

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
SALA PRIMERA DE DECISIÓN**

Magistrado Ponente FABIO IVÁN AFANADOR GARCÍA

Tunja, veintitrés (23) de junio de dos mil veinte (2020)

REFERENCIAS

MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTES: MARÍA ALIRIA LÓPEZ PINTO - DIANA PATRICIA LÓPEZ
DEMANDADO: NACIÓN – RAMA JUDICIAL – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN
RADICACION: 15001333300220130023101

=====

Procede la Sala a resolver lo que en derecho corresponda, respecto del recurso de apelación interpuesto por la Nación – Rama Judicial contra la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Segundo Administrativo de Tunja, el 13 de mayo de 2016, a través de la cual accedió parcialmente a las pretensiones.

I. ANTECEDENTES

I.1. LA DEMANDA.

María Aliria López Pinto y Diana Patricia López, a través de apoderado judicial, presentaron demanda en ejercicio del medio de control de reparación directa en contra de la Nación – Rama Judicial y la Fiscalía General de la Nación, para que se declaren responsables por los daños materiales e inmateriales ocasionados como consecuencia de la falla del servicio en que incurrieron las entidades, la cual conllevó a la declaración de prescripción de la acción penal

dentro del proceso adelantado por las lesiones ocasionadas a la señora María Aliria López durante un accidente de tránsito.

Como consecuencia de lo anterior, solicitaron que se condene a las demandadas a pagar los siguientes montos: "*MARIA ALIRIA LOPEZ NIÑO: Daño emergente... \$1.000.000; Lucro cesante: ... 132 SMMLV; Lucro cesante futuro... 150 SMMLV; Perjuicios morales ... 120 SMMLV; Perjuicios fisiológicos... 120 SMMLV, y Honorarios profesionales ... 80 SMMLV. Para DIANA PATRICIA LÓPEZ: Perjuicios morales... 120 SMMLV y Honorarios profesionales... 24 SMMLV.*"

1.2. Dentro del libelo demandatorio se exponen como sustento de las pretensiones los siguientes hechos relevantes:

___ Que el día 22 de abril de 2002, la Fiscalía General de la Nación inició la investigación penal por las lesiones personales ocasionadas a la señora María Aliria Pinto en el accidente de tránsito ocurrido el día 19 de abril de 2002. El accidente fue ocasionado por la acción del señor Octavio Guerrero al atravesar un cruce peatonal con el semáforo en rojo. A la lesionada se le dictaminó una incapacidad médico legal definitiva de 40 días, deformidad física y una secuela consistente en perturbación psíquica de carácter permanente.

___ Que dicho proceso penal adelantado por los Juzgados Penales Municipales de Tunja tuvo una duración total de 9 años, 2 meses y 7 días. La etapa de instrucción se desarrolló en un periodo de 4 años, 1 mes y 14 días, y la etapa de juzgamiento transcurrió en un periodo de 5 años y 21 días.

___ Que la etapa de juicio concluyó mediante auto interlocutorio del 28 de junio de 2011, a través del cual se declaró la extinción de la acción penal por prescripción.

___ Que a raíz de dicho accidente, la señora María Aliria López quedó expuesta a la caridad al no poder trabajar, lo cual alteró las condiciones de vida de ella y su hija.

I.3. DECISIÓN EN PRIMERA INSTANCIA.

El Juzgado Segundo Administrativo de Tunja, mediante sentencia del 13 de mayo de 2016, accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda con fundamento en lo siguiente:

La señora María Aliria López fue víctima del delito de lesiones personales culposas el día 19 de abril de 2002. Responsabilidad que

fue endiligada al señor Octavio Guerrero quien la atropelló con el vehículo de placas UQT 320. La Fiscalía 11 Seccional de Tunja inició el proceso penal en el que la lesionada se constituyó como parte civil. El día 18 de marzo de 2011, el Juez Cuarto Penal Municipal de Tunja dictó sentencia de primera instancia en la cual se le impuso al señor Octavio Guerrero una pena de 8 meses de prisión y multa de 28 salarios mínimos legales vigentes, la interdicción de derechos y funciones públicas por 12 meses y el pago de la indemnización a la señora María Aliria López por perjuicios materiales por un valor de \$67.200 y perjuicios morales por la suma de 50 SMMLV. Durante el trámite de apelación formulado por la parte civil contra el fallo, el Juez Primero Penal del Circuito de Tunja declaró la extinción de la acción penal por prescripción.

En virtud de lo anterior, el daño se materializó con dicha declaratoria de la extinción de la acción penal, que a su vez conllevó a la extinción de la acción civil, efectuándose así la pérdida de oportunidad de reclamar los perjuicios.

Si bien lo anterior, respecto de las pretensiones de Diana Patricia López declaró la falta de legitimación en la causa para reclamar los perjuicios dado que no fue víctima del delito y no se constituyó como parte civil dentro del proceso penal. Por lo anterior, se entiende que solo María Aliria López estaba legitimada para reclamar los perjuicios originados de la pérdida de oportunidad.

En relación con la aplicación del término razonable, señaló que la prescripción de la etapa de investigación adelantada por la Fiscalía General de la Nación no operó, pues dicho fenómeno fenecía el día 19 de enero de 2009 y la resolución de acusación quedó en firme el 23 de abril de 2006. En este sentido, se decretó la ocurrencia del hecho de un tercero respecto de la Fiscalía.

Contrario a ello, en la etapa de juicio si operó el fenómeno prescriptivo. Lo anterior, atendiendo a que como el término prescriptivo se interrumpió con la acusación, aquél inició a contarse nuevamente al día siguiente. Por lo tanto, dentro del juicio la acción se extinguiría el 26 de abril de 2011. Como la sentencia de primera instancia se emitió el 18 de marzo de 2011 y esta fue apelada, el juez de segunda instancia, a través de providencia del 28 de junio de 2011, declaró extinguida la acción penal por la ocurrencia de la prescripción.

De acuerdo con todo lo anterior, se encontraron acreditados los requisitos establecidos por la jurisprudencia respecto de la configuración de la pérdida de oportunidad para reclamar

indemnización. En consecuencia, se condenó a la Nación –Rama Judicial a pagar a la señora María Aliria López, a título de perjuicios materiales, la suma de OCHENTA Y DOS MIL TRESCIENTOS SESENTA Y CUATRO PESOS (\$82.364), y a título de perjuicios morales, la suma de TREINTA Y DOS MILLONES OCHOCIENTOS VEINTITRÉS MIL SESENTA Y CUATRO PESOS (\$32'834.064).

I.4. DEL RECURSO DE APELACIÓN.

El apoderado de la Rama Judicial interpuso recurso de apelación en contra del fallo de primera instancia, bajo los siguientes argumentos:

Indicó que no hay lugar a declarar patrimonialmente responsable a la Rama Judicial por la prescripción de la acción penal teniendo en cuenta que se dio aplicación a lineamientos jurisprudenciales. Resalta que se debe tener presente que la congestión judicial es un hecho de fuerza mayor que la administración no estaría en condición de soportar, por lo que es necesario analizar las estadísticas judiciales debido a que ellas podrían constituir un eximente de responsabilidad.

Así mismo, señala que dentro del presente caso no se concretó la posibilidad de obtener reparación debido a que el Juez Quinto Penal Municipal condenó en primera instancia por perjuicios morales y materiales, pero dicha decisión nunca adquirió firmeza. Por lo que el daño carece de certeza para ser indemnizado. Alegó que existe la posibilidad de que la demandante reclame dichos perjuicios por medio de un proceso de responsabilidad civil extracontractual derivado de la conducta punible, acción civil que prescribe en el término de 20 años para lo cual tendría hasta el 20 de abril de 2022.

I.5.- ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA.

A través de auto proferido el día 21 de septiembre de 2016 (fl. 378), se corrió traslado para alegar de conclusión. Término dentro del cual el apoderado de la parte demandante afirmó que la parte demandada no desvirtuó el carácter injustificado de la dilación y la negación de justicia.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Sala de Decisión revocará la decisión de primera instancia teniendo en cuenta que no se acreditó uno de los presupuestos de la pérdida de oportunidad consistente en la imposibilidad definitiva de recibir la indemnización por perjuicios. Al no operar la prescripción de la acción ordinaria civil, la parte demandante aun cuenta con la posibilidad de acudir a dicha jurisdicción para reclamar el pago de perjuicios por parte de la empresa Transportes Los Muiscas S.A.

Con el fin de exponer un razonamiento claro y lógico de la temática de la discusión, la Sala abordará, en su orden, **i.** las tesis y problemas jurídicos surgidos en el presente asunto, **ii.** la relación de los hechos probados, y finalmente, **iii.** el estudio y la solución del caso en concreto.

II.1.- TESIS Y PROBLEMAS JURÍDICOS.

1.1. Tesis del juez de primera instancia.

Accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda al considerar que la Nación - Rama judicial, al declarar la extinción de la acción penal por prescripción, ocasionó la pérdida de oportunidad para reclamar los perjuicios sufridos por las víctimas. Sin embargo, negó las pretensiones invocadas por Diana Patricia López en razón a que no se hizo parte civil dentro del proceso penal, lo cual impide acceder a la indemnización por pérdida de oportunidad.

1.2. Tesis de la parte recurrente.

La Nación - Rama Judicial alegó que no había lugar a imputarle responsabilidad en relación a la configuración de la prescripción penal, en especial cuando se acreditó la congestión judicial el cual representa un hecho de fuerza mayor. Asimismo, señaló que no había certeza del daño debido a que la sentencia que condenó a los acusados nunca adquirió firmeza. También, que existía la posibilidad que la demandante reclame los perjuicios por medio de un proceso de responsabilidad civil extracontractual derivado de la conducta punible.

1.3. Problemas Jurídicos.

Conforme al recurso de apelación presentado por el apoderado de la Rama Judicial contra el fallo de primera instancia, corresponde a la Sala de Decisión determinar: ¿en el presente caso se configuró el daño consistente en la pérdida de la oportunidad para reclamar la

indemnización?. En caso afirmativo, se analizará si ¿el daño ocasionado es antijurídico?, lo cual se determinará a partir del estudio del proceso penal. De demostrarse la antijuridicidad del daño, la Sala procederá a realizar el estudio de imputación y liquidación de perjuicios.

A los anteriores interrogantes, desde ya la Sala responderá que en el presente caso no se acreditó la existencia del daño cierto consistente en la pérdida de oportunidad de recibir una indemnización por los perjuicios causados en razón a la comisión del delito de lesiones. Lo anterior, en razón a que la posibilidad de recibir el pago de una indemnización no se ha extinguido.

II.2.- DE LAS AFIRMACIONES SOBRE LOS HECHOS.

En el expediente se encuentran probadas las siguientes afirmaciones sobre los hechos:

La parte demandante aportó los siguientes documentos que hacían parte del proceso penal por lesiones:

Auto del 22 de abril de 2002 proferido por el Fiscal Once Delegado de Tunja, a través del cual avocó conocimiento del asunto. La providencia señaló: *"como quiera que mediante informe sobre accidente de tránsito se tuvo conocimiento que el 19 de abril del año que avanza, en la avenida Norte, semáforo Santa Rita, el vehículo de placas UQT 320 conducido por Octavio Guerrero identificado con cédula de Ciudadanía No. 6.751.846 de Tunja atropelló a la señora María Aliria López Pinto quien fue trasladada para su atención al Hospital San Rafael de esta ciudad. Conducta que a la luz del ordenamiento penal podría configurar el delito de lesiones personales, por tanto, este despacho... ordena la apertura de instrucción en contra del conductor del automotor y para el efecto dispone la práctica de las diligencias..."*. (fl. 18)

Demanda de constitución en parte civil presentada por María Aliria López Niño ante el Fiscal Once de Tunja el día 2 de noviembre de 2002, a través del cual solicita se condene a Octavio Guerrero y el tercero civilmente responsable la empresa de Transporte Los Muiscas S.A. a pagar perjuicios materiales y morales (fls. 19-24).

Auto de fecha 6 de diciembre de 2002, mediante el cual la Fiscalía Once admitió a María Aliria López Pinto como parte civil dentro del proceso penal (fl. 25).

Auto de fecha 3 de marzo de 2005 que declaró el cierre de la investigación (fl. 27).

Mediante Resolución de fecha 24 de junio de 2005, a través de la cual, la Fiscalía profirió resolución de acusación contra Octavio Guerrero por el delito de lesiones culposas. Además, señaló *"tégase como tercero civilmente responsable a Transportes Los Muiscas S.A."*. (fls. 35-36)

El 25 de abril de 2006, la Fiscalía Segunda Delegada ante el Tribunal Superior de Tunja confirmó la decisión de primera instancia en relación con la acusación (fl. 62-85). En dicha providencia se dijo:

"PRIMERO. Confirmar la resolución calendada el veinticuatro (24) de junio de dos mil cinco (2005), mediante la Fiscalía Once Delegada ante los Juzgados Promiscuos municipales de Tunja, calificando el mérito de la investigación decidiera proferir RESOLUCIÓN DE ACUSACIÓN en contra de OCTAVIO GUERRERO como autor responsable del delito de lesiones personales culposas de que fuera víctima MARIA ALIRIA LIPEZ NIÑO.

SEGUNDO. CONFIRMAR la resolución fechada el diecisiete (17) de agosto de dos mil cinco (2005) que dispusiera modificando la resolución del veinticuatro (24) de junio de dos mil cinco (2005) REVOCAR la vinculación dentro de la presente investigación de la empresa de transportes los muiscas S.A. como TERCERO CIVILMENTE RESPONSABLE."

Surtido el trámite de la etapa de juicio, el Juzgado Quinto Penal Municipal de Tunja profirió sentencia de primera instancia el 18 de marzo de 2011, a través de la cual condenó a Octavio Guerrero a la pena de 8 meses de prisión y multa de 28 SMMLV y suspensión del ejercicio de la conducción por 12 meses. Asimismo, lo condenó a pagar \$67.000 por perjuicios materiales y 50 SMMLV por perjuicios morales. (fl. 142-163). El apoderado de la señora María Aliria López Pinto presentó recurso de apelación con el objeto de modificar la dosis punitiva y el monto de los perjuicios.

Durante el trámite de segunda instancia, el Juzgado Primero Penal del Circuito de Tunja, el 28 de junio de 2011, declaró la extinción de la acción penal por prescripción, de conformidad con el artículo 83 del C.P. (FL. 190-192)

Dentro del proceso de reparación directa obran las declaraciones de María Aliria López, Diana Patricia López, Olivio de Jesús Pinto Álvarez y Elkin Meyid Pinto. (Audiencia del 3 de agosto de 2015 fl. 263)

II.3.- ESTUDIO Y SOLUCIÓN DEL CASO CONCRETO.

3.1. De la existencia del daño antijurídico.

En relación con la responsabilidad del Estado por los daños antijurídicos ocasionados por el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, el artículo 69 de la Ley 270 de 1996 determinó que fuera del error jurisdiccional y la privación injusta de la libertad, *"quien haya sufrido un daño antijurídico, a consecuencia de la función jurisdiccional tendrá derecho a obtener la consiguiente reparación"*.

Para iniciar el estudio de la posible responsabilidad de la entidad accionada, la Sala procederá a determinar, en primer lugar, la existencia del daño alegado por el demandante, como elemento principal del juicio de responsabilidad, toda vez que, como lo manifestó el maestro Fernando Hinestrosa: *"el daño es la razón de ser de la responsabilidad, y por ello, es básica la reflexión que en su determinación en sí, precisando sus distintos aspectos y su cuantía, ha de ocupar el primer lugar, en términos lógicos y cronológicos en la labor de las partes y el juez."*¹

Conforme a lo anterior, es claro que, si no se llegare a observar la presencia de un daño, el juicio de responsabilidad no encontraría fundamento alguno, ni procedería continuar con los demás elementos de la responsabilidad: *"si no hubo daño, o no se puede determinar o no se le pudo evaluar, hasta allí habrá de llegarse; todo esfuerzo adicional, relativo a la autoría y a la calificación moral de la conducta del autor resultaría necio e inútil."*²

3.1.1. De la pérdida de oportunidad para reclamar pago de indemnización.

En el presente caso se alega la existencia de una dilación injustificada de las entidades accionadas dentro de la investigación por las lesiones ocasionadas a María Aliria López Pinto luego de sufrir un accidente de tránsito. La investigación se adelantó contra el señor Octavio Guerrero, contra quien se profirió resolución de acusación por parte de la Fiscalía. Posteriormente, en etapa de juicio el Juzgado Quinto Penal Municipal de Tunja condenó al acusado a pena de prisión, multa y a pagar la indemnización a la víctima. Sin embargo,

¹ Fernando Hinestrosa, Responsabilidad extracontractual: antijuridicidad y culpa. Extraído del texto El Daño, Juan Carlos Henao. Pg. 36.

² Ibidem.

en segunda instancia el Juzgado Primero Penal del Circuito de Tunja declaró la extinción de la acción penal por configurarse el fenómeno prescriptivo, conforme al artículo 83 del C.P.

Al respecto, la Ley 270 de 1996 (art. 69) contempló la posibilidad de reparar daños causados por un defectuoso funcionamiento de la administración de justicia debido a dilaciones injustificadas que afectaran la posibilidad de las víctimas de recibir una reparación por los perjuicios supuestamente causados por la comisión de los mismos³.

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado que cuando las víctimas no logran obtener la indemnización solicitada por la comisión de un delito y ello se da debido a la declaratoria de prescripción, se configura la denominada pérdida de la oportunidad de obtener la reparación. Según lo ha señalado la Corporación, la pérdida de oportunidad es un daño autónomo. Al respecto indicó:

“La 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 (...)⁴.

En sentencia del 30 de enero de 2013⁵, la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado determinó que para encontrar configurada la pérdida de la oportunidad: *“...se debe deducir la imposibilidad en la que se encontrarían los integrantes de la hoy parte demandante de obtener el resarcimiento de los perjuicios en un escenario distinto al de la constitución de parte civil en el proceso*

³ En auto de 15 de diciembre de 2011, exp. 40425, Subsección B de la Sección Tercera.

⁴ Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 31 de mayo de 2016, exp. 38267, C.P.: Danilo Rojas Betancourth.

⁵ Reiterada por esta misma Subsección en sentencia del 8 de febrero de 2017, exp. 41073, C.P. Hernán Andrade Rincón.

*penal y, finalmente, que estos se encontraban en una posición potencialmente apta para la consecución de la indemnización. Solamente de resultar demostrada esa situación, podrá tomarse el daño como cierto*⁶.

En sentencia del 30 de enero de 2013⁷, exp. 23.769, la Subsección A de la misma Corporación estimó que para acreditar una pérdida de oportunidad se debe tener en cuenta:

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

(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 indebida; 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.

(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

⁶ Al respecto consultar: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 19 de julio de 2009, exp. 41749. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 11 de agosto de 2010, exp. 18593, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 30 de enero de 2013, exp. 23769, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, reiterada por esta misma Subsección en sentencia del 8 de febrero de 2017, exp. 41073, C.P. Hernán Andrade Rincón. Reiterada en sentencia del veinte (20) de febrero de dos mil veinte (2020) C.P. María Adriana Marin. Rad. 15001-23-31-000-2012-00174-01 (56695).

emplazarse en la situación idónea para hacer la ganancia o evitar la pérdida”.

Al respecto, en sentencia reciente de 2019 del Consejo de Estado – Sección Tercera se señaló: *“la ocurrencia de una falla del servicio bajo el título de imputación del defectuoso funcionamiento de la administración de justicia por mora judicial, tras haberse declarado la prescripción de la acción penal, se debe verificar el cumplimiento de los siguientes requisitos para demostrar el daño denominado “pérdida de oportunidad”⁸:*

i) Que la parte civil del proceso penal tenía la posibilidad de obtener la reparación patrimonial de los perjuicios que sufrió como consecuencia de una conducta delictiva;

ii) Que la posibilidad de obtener tal reparación se extinguió definitivamente al declararse la prescripción de la acción penal;

iii) Que los demandantes se encontraban en una situación *“potencialmente apta”* para obtener la indemnización de los perjuicios causados.

Los requisitos 1 y 3 se han considerado satisfechos cuando en el proceso penal se emitió una sentencia condenatoria y se reconoció el pago de perjuicios en favor de la parte civil; si la prescripción sucedió en las etapas de investigación o de juzgamiento, se ha entendido que el daño es incierto e hipotético, dado que no se sabría a ciencia cierta si el implicado habría terminado con una condena en su contra”.

Queda claro que la jurisprudencia ha exigido el cumplimiento de dichos requisitos cuando se reclama una pérdida de oportunidad a obtener el pago de una indemnización. En este sentido, la Sala pasará a analizar el cumplimiento de los presupuestos mencionados para el caso concreto.

3.1.2 Pérdida de la oportunidad en el caso concreto.

En el presente caso se acreditó lo siguiente:

Que mediante auto de fecha 6 de diciembre de 2002, la Fiscalía 11

⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, C.P.: Hernán Andrade Rincón, sentencia del 8 de febrero de 2017, radicado número: 520012331000200800505 01 (41.073), reiterada por la misma subsección en sentencia del 24 de mayo de 2018. Asimismo, reiterada en sentencia del 12 de agosto de 2019 Sección Tercera C.P. Martha Nubia Velázquez Rico. Radicación número: 15001-23-31-000-2010-00926-01 (56691).

admitió a María Aliria López Pinto como parte civil dentro del proceso penal (fl. 25).

Que el 18 de marzo de 2011, el Juzgado Quinto Penal Municipal de Tunja profirió sentencia condenatoria contra Octavio Guerrero a la pena de ocho (8) meses de prisión y multa de veintiocho (28) SMMLV y suspensión del ejercicio de la conducción por doce (12) meses. Lo condenó a pagar \$67.000 por perjuicios materiales y 50 SMMLV por perjuicios morales. (fl. 142-163).

Finalmente, durante el trámite de segunda instancia, el Juzgado Primero Penal del Circuito de Tunja, el 28 de junio de 2011, declaró la extinción de la acción penal por prescripción, de conformidad con el artículo 83 del C.P. (FL. 190-192).

Lo anterior permitiría inferir que en el caso bajo estudio se cumplen con los presupuestos 1 y 3 mencionados anteriormente, toda vez que, la parte civil tenía la posibilidad de recibir la reparación patrimonial por los perjuicios sufridos, pues existía una sentencia de primera instancia que así lo dispuso y, adicional a ello, el condenado no presentó recurso de apelación. Por tanto, los accionantes se encontraban en una situación potencialmente apta para recibir tal indemnización.

Si bien lo anterior, en relación con la *"imposibilidad definitiva de obtener una reparación"*, la Sala advierte que dicho presupuesto no se cumple, debido a que, para la fecha en que ocurrió la prescripción de la acción penal, la parte demandante contaba aún con la posibilidad de acudir a la jurisdicción civil para reclamar la indemnización de perjuicios por parte de la empresa que fue vinculada como tercera civilmente responsable dentro del proceso penal.

Tal como se acreditó en el presente caso, dentro del proceso penal, el día 2 de noviembre de 2002, se formuló demanda de constitución en parte civil por María Aliria López Niño ante el Fiscal Once de Tunja a través del cual solicitó se condenara a Octavio Guerrero y el tercero civilmente responsable -la empresa de Transporte Los Muiscas S.A. - a pagar perjuicios materiales y morales (fls. 19-24). Se aclara que la vinculación de la empresa fue negada, razón por la cual, respecto de ella el proceso penal no continuó.

Ahora bien, el Juzgado Primero Penal del Circuito de Tunja, el 28 de junio de 2011, declaró la extinción de la acción penal por prescripción, de conformidad con el artículo 83 del C.P. Al respecto, señaló lo siguiente:

“(…) Dado que de conformidad con el artículo 187 del CPP las providencias que deciden los recursos de apelación quedan ejecutoriadas el día en que sean suscritas por el funcionario correspondiente significa que la resolución de acusación quedó en firme el 26 de abril de 2006 fecha en la que se suscribió la providencia de segunda instancia que decidió el recurso de apelación interpuesto contra la providencia calificatoria que acusó al hoy procesado, de manera que desde esa fecha hasta el día de hoy han transcurrido más de 5 años que se consumaron el 26 de abril de 2011 y puesto que de conformidad con el artículo 83 del CP la acción penal prescribirá en un término igual al máximo de la pena fijada en la ley si fuera privativa de la libertad Pero en ningún caso será inferior a 5 años ni excederá de 20. Y dado que de conformidad con el artículo 86 del CP la prescripción de la acción penal se interrumpe con la formulación de imputación caso en el cual comienza a correr de nuevo por un tiempo igual a la mitad del señalado anteriormente pero que en todo caso no podrá ser inferior a 5 años ni superior a 10 años. Así las cosas, siendo el máximo de la pena de nueve años después de la resolución de acusación el término de prescripción sería de 4 años y medio. Pero como este término sería inferior a 5 años en todo caso el término de prescripción que le correspondería a este delito no puede ser inferior a esos cinco años terminó que en efecto se ha superado ampliamente”.

Al respecto, según lo expuesto por el juez, el fenómeno de la prescripción operó con fundamento en el artículo 83 del Código Penal, el cual para el momento de los hechos rezaba:

“ARTÍCULO 83. TÉRMINO DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL. La acción penal prescribirá en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley, si fuere privativa de la libertad, pero en ningún caso será inferior a cinco (5) años, ni excederá de veinte (20), salvo lo dispuesto en el inciso siguiente de este artículo.
(…)”

La pena correspondiente al tipo de lesiones imputadas a Octavio Guerrero vigente para la época era la siguiente: “*ARTÍCULO 115. PERTURBACION PSIQUICA. Si el daño consistiere en perturbación psíquica transitoria, la pena será de prisión de dos (2) a siete (7) años y multa de veintiséis (26) a cuarenta (40) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Si fuere permanente, la pena será de tres (3) a nueve (9) años de prisión y multa de veintisiete (27) a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.*

En relación con el conteo del término de prescripción, el artículo 86 ibídem dispuso:

“ARTÍCULO 86. INTERRUPCIÓN Y SUSPENSIÓN DEL TÉRMINO PRESCRIPTIVO DE LA ACCIÓN. La acción penal se interrumpe con la resolución acusatoria o su equivalente debidamente ejecutoriada.

Producida la interrupción del término prescriptivo, éste comenzará a correr de nuevo por un tiempo igual a la mitad del señalado en el artículo 83. En este evento el término no podrá ser inferior a cinco (5) años, ni superior a diez (10)”.

Conforme a las normas expuestas, el término de prescripción para la causa penal era de 5 años. Lo anterior, debido a que la resolución de acusación fue confirmada en segunda instancia el día 26 de abril de 2006, por tanto, el término de la prescripción se interrumpió y comenzó a contabilizarse nuevamente. Luego el mismo finalizaba el 26 de abril de 2011⁹.

Ahora bien, de conformidad con el artículo 98 de la Ley 599 del 2000, norma aplicable al momento de la ocurrencia de los hechos: *“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 civil”*.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de fecha 15 de mayo de 2019, radicación 54.551, señaló siguiente:

“El artículo 98 de la Ley 599 de 2000 señala que la acción civil originada en la conducta punible, cuando se ejerce dentro del proceso penal, prescribe en un tiempo igual al previsto para la acción punitiva, esto, en relación con los penalmente responsables. En los demás casos, es decir, en el de los terceros civilmente responsables, se aplicarán las normas pertinentes de la legislación civil.

La jurisprudencia de la Sala de Casación Penal ha decantado criterios que indican que el perjudicado puede optar libremente por reclamar la reparación de los daños y perjuicios ante la jurisdicción civil, en cuyo caso el procedimiento se rige por esa normatividad; sin embargo, si recurre a los jueces penales, con la definición de la responsabilidad del autor o partícipe del delito, el juzgador queda obligado a pronunciarse sobre la responsabilidad de orden civil, no solamente del procesado sino de aquellos que, sin haber participado en el delito, hubieren sido

⁹ Aplicación de la prescripción en el mismo sentido: sentencias Corte Suprema de Justicia: Proceso 37716 del 2 de noviembre de 2011, sentencia 40656 del 20 de febrero de 2013 y proceso 36394 del 10 de mayo de 2011.

vinculados legalmente como llamados a responder por los daños generados.

(.....)

En consecuencia, **el ejercicio de la acción civil dentro del proceso penal significa, en relación con las personas penalmente responsables, que, prescrita la acción punitiva, igual suerte corre la primera**¹⁰.

En síntesis, de ocurrir el fenómeno prescriptivo de la acción penal existiendo parte civil dentro del proceso, aquel extingue también la posibilidad de reclamar indemnización patrimonial contra el procesado únicamente. Así, en lo que respecta a los terceros civilmente responsables dentro del proceso penal, la acción civil se rige por las normas del Código Civil.

Al respecto, el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo se refirió en sentencia del 12 de diciembre de 2019: "*... cuando existen terceros civilmente responsables, como puede ocurrir en los delitos surgidos a partir de accidentes de tránsito, la prescripción de la acción penal no impone la misma suerte a la acción civil frente a los terceros responsables, como lo son el propietario del vehículo, la empresa de transportes a la que eventualmente se encontrara afiliado y el llamado en garantía*"¹¹.

En el presente caso está acreditado que la señora María Alicia López Pinto se constituyó como parte civil dentro del proceso penal por lesiones culposas contra el señor Octavio Guerrero. Por lo tanto, la prescripción de la acción penal, que se materializó el día 26 de abril de 2011, operó únicamente para los efectos del punible presuntamente cometido por el señor Octavio Guerrero y para la reclamación de perjuicios patrimoniales contra el mismo.

Como el fenómeno prescriptivo se configuró únicamente para la acción penal y civil contra el acusado, las víctimas tenían la posibilidad de reclamar el pago de perjuicios a través de la acción ordinaria civil en contra de la empresa Transportes Los Muiscas S.A. Sin embargo, para llegar a dicha conclusión se debe analizar si para el momento de la prescripción de la acción penal, las víctimas tenían la oportunidad de presentar la acción civil contra la empresa

¹⁰ En dicha providencia se refieren autos similares 20 de feb. 2013, Rad. 40656; 6 mar. 2013, Rad. 40474; 13 mar. 2013, Rad. 40775; 24 abr. 2013, Rad. 41010; 24 abr. 2013, Rad. 41090; 22 may. 2013, Rad. 41302; 4 jun. 2013, Rad. 41143; 3 jul. 2013, Rad. 41521; 6 agt. 2013, Rad. 41660; 21 agt. 2013, Rad. 41447; 28 agt. 2013, Rad. 41937; 9 oct. 2013, Rad. 42172, entre otras decisiones.

¹¹ Sentencia del 14 de junio del 2019, expediente 52941 y sentencias del 11 de abril de 2019, expedientes 49.320 y 50.569, entre otras. Análisis reiterado en sentencia del 12 de diciembre de 2019 ex. 64177 C.P. Martha Nubia Velázquez Rico.

Transportes Los Muisucas S.A., o si, por el contrario, dicha acción ya había prescrito y, por tanto, finalizaron todas las posibilidades de obtener una reparación.

Para la época de la ocurrencia del accidente de tránsito en el que resultó lesionada la señora María Alicia López Pinto (19 de abril de 2002) se encontraban vigentes las normas del Código Civil sin las modificaciones que trajo la Ley 791 de 2002¹² (27 de diciembre).

Sobre la prescripción de la acción de perjuicios, el artículo 2358 del CC señala:

“ARTÍCULO 2358. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN. Las acciones para la reparación del daño proveniente de delito o culpa que puedan ejercitarse contra los que sean punibles por el delito o la culpa, se prescriben dentro de los términos señalados en el Código Penal para la prescripción de la pena principal.

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

Por su parte, el artículo 2536 de la misma norma, sin la modificación antes mencionada, señalaba:

“ARTÍCULO 2536. La acción ejecutiva se prescribe por diez años, y la ordinaria por veinte.

La acción ejecutiva se convierte en ordinaria por el lapso de diez años, y convertida en ordinaria durará solamente otros diez”.

En principio, se podría concluir que el término con el que contaba la señora María Alicia López Pinto para presentar la demanda de responsabilidad civil contra la empresa Transportes Los Muisucas S.A., al ser un tercero responsable dentro del proceso penal, era de tres años. Sin embargo, dicha afirmación no es correcta atendiendo a que la figura del tercero civilmente responsable opera de manera distinta en el proceso penal y en el ordinario civil.

Dicha distinción fue ilustrada en sentencia de tutela proferida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia el 30 de junio

¹² artículo 13. La presente ley rige a partir de su promulgación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias.

de 2016¹³, en la cual se encontró vulnerado el derecho al debido proceso al acreditarse que un juez de segunda instancia dentro de un proceso penal *"accedió a hacer extensivos los efectos de la declaratoria de prescripción de las acciones penal y civil dictada a favor del procesado, a los terceros civilmente responsables, por considerar que ... la empresa de transportes Omega Ltda., debe responder de manera directa por el daño ocasionado con los punibles de homicidio culposo y lesiones personales culposas y, por ende, concluyó el fallador cuestionado, el término de prescripción de la acción civil es el mismo que se toma en cuenta para determinar el lapso extintivo en el caso del penalmente responsable"*. Para desatar el asunto, la Corte expuso lo siguiente:

"En otras palabras, lo que determinó la Sala de Casación Penal en aquella oportunidad, fue que mientras el Estado no pierda su potestad punitiva, verbi gracia, por el paso del tiempo, la acción civil dentro del juicio penal contra los directamente obligados a reparar los perjuicios derivados de la conducta delictiva, tendrá un lapso de prescripción igual al previsto para la acción penal.

4. Lo anterior, no equivale, bajo ninguna circunstancia a decir que la prescripción de la acción penal y civil en favor del penalmente responsable debe hacerse extensiva al tercero, aunque éste deba responder de manera directa por el daño ocasionado, pues la normatividad penal es absolutamente diáfana al indicar que *«[l]a 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 civil.»*

Y es que no puede confundirse el significado de lo que el ordenamiento adjetivo penal considera como "terceros civilmente responsables", con el de los terceros responsables dentro del proceso civil, puesto que el término "terceros responsables" para cada uno de esos ordenamientos tiene un significado y alcance distintos.

En efecto, para el ordenamiento penal, la noción "tercero civilmente responsable" hace alusión a la persona que a pesar de no haber cometido la conducta punible está llamada, según la ley sustancial, a responder con su patrimonio por los perjuicios irrogados con la realización del delito (art. 96 de la Ley 600 de 2000).

En cambio, la expresión "tercero responsable conforme a las disposiciones de este capítulo", contenida en el artículo 2.358 del Código Civil, se refiere al tipo de responsabilidad indirecta o proveniente del hecho de un tercero, a diferencia de la que tiene

¹³ STC8885-2016. Radicación n.º11001-02-04-000-2016-00743-01. C.P. Ariel Salazar Ramírez.

una naturaleza directa o emana del hecho propio. De suerte que para la doctrina civil el acto generado por quien frente a ley penal es considerado "un tercero", puede estar enmarcado en la responsabilidad directa o por el hecho propio, como en el caso de las personas jurídicas que ejecutan su voluntad a través de sus agentes.

De acuerdo con estas premisas, si un tercero incurre en responsabilidad civil directa, la tesis evidentemente favorece a la víctima de los perjuicios puesto que la prescripción que reglamenta esta acción es de diez años, y no la trienal a la que refiere el artículo 2.358 ejusdem".

En un caso reciente, similar al de la referencia, en el que se alegaba el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia por la extinción de la acción penal derivada de un accidente de tránsito, la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en sentencia de fecha 20 de febrero de 2020, señaló:

"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 caso concreto. Lo anterior por cuanto, el conductor, el propietario y la empresa a la que estaba afiliada el carro -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. 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 perjuicios-, 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.

Así, la responsabilidad directa que se depreca del conductor, del propietario y de la empresa a la que el vehículo se encuentra afiliado 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 atención a las anteriores consideraciones, encuentra la Sala que los integrantes del extremo demandante, una vez declarada de manera definitiva la prescripción de la acción penal -16 de enero de 2008-, todavía contaban en ese momento con la posibilidad de acudir ante la jurisdicción ordinaria en su especialidad civil, pues el término de 20 años de la prescripción civil vencía en relación con el propietario del vehículo y la empresa a la que este se encontraba afiliado el 16 de junio de 2018 -contado a partir del día siguiente de la ocurrencia del suceso-.

Dicho término estuvo vigente incluso al momento de presentación de la acción de reparación directa -24 de septiembre de 2009-, 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 hoy parte 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 que¹⁴:

Inclusive 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

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 14 de junio de 2019, exp. 52941, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

Judicial y, reafirma que el daño alegado en el sub lite resulta eventual e hipotético y, por ende, no indemnizable.

En otras palabras, la sola declaración de prescripción de la acción penal por el homicidio y las lesiones personales supuestamente causadas por el sindicato no le da el carácter de cierto al daño aducido en este proceso por los demandantes, puesto que en casos como el presente, se requiere que los particulares hayan perdido de manera definitiva cualquier oportunidad de obtener el resarcimiento solicitado como parte civil en el proceso penal por la conducta activa u omisiva de la entidad pública demandada, lo cual no ocurrió en el *sub lite*".

De acuerdo con la jurisprudencia mencionada, en el presente caso resulta claro que, si bien la empresa Transportes Los Muiscas S.A. fue llamado en calidad de tercero civil responsable dentro del proceso penal que cursaba en contra del señor Octavio Guerrero, dentro del proceso civil es considerado como un responsable directo del daño y no como un tercero. Razón por la cual, a efectos de establecer el término de la prescripción de la acción ordinaria, se debe dar aplicación al artículo 2536 del Código Civil, teniendo en cuenta que lo dispuesto en el artículo 2358 de la misma norma se aplica únicamente para terceros responsables y no para responsables directos, como en este caso resulta ser la empresa Transportes Los Muiscas S.A.

Así las cosas, teniendo en cuenta que los hechos que dieron origen a las lesiones padecidas por la señora María Alicia López Pinto ocurrieron el 19 de abril de 2002, el término de prescripción ordinaria de 20 años finalizará el mismo día y mes del año 2022. Razón por la cual, al contar con otro medio para reclamar el pago de la indemnización reclamada, no se configura el presupuesto de la *"imposibilidad definitiva de obtener un provecho"* establecido en la jurisprudencia del Consejo de Estado.

Es claro que la parte demandante tenía la posibilidad de acudir a la jurisdicción ordinaria -y aun cuenta con ella- para que, a través de un proceso ordinario de responsabilidad extracontractual, se ordenara el pago de los perjuicios derivados del accidente de tránsito respecto de la empresa civilmente responsable, pues frente a esta acción la prescripción de la acción penal no operó.

En un caso similar, la Sección Terceras del Consejo de Estado, en sentencia de fecha 28 de octubre de 2019, negó las pretensiones de la demanda al considerar que la parte interesada no acreditó la existencia de un daño cierto al contar con la posibilidad de acudir a la jurisdicción ordinaria para reclamar la indemnización de perjuicios:

“Pues bien, el aquí demandante tenía la posibilidad de acudir a la jurisdicción civil para exigir los perjuicios ya que la acción civil que promovió dentro del proceso penal estuvo dirigida no sólo contra en directo responsable del delito señor Andrés Olivares, sino también contra la empresa Jairo Echeverri y Cía. Ltda. como tercera civilmente responsable en su condición de propietaria del vehículo que aquel conducía.

(...)

Sin perjuicio de lo anterior, se evidencia que el actor todavía tenía la posibilidad de acudir ante la jurisdicción civil para reclamar los perjuicios a la empresa Jaime Echeverri y Cía. Ltda., propietaria del vehículo que conducía Gonzalo Suárez, quien fue reconocida como tercera civilmente responsable; todo ello, de conformidad con los artículos 2341 y siguientes del Código Civil, cuyo término de prescripción, para la fecha de ocurrencia de los hechos -15 de mayo de 1999- era de 20 años, según lo dispuesto en el artículo 2356 *ibídem*, antes de la modificación introducida por la Ley 791 de 2002.

Como puede colegirse, de acuerdo con la fecha de ocurrencia de los hechos y en atención al término de la prescripción ordinaria -20 años-, el actor contó con la posibilidad de acudir ante la jurisdicción ordinaria para reclamar los perjuicios del tercero civilmente responsable por un tiempo superior, pues el plazo de los 20 años se cumplió hasta el 16 de mayo de 2019, lo que torna evidente, que el daño alegado al momento de presentar la demanda, no era ni cierto y el actor podía acudir ante la jurisdicción civil para la reclamar la indemnización de perjuicios contra los terceros civilmente responsables”.

Teniendo en cuenta lo anterior, es razonable concluir que en el presente caso no se ha configurado un daño cierto, habida cuenta que la parte demandante aun contaba con la posibilidad de acceder a la jurisdicción ordinaria para reclamar de la empresa Transportes Los Muiscas el pago de los perjuicios sufridos. Razón que lleva a determinar que la imposibilidad de reclamar dichos perjuicios no se extinguió, y en la actualidad se encuentra vigente.

Como ya lo ha indicado el Consejo de Estado, una de las características imprescindibles del daño es que debe ser cierto, por tanto, *“no puede ser eventual, hipotético, fundado en suposiciones o conjeturas”*¹⁵. En este sentido, *“la sola inferencia o afirmación en la demanda acerca de la ocurrencia de un daño, no resulta suficiente para tenerlo como acreditado, en la medida en que es necesario e indispensable que el demandante respalde tales afirmaciones con el material probatorio suficiente para su comprobación en el proceso.*

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 25 de marzo de 2015, exp. 250002326000 2001 02469 01 (32.570), M.P. Hernán Andrade Rincón.

*Se recuerda que, de conformidad con el régimen de responsabilidad vigente, el daño no se presume, de manera que quien alega su ocurrencia debe probarlo*¹⁶.

De acuerdo con lo expuesto, a la Sala no le asiste el deber de hacer un análisis sobre las actuaciones desplegadas por las entidades accionadas respecto de una posible mora, debido a que no se demostró el carácter cierto del daño. En consecuencia, no obra fundamento para continuar con el análisis de responsabilidad del Estado y, resulta necesario revocar la sentencia de primera instancia.

Finalmente, la Sala aclara que, respecto a Diana Patricia López, quien intervino en el presente caso en calidad de hija de la víctima directa -María Alicia López Pinto-, no es dable decretar la falta de legitimación en la causa por activa, debido a que, al poseer una relación de parentesco con la víctima directa pudo sufrir perjuicios como consecuencia del daño. Sin embargo, es claro que, al no constituirse parte civil dentro del proceso penal, no contaba con ninguna posibilidad para acceder a una indemnización. En este sentido, el presunto daño que alega también carece de certeza.

En virtud de lo anterior, la Sala revocará la decisión de primera instancia al considerar que dentro del presente asunto se acreditó la existencia de un daño eventual alegado por los accionantes consistente en la afectación a la tutela judicial efectiva, el cual no resulta indemnizable.

De la condena en costas y agencias en derecho.

En la actualidad, para los procesos contencioso administrativos, es aplicable el artículo 188 del CPACA, el cual dispone que *"Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil"*.

Dicha norma reguló de manera especial el destinatario de las costas, al disponer que las mismas se impondrán en la sentencia. Ello quiere significar entonces que la imposición de costas sólo estará dirigida a la parte vencida en el proceso, tanto en primera como en segunda instancia, y no a quien se le resuelva desfavorablemente un recurso (distinto al de apelación de sentencia), un incidente, la formulación

¹⁶ Ibidem.

de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, aspectos estos últimos exclusivos del proceso civil.

Respecto de la oportunidad procesal para imponerla, el numeral 2 del artículo 365 del CGP dispone que *"la condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella"*. De esta manera, según lo señalado en el artículo 188 del CPACA, en los procesos contencioso administrativos, la imposición de costas sólo podrá hacerse en la sentencia que resuelva el proceso, en única, primera o segunda instancia.

En cuanto a la procedencia, si bien en la Ley 1437 del 2011 no aparece la previsión que contenía el artículo 171 del Decreto 01 de 1984, que refiere a la facultad del juez de analizar la conducta asumida por las partes, no puede considerarse que la condena en costas opere de manera automática para el vencido en el proceso, pues a efectos de imponerla, el funcionario judicial deberá analizar si se causaron, situación que deberá ser ponderada en cada caso.

Para tal efecto, el artículo 365 del CGP trae dos reglas que deben ser examinadas: el numeral 5 dispone que *"... en caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión"*; y el numeral 8, que señala que *"... sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación"*. Así mismo, el numeral 4 de la norma ibidem dispuso *"cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias"*.

En el sub lite, debido a que la presente sentencia revocó la decisión de primera instancia para en su lugar desestimar las pretensiones de la demanda, se concluye que debe existir imposición de costas y agencias en derecho en primera y segunda instancia para la parte demandante.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Primera de Decisión del Tribunal Contencioso Administrativo de Boyacá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Administrativo de Tunja, el día trece (13) de mayo de dos mil dieciséis (2016), y en su lugar se dispone:

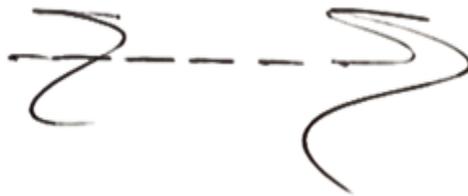
PRIMERO. NEGAR las pretensiones de la demanda, conforme a los argumentos expuestos en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: Condenar a la parte demandante en costas y agencias en derecho en ambas instancias. La determinación del monto de las agencias en derecho correrá a cargo del A quo en los términos previstos en el artículo 366 del C.G.P.

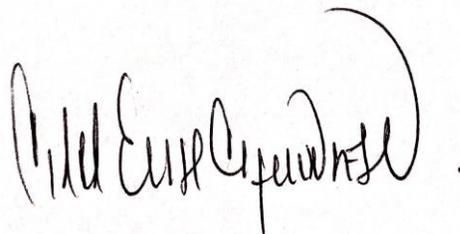
TERCERO. Ejecutoriada esta providencia, devuélvase al juzgado de origen.

El proyecto de esta providencia fue estudiado, discutido y aprobado en Sala Virtual de la fecha.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



FABIO IVÁN AFANADOR GARCÍA
Magistrado



FALLO 2ª INSTANCIA
REPARACIÓN DIRECTA
EXPEDIENTE No.: 150013333002-201300231-01
María Aliria López Pinto y otro Vs Rama Judicial y otro

CLARA ELISA CIFUENTES ORTÍZ
Magistrada

A handwritten signature in black ink, consisting of several loops and a long horizontal stroke extending to the right.

LUÍS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA
Magistrado

Danny