ 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.

⁹ 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.

¹⁰ 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.

¹¹ En este sentido consultar sentencias dictadas por esta Subsección el 30 de enero de 2013, expediente 23769, M.P. Mauricio Fajardo Gómez y el 8 de febrero de 2017, exp. 41.073 M.P. Hernán Andrade Rincón.

decir, bajo la óptica de un defectuoso funcionamiento de la Administración de Justicia, puesto que, en estos casos, no existe una providencia judicial que se pueda considerar como generadora de un posible y eventual error judicial, como tampoco se demanda la privación injusta de la libertad o de algún otro derecho, ni la retención injusta de bienes muebles o inmuebles¹².

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.

Conviene aclarar que 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 demanda¹³, la Sala concluye que su pretensión se puede enmarcar en una pérdida de la oportunidad de obtener la reparación por los mencionados perjuicios.

En este punto, 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 afcción 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.

¹² En auto de 15 de diciembre de 2011, expediente 40425, la Subsección B de la Sección Tercera se refirió al defectuoso funcionamiento de la administración de justicia en los siguientes términos: “El artículo 69 de la Ley 270 de 1996 establece que cuando el daño no proviene de un error judicial o de la privación injusta de la libertad, el título de imputación jurídica radica en el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia.// Dentro de ese concepto están comprendidas todas las acciones u omisiones que se presenten con ocasión del ejercicio de la función de impartir justicia en que incurran, no sólo los funcionarios, sino también los particulares investidos de facultades jurisdiccionales, los empleados judiciales, los agentes y los auxiliares judiciales.// En conclusión, los daños causados por el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia provienen de todas aquellas acciones u omisiones que se den durante el trámite del proceso y que no provengan de un error jurisdiccional o de la privación injusta de la libertad”.

¹³ Corte Constitucional, sentencia T-1091 de 2008, M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

En otros 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 (...)¹⁴.

Ahora bien, en providencia de 30 de enero de 2013¹⁵, esta Subsección estimó que para tener por acreditada la pérdida de oportunidad debían reunirse los siguientes requisitos, a saber¹⁶:

(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’¹⁷ de que de no haber ocurrido el evento dañoso, la víctima habría mantenido la expectativa de obtener la ganancia o de evitar el detrimento correspondientes¹⁸;

(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

¹⁴ 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.

¹⁵ 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.

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 11 de agosto de 2010, exp. 18593, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

¹⁷ Cita textual del fallo: TRIGO REPRESAS, Félix Alberto, *Pérdida de chance Presupuestos. Determinación. Cuantificación*, Astrea, Buenos Aires, 2008, pp. 38-39.

¹⁸ 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.

indebida¹⁹; 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 tenían²⁰-;

(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’²¹.

Por lo dicho, para que el daño se tenga por acreditado, la Sala advierte que de la situación fáctica de la demanda se debe deducir la certeza de la oportunidad que se pierde; la imposibilidad en la que se encontraría la señora Martha Lucía García Lagos de obtener el resarcimiento de los perjuicios en un escenario distinto al de la constitución de parte civil en el proceso penal y, finalmente, que aquella se encontraba en una posición potencialmente apta para la consecución de la indemnización en ese libelo. Solamente de resultar demostrados estos supuestos, podrá tomarse el daño como cierto²².

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

¹⁹ 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.

²⁰ 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.

²¹ Cita textual del fallo: ZANNONI, Eduardo, *El daño en la responsabilidad civil*, Astrea, Buenos Aires, 1987, pp. 110-111.

²² 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.

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

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

En primer lugar resulta claro que la comisión de un hecho punible puede traer consigo efectos patrimoniales respecto de ciertas personas; que éstas cuentan con dos cauces procesales en aras de obtener el resarcimiento de los perjuicios que se les hubieren causado: la acción civil –cuya caducidad es de 10 años si se incoa de manera independiente– y la constitución de parte civil en el proceso penal –en cuyo caso, la prescripción se iguala a la de la acción penal–; finalmente se tiene que la extinción de la acción penal no extingue los derechos patrimoniales que se hayan podido producir, los cuales se podrán ventilar ante la jurisdicción ordinaria²³.

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

Artículo 98. Prescripción. La acción civil proveniente de la conducta punible, cuando se ejercita dentro del proceso penal, prescribe, en relación con los penalmente responsables, en tiempo igual al de la prescripción de la respectiva acción penal. En los demás casos, se aplicarán las normas pertinentes de la legislación civil²⁴.

Artículo 99. Extinción de la acción civil. La acción civil derivada de la conducta punible se extingue por cualquiera de los modos consagrados en el Código

²³ 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.

²⁴ Frente al particular no sobra recalcar lo afirmado por la Sala en torno a las diferencias entre los conceptos de prescripción y caducidad: “A pesar de que antes del 8 de julio de 1998 se acudió a la figura de la prescripción en los procesos ejecutivos contractuales ante la inexistencia de una disposición legal que señalara el término de caducidad para la acción ejecutiva contractual, lo cierto es que se trata de conceptos diferentes, en tanto la caducidad es un fenómeno procesal, mientras que la prescripción es de carácter sustancial y, por tanto, no se pueden confundir. La Sección Tercera ha explicado el tema, así: // La caducidad se refiere a la extinción de la acción, mientras que la prescripción a la del derecho; la primera debe ser alegada, mientras que la caducidad opera ipso iure; la prescripción es renunciable, mientras que la caducidad no lo es, en ningún caso, y mientras que los términos de prescripción pueden ser suspendidos o interrumpidos, 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.

Civil. La muerte del procesado, el indulto, la amnistía impropia, y, en general las causales de extinción de la punibilidad que no impliquen disposición del contenido económico de la obligación, no extinguen la acción civil.

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

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

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

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

También es evidente, que con ocasión del presente auto, no se ordenará la prescripción de la acción civil respecto a los mencionados tercero civilmente responsable y al llamado en garantía, por cuanto con el advenimiento del fenómeno prescriptivo a favor del hoy condenado, él no acredita ni avala la cosa juzgada civil, pues en esta área del derecho, rige exclusivamente dicha normatividad sobre la pena²⁵; por tanto, quedan en libertad los interesados, para acudir o no, a esa especial jurisdicción, con el fin de activar sus pretensiones sobre la ocurrencia del daño creado por el ejercicio de una actividad peligrosa²⁶.

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

²⁵ Nota original: Corte Suprema de Justicia, mismo sentido, radicado 30.249 de 20 de octubre de 2008.

²⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de 19 de enero de 2011, radicado 35.406, M.P.: Javier Zapata Ortiz.

en un proceso penal están sujetas al alea propia del mismo proceso, en cuanto a la declaración de la responsabilidad penal como requisito previo e indispensable para acceder a las pretensiones resarcitorias²⁷.

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 punible²⁸. En ese sentido, la finalidad de ambos instrumentos es la misma, e inclusive, la sentencia penal puede tener efectos de cosa juzgada en materia civil, pero sólo en las hipótesis contempladas por el artículo 57 de la Ley 600 de 2000, esto es,

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

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

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

De conformidad con los anteriores criterios, se tiene que si bien la señora Martha Lucía García Lagos se constituyó como parte civil en el proceso penal adelantado en contra de los señores Jaime Hernán Marín Tangarife y Jaime Humberto Suarez Díaz por el supuesto delito de lesiones personales culposas y que dicho proceso terminó con la declaratoria de prescripción de la acción penal, lo cierto es que el daño alegado por la ahora demandante consistente en la pérdida de la oportunidad no puede tenerse por acreditado en atención a las siguientes razones:

En el caso concreto, la demandante tenía la expectativa de obtener una reparación en el proceso penal, la cual se vio truncada por causa de la declaratoria de la prescripción de la acción penal. Sin embargo, la actora tuvo la posibilidad real de acudir a la jurisdicción civil para que, a través de un proceso

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ 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 (...)*”.

ordinario de responsabilidad extracontractual, se ordenara el pago de los perjuicios derivados del accidente de tránsito respecto de todos aquellos civilmente responsables diferentes a los imputados, esto es, en relación con el propietario, la empresa a la que se encontraba afiliado el vehículo y el llamado en garantía, dado que la prescripción de la acción penal no operó frente a aquellos.

Conviene aclarar que el inciso segundo del artículo 2358²⁹ del Código Civil³⁰ fija en 3 años el término de prescripción de las acciones civiles extracontractuales adelantadas contra “*terceros responsables*”; no obstante, dicha norma no puede ser leída de manera aislada en el presente asunto. Lo anterior por cuanto, el propietario y la empresa a la que se encontraba afiliado el vehículo –según el caso-³¹, de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, deben ser considerados como directos responsables y no propiamente “*terceros*”, por lo que no les sería aplicable la norma en cuestión. Así lo mencionó:

Así se establece de las previsiones de los artículos 2341, 2343, 2346, 2347, 2348, 2349 y 2356 del Código Civil, según los cuales, las personas naturales no solamente son responsables de sus propias acciones, debiendo indemnizar el daño causado, sino también del hecho dañoso realizado por aquellos individuos que estuvieren bajo su cuidado.

Pero también, como ha sido reconocido por la doctrina y la jurisprudencia, en el curso del proceso penal se podrán vincular para que respondan patrimonialmente las personas jurídicas a las cuales presten sus servicios quienes hayan sido declarados penalmente responsables, si los daños causados por éstos, se han producido en el cumplimiento o con ocasión de sus funciones por su vinculación con aquellas.

Respecto de éstas personas, pertinente resulta aclararlo, no cabe predicar en estricto rigor jurídico la condición de terceros civilmente responsables -entendiéndose por tales, a quienes sin ser autores o partícipes de la realización de la conducta punible, tengan la obligación de indemnizar los perjuicios³²-, sino de personas que, de acuerdo con la ley sustancial, deban reparar el daño, en los términos del citado artículo 2341 del Código Civil.

No se trata, pues, de una especie de responsabilidad indirecta por el hecho ajeno, sino directa, por el daño causado por la propia empresa a través de sus agentes o representantes, en cumplimiento del objeto social de la persona jurídica.

²⁹ “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”.

³⁰ Esta norma resulta aplicable por disposición expresa del artículo 98 de la Ley 599 de 2000. “(...) En los demás casos, se aplicarán las normas pertinentes de la legislación civil”.

³¹ Este último en el caso de vehículos de transporte público.

³² Art. 140 de la Ley 600 de 2000.

Además, la responsabilidad directa que se depreca del conductor, propietario y la empresa a la que se encontraba afiliado el vehículo en un accidente de tránsito tiene origen en la teoría del riesgo, ya que todos son causantes y/o originadores del mismo en el desarrollo de la actividad peligrosa, lo que, a su vez, implica que se les atribuya el daño de manera solidaria. En relación con la teoría del riesgo, la Corte Suprema de Justicia ha mencionado lo siguiente:

[L]a noción clásica de culpa era insuficiente ya que en muchas ocasiones es casi imposible determinar quién fue el que ocasionó el hecho dañino, en especial, teniendo en cuenta que en nuestra época, debido a la tecnificación, al crecimiento de las ciudades y la complejidad de nuestra sociedad, determinar quién tiene la culpa resultaba una tarea inmanejable.

Y en materia de accidente de tránsito, la aplicación de esta tesis se hace más razonable ya que con la Teoría del Riesgo están incluidos: el conductor, el propietario del vehículo, y la empresa afiliadora, porque todos crearon un riesgo.

La explicación es la siguiente: tanto el conductor como el propietario y la empresa afiliadora se lucran de la actividad peligrosa. Ahora bien, son responsables no solo por el hecho de lucrarse sino porque crean un riesgo.

El apoderado de la empresa RENACIENTE S.A procura que se exonere a la empresa del pago de los perjuicios ya que ella es ajena a la guarda del vehículo. Sin embargo, el hecho es inherente al ejercicio de una actividad peligrosa como lo es la conducción de vehículo de transporte público. Luego existe conciencia suficiente que la actividad que ejerce la empresa conlleva un riesgo al que no puede desvincularse³³.

Por lo anterior, el término de la prescripción para el propietario y/o empresa de servicio público –según el caso- estará regido por la norma especial que lo consagre y, en su defecto³⁴, por lo normado en el artículo 2536 del Código Civil, sin que lleguen a estar afectados por la prescripción de la acción penal.

En atención a las anteriores consideraciones, encuentra la Sala que la señora Martha Lucía García Lagos, una vez declarada de manera definitiva la prescripción de la acción penal -27 de julio de 2009-, contaba todavía con la posibilidad de acudir ante la jurisdicción civil, pues el término de 10 años de la

³³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de 11 de abril de 2012, radicado 33085, M.P.: Julio Enrique Socha Salamanca.

³⁴ Según el profesor Javier Tamayo Jaramillo: “El artículo 2538 del Código Civil pretende regular los plazos de prescripción extintiva en los casos de responsabilidad extracontractual. Sin embargo, la norma solo se refiere a la prescripción de las acciones en responsabilidad civil aquiliana derivada de ilícitos penales y a la prescripción de las acciones en responsabilidad civil por el hecho ajeno; en consecuencia, los otros casos de responsabilidad civil extracontractual deben regirse, en cuanto a la prescripción, por lo dispuesto en el principio general consagrado en el artículo 2536 del Código Civil y en normas especiales” (Tratado de Responsabilidad Civil, T. II, 2ª edición, Temis, 2011, p. 280).

prescripción civil³⁵ venció en relación con el propietario del vehículo, la empresa de transporte y la aseguradora el 3 de julio de 2014 -contado a partir de la ocurrencia del hecho-.

Dicho término estuvo vigente incluso al momento de presentación de la acción de reparación directa -5 de octubre de 2011-, sin que la parte interesada hubiera interpuesto la demanda de responsabilidad civil. Por esta razón, se entiende que para el momento en el que se decretó la prescripción de la acción penal, la demandante no se encontraba en la imposibilidad definitiva de obtener su reparación, en tanto que tenía un medio idóneo para reclamar su indemnización. En este mismo sentido se pronunció recientemente la Subsección cuando indicó que:

[I]nclusive teniendo en cuenta el término de la prescripción ordinaria vigente a partir de la promulgación de la Ley 791 de 2002, que se redujo a 10 años, la demandante podía acudir a la jurisdicción ordinaria civil hasta el 27 de diciembre de 2012, fecha posterior a la declaratoria de prescripción de la acción penal y de la radicación de la presente demanda, que ocurrió el 11 de mayo de 2012.

Dicho de otro modo, una vez prescrita la acción penal, los demandantes podían acudir a la jurisdicción ordinaria civil para demandar y solicitar la respectiva indemnización de perjuicios por parte de la empresa -Flota San Vicente- y la aseguradora llamada en garantía, de conformidad con los artículos 2341 y siguientes del Código Civil.

Así las cosas, la demanda civil aún se podría presentar en término; después de haberse decretado la prescripción de la acción penal; sin embargo, la parte actora decidió no acudir a la jurisdicción civil ordinaria, lo que no resulta atribuible a la Rama Judicial y, reafirma que el daño alegado en el sub lite resulta eventual e hipotético y, por ende, no indemnizable³⁶.

Además, para la Sala no se encuentra demostrado el tercer requisito de la pérdida de oportunidad, este es, “*encontrarse en una situación potencialmente apta para pretender la consecución del resultado esperado*”. Esto en razón a que la parte actora no se encontraba en una posición de alta probabilidad de obtener el resultado esperado en el proceso penal, porque el trámite del mismo culminó en la etapa de investigación, esto es, sin que se hubiere proferido siquiera una resolución de acusación.

³⁵ El artículo 2536 del Código Civil, modificado por la Ley 791 de 2002, estableció la prescripción de la acción ordinaria en 10 años.

³⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 14 de junio de 2019, exp. 52941, M.P.: Marta Nubia Velásquez Rico.

Por lo dicho, no obra en el plenario providencia alguna en la que se hubiere condenado a los sindicatos y se haya accedido, consecuencialmente, a los perjuicios solicitados por la parte civil. De ahí que no se profirió ninguna providencia que le haya sido favorable a la señora Martha Lucía García Lagos.

En otras palabras, se estima que no existía una alta probabilidad de obtener el pago de los perjuicios solicitados en el proceso penal, toda vez que para el momento en que se decretó la prescripción de la acción penal el asunto no había pasado a la etapa de juicio y mucho menos se había expedido una sentencia condenatoria en contra de los sindicatos.

Agréguese a lo anterior, que aún en el caso de que se hubiere proferido resolución de acusación, los sindicatos todavía estaban en la posibilidad de argumentar y/o probar la existencia de una causal eximente de responsabilidad, de atipicidad de la conducta, de ausencia de autoría o de inexistencia del hecho punible, toda vez que todavía se encontraría en discusión su responsabilidad en los hechos. Esta circunstancia evidencia aún más la posición desfavorable de la demandante en el proceso penal respecto de la probabilidad que tenía de obtener la indemnización esperada.

Así, es claro que la señora Martha Lucía García Lagos no contaba con una alta probabilidad de que se hubiera accedido a sus pretensiones en el proceso penal, ya que en aquel nunca se profirió una providencia de la que esta Sala pudiera llegar a concluir que posiblemente se habrían reconocido los menoscabos por ella padecidos en su condición de víctima del accidente de tránsito. Por esta razón, la ausencia del tercer elemento de la pérdida de oportunidad torna, también, en incierto el daño.

Conviene aclarar que el solo hecho de la declaratoria de la prescripción de la acción penal por las lesiones personales respecto de los sindicatos, no le daba carácter de cierto al daño aducido en este proceso por la demandante, puesto que, en casos como el presente, se requiere que el particular estuviera en una situación potencialmente apta para haber sido beneficiada con una indemnización en el proceso penal, lo cual no ocurrió en el *sub lite*. 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 favor.

Lo anterior en cuanto el proceso penal culminó en la etapa de investigación que adelantó la Fiscalía General de la Nación, sin que se hubiera proferido resolución de acusación en contra de los denunciados³⁷.

Por lo dicho, la Sala encuentra que no se cumple con los criterios jurisprudenciales de la pérdida de la oportunidad referidos a la *“imposibilidad definitiva de obtener un provecho”* y de *“encontrarse en una situación potencialmente apta para pretender la consecución del resultado esperado”*, ya que la señora Martha Lucía García Lagos contó con la posibilidad de reclamar el resarcimiento esperado y, además, no tenía un buen chance de obtener la indemnización, porque la prescripción acaeció en la etapa investigativa del proceso penal³⁸.

Ahora, en relación con las pretensiones derivadas de los *“honorarios sufragados por la representación judicial al interior de las diligencias penales”*, la *“pérdida del establecimiento de comercio”* y la referida al perjuicio moral *“profundizado por la falla en el servicio”*, advierte la Sala que no están demostrados en el plenario.

En este punto, conviene aclarar que, si bien la señora Ana Julia García Lagos declaró sobre las afectaciones físicas y psicológicas de la demandante, lo cierto es que, en todo momento, se refirió exclusivamente a las relacionadas con el accidente de tránsito de que fue víctima, sin que haya hecho alusión a perjuicio moral alguno derivado directamente de la declaratoria de la prescripción de la acción penal y, por ende, no es una prueba útil ni pertinente para demostrar ese supuesto fáctico.

Agréguese a lo dicho, que los honorarios y la pérdida del establecimiento de comercio no están ligados causalmente a la prescripción de la acción penal, ya que se derivaron del accidente por el que se inició aquel proceso. Con todo, si

³⁷ 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.

³⁸ 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.

bien se allegó al proceso copia de la promesa de compraventa del “negocio de venta de licor” denominado “Casa Lina Video Bar” suscrito entre el señor Aristelio Pirazán Álvarez y la señora Martha Lucía García Lagos, documento con el cual pretendían probar el daño derivado de la pérdida del establecimiento de comercio, lo cierto es que este contrato tiene fecha de 10 de noviembre de 2004, la cual es posterior al accidente de tránsito, por lo que no se habría producido como consecuencia del mismo y, por tanto, no estaría ligado a esa causa y mucho menos a la declaratoria de prescripción de la acción penal. Por esta razón, se considera que no está probado, además, este menoscabo (fls. 341 – 342 c. 2).

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-³⁹. 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 elaborado⁴⁰.

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”⁴¹.

³⁹ 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.

⁴⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencias del 13 de agosto de 2008, exp. 16.516, MP.: Enrique Gil Botero.

⁴¹ 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.

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 Estado⁴².

Por todo lo dicho, la Sala considera que no fue probado el daño antijurídico en el presente asunto, por lo que confirmará la sentencia apelada, mediante la cual se negaron 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

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia recurrida, esto es, la proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección C de Descongestión, el 12 de octubre de 2012 en el proceso de la referencia. Lo anterior de conformidad con la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

⁴² 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.

MARÍA ADRIANA MARÍN

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA