



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE

Sincelejo, diecinueve (19) de febrero de dos mil quince (2015)

MAGISTRADO PONENTE: LUIS CARLOS ALZATE RÍOS

Sentencia No. 025

TEMAS: RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN GENERAL – DEFECTUOSO FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA – PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL – DAÑO CIERTO - INEXISTENCIA

INSTANCIA: PRIMERA

Cumplidas todas las etapas previstas, decide la Sala el fondo del asunto puesto a su consideración a través del medio de control de **REPARACIÓN DIRECTA** promovido por **JOSÉ OLIVERIO HERNÁNDEZ RÍOS**, en nombre propio y en representación del menor **OSCAR FELIPE HERNÁNDEZ HENAO**; **MARTHA CECILIA HENAO SÁNCHEZ**, **MAURICIO DE JESÚS HERNÁNDEZ HENAO**, en nombre propio y en representación de los menores **ANDRÉS MAURICIO** y **EMMANUEL HERNÁNDEZ BALLESTA**; **JOSÉ ALFREDO HERNÁNDEZ HENAO**, en nombre propio y en representación de los menores **JOAN SEBASTÍAN**, **MARÍA CAMILA** y **MARÍA ANGÉLICA HERNÁNDEZ GUERRA**; **MARÍA ISaura HERNÁNDEZ RÍOS**, **SARA MILENA CEBALLOS HERNÁNDEZ**, **BERARDO ANTONIO HERNÁNDEZ RÍOS**; en nombre propio y en representación de **KELLY JOHANA**, **ARLEI ANTONIO** y **DAVINSON ANDRÉS HERNÁNDEZ MADRIGAL**; **JAVIER DARIO HERNÁNDEZ RÍOS**, actuando en nombre propio en representación de los



Jurisdicción Contencioso

Administrativa

menores **JHON JAMER y CRISTIAN ANDRÉS HERNÁNDEZ OQUENDO; JAVIER ALONSO HERNÁNDEZ OQUENDO, YESSENIA HERNÁNDEZ OQUENDO, JORGE ABRAHAM HERNÁNDEZ RÍOS**, actuando en nombre propio y en representación de los menores **JORGE DAVID y MIGUEL ANGEL HERNÁNDEZ CAMPO; JHOVANNY HERNÁNDEZ FLOREZ, CLAUDIA ELENA HERNÁNDEZ FLOREZ, , JESUS DAVID HERNÁNDEZ FLOREZ, JORGE ABRAHAM HERNÁNDEZ FLOREZ, MARIA ESTELLA HERNÁNDEZ FLOREZ; ALIRIO DE JESÚS HERNÁNDEZ RÍOS**, en nombre propio y representación del menor **CAMILO ANDRÉS HERNÁNDEZ DURANGO; NELSON ENRIQUE HERNÁNDEZ DURANGO, DUBAN ARLEY HERNÁNDEZ DURANGO, ROSMIRA MARÍN HERNÁNDEZ, MIRIAM MARÍN HERNÁNDEZ, ALBEIRO MARÍN HERNÁNDEZ, HERNÁN MARÍN HERNÁNDEZ, MARÍA ENSUEÑO MARÍN HERNÁNDEZ, JHON FREDY MARÍN HERNÁNDEZ, MARIA ESTELLA MARÍN HERNÁNDEZ, NUBIA MARGARITA HERNÁNDEZ DE SEPULVEDA, MARÍA LIGIA HERNÁNDEZ RÍOS, DIANA CECILIA HERNÁNDEZ HENAO, JOSÉ GERMAN HERNÁNDEZ RÍOS, LUZ YANETH HERNÁNDEZ AGUILAR, LUZ MARINA HERNÁNDEZ AGUILAR y ALEXANDER HERNÁNDEZ AGUILAR** en contra de la **NACIÓN - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**.

1. ANTECEDENTES:

1.1. LO QUE SE PRETENDE:

Pretende la parte demandante, ya identificada, lo siguiente¹:

¹ Fol. 5 a 6 C. Ppal. 1.



Jurisdicción Contencioso

Administrativa

- 1.1.1. Que se condene a la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, a cancelar a favor del señor JOSÉ OLIVERIO HERNÁNDEZ RÍOS Y OTROS, la suma de \$650.000.000, por concepto de daño emergente.
- 1.1.2. Que se condene a la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, a cancelar a favor del señor JOSÉ OLIVERIO HERNÁNDEZ RÍOS Y OTROS, la suma de \$280.000.000, por concepto de lucro cesante.
- 1.1.3. Que se condene a la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, a cancelar a favor del señor JOSÉ OLIVERIO HERNÁNDEZ RÍOS Y OTROS, la suma de \$700.000.000, por concepto de pérdida de oportunidad.
- 1.1.4. Que se condene a la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, a cancelar a favor del señor JOSÉ OLIVERIO HERNÁNDEZ RÍOS Y OTROS, la suma de \$2.410.200.000, por concepto de perjuicios morales.

1.2. RESEÑA FÁCTICA

Fundamentan las anteriores pretensiones en los siguientes hechos que la Corporación resume²:

Afirman los demandantes, que adquirieron un bien inmueble ubicado en la calle 32 No. 10A-03 Esquina de Sincelejo, según escritura pública No. 263 del 19 de febrero de 1993, otorgada en la Notaría Segunda del Círculo de Sincelejo, y la escritura pública No.1750 del 16 de agosto de 1996, otorgada por la Notaría Segunda del Círculo de Sincelejo.

Aducen que, la propiedad está ubicada frente al arroyo “El Pintao”, y la mencionada propiedad fue afectada por el Proceso de Planificación dejándola

² Fol. 2 a 4 C. Ppal. 1.



Jurisdicción Contencioso

Administrativa

ubicada dentro de la margen de protección ambiental del arroyo “El Pintao” de Sincelejo.

Expresan que, ante esta situación lo viable era que el municipio de Sincelejo procediera a la adquisición del predio de acuerdo a lo contemplado en el artículo 21 numerales 1.3 y 4.1 del Plan de Ordenamiento Territorial, acuerdo No. 007 del 2000 y el plano No. U1 del P.O.T. del municipio de Sincelejo, que se desarrolló conforme al art.35 de la Ley 388 de 1997, Ley 9 artículo 10 y el Decreto 1420 de 1998.

Manifiestan que, con todo este panorama descrito el municipio de Sincelejo, expidió la Resolución No. 3505 del 6 de diciembre del 2004, en la cual se sancionó a los actores, con multas de 15 salarios mínimos legales vigentes por metro cuadrado de área de suelo afectado, sin que en ningún caso la multa superase los 500 salarios mínimos mensuales legales vigentes; esta sanción se impuso por la construcción realizada por los actores respecto a la segunda planta del predio de su propiedad ubicado en la calle 32 No. 10A-03 de Sincelejo, la Administración Municipal ordenó la demolición de la obra realizada en el segundo piso y la suspensión de los servicios públicos domiciliarios de conformidad con lo establecido en la Ley 142 de 1994.

Aseveran que, se interpusieron los recursos de agotamiento de la vía gubernativa y fue así mismo como la Administración del Municipio de Sincelejo expidió las Resoluciones No. 1777 del 31 de Marzo del 2005 y la Resolución 2251 del 29 de julio del 2008, en las cuales confirmaron la decisión tomada por el Municipio de Sincelejo, quedando agotada la vía gubernativa.

Narran que, el arroyo “El Pintao” se desbordaba y amenazaba la propiedad de los demandantes, por lo cual interpusieron una acción de tutela y el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Sincelejo, mediante sentencia de tutela de segunda



Jurisdicción Contencioso

Administrativa

instancia fechada 25 de julio del 2002, ordenó al señor alcalde Jorge Ospina Vergara, adelantar en el término de 8 meses unas obras para evitar el socavamiento de un edificio de propiedad de los demandantes, situado en la calle 32 No. 10A -03 Barrio El Caribe de Sincelejo, vecino del puente “pintao”, para ello emitió el oficio No. 1082 de julio 26 de 2002.

Mencionan que, dicho fallo no fue cumplido por la administración, como consecuencia de lo anterior presentaron incidente de desacato el día 26 de octubre de 2007, el cual fue fallado mediante proveído del 21 de febrero de 2008 absteniéndose de declarar en desacato al representante legal del municipio de Sincelejo en virtud de que los actores construyeron el muro de contención por sus propios medios y con ello hicieron que los hechos que originaron la violación o amenaza fueran superados y en tal sentido la tutela perdió toda eficacia y razón de ser.

Exponen que, los demandantes a través del Abogado Eduardo Santos Pineda, instauraron denuncia penal por el delito de fraude a resolución judicial, fraude procesal y prevaricato por acción contra Jaime Merlano Fernández y José Ricardo Fierro Manrique, la cual fue recibida el 5 de diciembre de 2007 por parte de la Fiscalía 15 Seccional Unidad de Delitos Contra la Administración Pública de Sincelejo, quien abrió investigación previa contra el señor alcalde municipal de Sincelejo por el presunto delito de fraude procesal y fraude a resolución judicial, toda vez que no ha dado cumplimiento a lo ordenado por el señor Juez Segundo Civil del Circuito de Sincelejo en el sentido de adelantar en el término de ocho meses obras encaminadas a evitar el socavamiento y derrumbe de la edificación de propiedad del demandante ubicada en la calle 32 No. 10A -03 en el Puente Pintao de Sincelejo.

Expresan que, al contestar la acción de tutela No. 2007-000545-00, la alcaldía afirmó bajo la gravedad de juramento que la alcaldía adelantó las obras ordenadas por el mencionado juzgado con lo que se obtuvo del Juzgado Quinto



Jurisdicción Contencioso

Administrativa

Civil Municipal de Sincelejo, fallo denegatorio del amparo constitucional solicitado, lo cual constituye, según el denunciante, engaño a la justicia ya que nunca se ha cumplido con lo ordenado. En consecuencia, de conformidad a lo establecido en el art. 322 del C. P. P., con la finalidad de determinar si ha tenido ocurrencia la conducta puesta en conocimiento, si está descrita en la ley penal como punible, si se cumple con los requisitos de procedibilidad para iniciar la acción penal. Se ordenó una investigación previa.

Enuncian que, el 12 de agosto de 2008, se unificaron las investigaciones Nos. 80243 y la 78078 por tratarse de los mismos hechos, quedando en cabeza de la FISCALÍA 15 SECCIONAL DE SINCELEJO, y fue así como el 18 de febrero de 2009, el JUZGADO CUARTO CIVIL MUNICIPAL DE SINCELEJO, dio respuesta al oficio 1202 del 6 de diciembre de 2007, enviado por el ente acusador y envió fotocopia del proceso de tutela No. 2002-0015-00 incluida la decisión de segunda instancia; por tal motivo el 19 de febrero de 2009 se ordenó la apertura de la instrucción penal contra el Dr. Jorge Ospina Vergara, Alcalde Municipal de Sincelejo para la fecha julio 25 de 2002, por el delito de fraude a resolución judicial, toda vez que no le dio cumplimiento al fallo de tutela de fecha 25 de julio de 2002, emitido en segunda instancia por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Sincelejo dentro del radicado 2002-0015-01.

Indican que, el 3 de marzo de 2010 se libra despacho comisorio a la oficina de asignación de la dirección seccional de Fiscalía de Sabanalarga Atlántico, para que por el sistema de reparto se asigne un fiscal para que escuche en diligencia de indagatoria al señor JORGE OSPINA VERGARA, recluso en el centro de reclusión para servidores públicos, diligencia que se efectuó el 19 de abril del 2010, en la Fiscalía Seccional Primera de Sabanalarga. El 31 de agosto de 2010 la Fiscalía 15 Seccional de Sincelejo, dio respuesta al Oficio 341 de Agosto 27 de 2010 referente a una vigilancia judicial administrativa realizada por el Consejo Seccional de la Judicatura Sala Administrativa, así mismo; el 25 de noviembre de



Jurisdicción Contencioso

Administrativa

2010, la Procuraduría 321 Judicial II Penal, solicitó prontitud en la investigación porque los términos se encuentran vencidos en exceso; es así como el 31 de diciembre de 2010 se ordenó el cierre de la investigación penal.

Esbozan que, el 24 de mayo de 2011, la Fiscalía 15 Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Sincelejo, resolvió precluir la investigación a favor del señor JORGE ARTURO OSPINA VERGARA, por estar prescrita la conducta de fraude a resolución judicial; no vinculó por el delito de fraude procesal al señor JAIME MERLANO FERNÁNDEZ, y se abstuvo de disponer compulsar copias para investigar al Juez FIERRO MANRIQUE.

Dicen que, por tal motivo estando dentro del término de ejecutoria, el representante de parte civil y el Ministerio Público interpusieron recurso de apelación contra dicha decisión; el 8 de mayo de 2012 la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior del Distrito judicial de Sincelejo, quien confirmó la decisión y ordenó compulsar copias de la actuación con destino a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura Sucre para que investigue la conducta de los fiscales instructores en este asunto.

Alegan que, el Consejo Seccional de la Judicatura de Sucre - Sala Jurisdiccional Disciplinaria, inició proceso disciplinario promovido por el actor en contra de la Dra. LUZMILA SANTIS MARTÍNEZ, Fiscal 15 seccional de Sincelejo, cuya ponente es la Dra. TERESA BOTELLO PARADA, radicado No. 2011-00196, el cual se encuentra en trámite. En virtud que la denuncia, fue interpuesta el 14 de noviembre de 2007 y en diciembre 5 del mismo año la FISCAL 15 DELEGADA DRA. LUZMILA SANTIS MARTÍNEZ, ordenó apertura de investigación previa en averiguación de responsables, por los presuntos delitos de fraude procesal y fraude a resolución judicial, solicitándose la práctica de varias diligencias, volviendo a impulsar el proceso hasta agosto 12 de 2008, reiterando la consecución de algunas diligencias ordenadas y procediendo a



Jurisdicción Contencioso

Administrativa

ordenar apertura de investigación en fecha febrero 19 de 2009, en contra del señor JORGE OSPINA VERGARA, por el presunto delito de FRAUDE A RESOLUCIÓN JUDICIAL; observándose en exceso vencido el término de duración de la investigación previa. De igual manera, el artículo 340, establece, “la indagatoria deberá recibirse en la mayor brevedad posible”

Argumentan que, la vinculación mediante indagatoria fue ordenada en la apertura de instrucción para ser recepcionada en abril 21 de 2009, sin embargo, solo se vino a realizar hasta abril 19 de 2010, es decir, un año después, siendo el impulso de la actuación bastante escaso.

Narran que, el artículo 393 establece que *“Ejecutoriada la providencia de cierre de investigación, se ordenará traslado por ocho (8) días a los sujetos procesales para presentar las solicitudes que consideren necesarias en relación con las pretensiones sobre la calificación que deba adoptarse. Vencido el término anterior, la calificación se verificará en un plazo máximo de quince (15) días hábiles”*.

Con base en lo anterior, afirman que las presentes sumarias se calificaron hasta mayo 24 de 2011, con preclusión a favor del sindicato, a pesar de haberse cerrado la instrucción desde diciembre 31 de 2010, y siendo encaminadas por la Procuraduría en noviembre 25 de 2010, a pronunciarse tan pronto se agotara el trámite de la notificación de la acción civil, la cual había sido admitida en mayo 24 de 2010.

Refieren los actores que, en consecuencia y de conformidad con lo expuesto en párrafos preliminares, se encuentra morosidad dentro de la investigación materia de cuestionamiento, adelantada por la Fiscalía Quince Delegada, Dra. SANTIZ MARTINEZ, aduce que infringiendo con su comportamiento el principio de celeridad y eficiencia que rige a la administración de justicia y a la función pública, y por ende las garantías fundamentales y constitucionales que envuelven el debido proceso, consagrado en nuestra Carta Política



Jurisdicción Contencioso

Administrativa

Indican que, 6 de junio del 2012, se realizó audiencia de conciliación extrajudicial N°1670 del 2012 en la Procuraduría Judicial II para asuntos administrativos, en el cual el apoderado de la Fiscalía manifestó no haber estudiado la solicitud por parte del comité de conciliación y repetición de la Fiscalía, solicitando suspender la audiencia, para así darle oportunidad al comité para pronunciarse al respecto, lo cual dicho aplazo no se concedió ya que la procuraduría tenía los términos cercanos, y por tal razón les dieron el acta respectiva de no conciliación.

Manifiestan que, cuando se acudió a la Procuraduría 44 Judicial II , se hizo en virtud de las visitas especiales, N° 546 y 547 realizados el 08 de septiembre y el 24 de octubre de 2011, por parte de la oficina de veedurías y control disciplinario interno de la Fiscalía General de la Nación en la cual constataron unas irregularidades por morosidad que afectaban la actuación procesal del proceso N° 78078 sin embargo el 08 de mayo del 2012 , la fiscalía delegada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Sincelejo, dictó resolución de segunda instancia, dentro del proceso penal N° 78078 investigación penal por fraude de resolución judicial seguida, contra Jorge Ospina Vergara, en la cual el denunciante y víctima era el demandante, en esa decisión el ente acusador aceptó que existió responsabilidad por parte de la mencionada entidad en la prescripción de la acción penal y en tal sentido compulso copias al consejo seccional de la judicatura para que investigara disciplinariamente, a los fiscales responsables. Es a partir de este pronunciamiento que se determina la responsabilidad subjetiva de la Fiscalía General de la Nación, por consiguiente la obligación legal de reparar pecuniariamente el perjuicio económico causado al demandante y sus familias.

Sostienen que, al permitir el ente acusador la prescripción la acción penal permitió que el municipio de Sincelejo siguiera atropellando el derecho a la vida, vivienda digna de los demandantes, ya que no se tomaron las medidas necesarias



Jurisdicción Contencioso

Administrativa

para proteger la vivienda permitiendo el desbordamiento del arroyo El Pintao con consecuencias muy desastrosas para toda la familia Hernández Ríos, tanto es así que en la actualidad el municipio de Sincelejo destruyó el muro de contención que los accionantes habían construido para proteger su vivienda, quedando esta a expensas del arroyo lo que ha ocasionado que se siga sedimentando, poniendo en peligro de derrumbe a la vivienda, todas estas situaciones generaron perjuicios económicos a los actores.

1.3. FUNDAMENTOS DE DERECHO:

Soportan sus pretensiones, en el artículo 90 de la C.P.

1.4. TRÁMITE PROCESAL:

Dentro del proceso, se surtieron las siguientes etapas:

- Presentación de la demanda: 31 de marzo de 2014 (fol. 23 C. Ppal. 1)
- Auto que inadmite la demanda: 3 de abril del 2014 (fol. 39 a 41 C. Ppal. 1)
- Corrección de la demanda: 24 de abril del 2014 (fol. 48 a 65 C. Ppal. 1)
- Admisión de la demanda: 27 de mayo de 2014 (fol. 1165 a 1167 C. Ppal. 5)
- Contestación de la demanda: 28 de agosto del 2014 (fol.1182 a 1201 C-Ppal. 5)
- Audiencia inicial: 7 de octubre del 2014 (fol.1216 a 1224 C. Ppal. 5)
- Audiencia de pruebas: 19 de noviembre de 2014 (fol.1244 a 1246 C. Ppal. 5)
- Continuación de audiencia de pruebas: 9 de diciembre de 2014 (fol. 1249 a 1250 C. Ppal. 5)
- Alegatos de conclusión parte demandante: 13 de enero del 2015 (fol.1257 a 1258 C. Ppal. 5)



Jurisdicción Contencioso

Administrativa

- Alegatos de conclusión de la Fiscalía General de la Nación: 15 de enero del 2015 (fol. 1259 a 1272)

1.4.1. RESPUESTA A LA DEMANDA:

La entidad demandada, en término oportuno, dio respuesta a la demanda en memorial visible a folios 1182 a 1201, manifestando que no le constan los hechos narrados por la parte actora, pero que se atiene a lo que resulte probado en forma legal dentro del proceso

Afirma como razones de defensa y fundamentos de derecho que, la actuación de la Fiscalía General de la Nación se basó en la Constitución Política y las disposiciones sustanciales y procedimientos vigentes para la época de los hechos y por tal razón no es ajustado de derecho predicar una falla de la administración, un defectuoso funcionamiento de la administración de justicia y mucho menos una falla del servicio.

Afirma que, un ente como la Fiscalía General de la Nación no está legitimada en la causa por pasiva, debido a que los hechos demandados, no aluden para nada a las funciones de la Fiscalía General de la Nación, precisando que no tienen nada que ver con sanciones por multas por construcciones, demoliciones de obras, o suspensión de servicios públicos.

Propuso como medios exceptivos los siguientes:

-Falta o inexistencia de daño antijurídico e inexistencia de nexo causal.

Argumenta que, no existe prueba conducente y útil que demuestre plenamente la responsabilidad estatal en cabeza de la Fiscalía General de la Nación, por no concurrir el elemento nexo de causalidad, entre el supuesto daño causado a los actores y la actividad de la administración que lo causó, pues no se adoptó esta medida de manera irregular y mucho menos contraviniendo las exigencias legales.



Jurisdicción Contencioso

Administrativa

-Inexistencia de falla del servicio por omisión imputable a la Fiscalía General de la Nación y falta de legitimación en la causa por pasiva.

Manifiesta que, aparte de que no hubo prueba conducente y útil que demostrara plenamente la responsabilidad estatal de la Fiscalía General de la Nación, ésta afirma que no es responsable por los hechos de un tercero, en este caso en particular, sería el municipio de Sincelejo.

-Culpa exclusiva de la víctima y hecho de un tercero.

Narra que, no se puede afirmar que estuvo en manos de la Fiscalía General de la Nación, la acción u omisión que ocasionara los perjuicios alegados por la parte actora, se le deben responsabilizar a los verdaderos causantes del daño, sean estos las personas que incumplieron con las normas legales y urbanísticas, ya que afirma que fue su propia decisión la de construir un segundo piso la verdadera causante del daño antijurídico que hoy se le imputa a la Fiscalía General de la Nación.

-Caducidad.

Manifiesta la Fiscalía General de la Nación que, el término de caducidad en este tipo de acciones, generalmente se cuenta a partir del día siguiente a la fecha que tuvo ocurrencia el hecho, la omisión o la operación administrativa que sea la causa del perjuicio. A renglón seguido arguye que la caducidad debe entenderse como un fenómeno jurídico en virtud del cual el administrado pierde la facultad de accionar ante la jurisdicción, por no haber ejercido su derecho en el término que señala la ley.

Afirma que por todo lo expuesto, se deben denegar todas y cada una de las pretensiones y declarar las excepciones enunciadas.



1.4.2. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

-PARTE DEMANDANTE (fol. 1257 a 1258).

Resalta que existió una falla en la recta administración de justicia por parte de la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, tal y como lo expuso en el libelo introductorio. Aduce luego de valorar las pruebas practicadas en la actuación que se debe condenar a la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN como responsable de los perjuicios ocasionados a los demandantes.

-PARTE DEMANDADA (fol. 1259 a 1272).

Afirma que, no se logró demostrar a través del proceso contencioso administrativo responsabilidad patrimonial por parte de la Nación - Fiscalía General de la Nación, por el supuesto defectuoso funcionamiento de la administración de justicia. Aduce insistentemente en que no está llamado a resarcir el daño al que no ha aportado a su contribución, ya que siempre debe existir un daño causado, y el hecho a quien se atribuye debe responder a lo que se denomina nexo causal, por lo que asegura que no se encuentran probados los requisitos para declarar responsable administrativamente a la Fiscalía General de la Nación, ya que no se aportaron los elementos que den certeza de la vulneración de los derechos invocados por el actor, puesto que solo se aprecian supuestos y afirmaciones presentadas por los demandantes que no han sido probadas.

Por último, pide que se denieguen las súplicas de la demanda por cuanto se excluye totalmente la noción de defectuosa administración de justicia, así como error jurisdiccional y en consecuencia el supuesto daño que pudo haber sufrido el actor que no tiene la categoría de antijurídico y afirma no fue presentada en el término establecido y por tal razón operó la caducidad.



2. PROBLEMA JURÍDICO:

Con fundamento en los anteriores planteamientos de las partes, entra la Sala a dilucidar el siguiente problema jurídico:

¿Se encuentran demostrados los elementos de la responsabilidad extracontractual del Estado, en torno a la falla del servicio que los demandantes hacen consistir en el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, por la declaratoria de prescripción de la acción penal iniciada contra el señor Jorge Ospina Vergara, por la presunta comisión de la conducta punible de fraude a resolución judicial?

¿La declaratoria de prescripción de la acción penal por sí misma es generadora de un daño antijurídico cierto susceptible de ser indemnizado a la parte civil constituida dentro del proceso penal?

3. CONSIDERACIONES

3.1. LOS PRESUPUESTOS PROCESALES DE LA ACCIÓN, DE LA DEMANDA Y DE SENTENCIA DE FONDO, JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA:

En este punto y como condición para el pronunciamiento del fondo del proceso, se pronuncia la Corporación sobre los presupuestos procesales atinentes a la acción y a la demanda, la jurisdicción y competencia, la capacidad para comparecer al proceso, las formalidades de la demanda, la capacidad de los litigantes para ser partes, el ejercicio del derecho de postulación, la caducidad y la legitimación en la causa.

La Sala considera que los presupuestos procesales atinentes a la acción y a la demanda se encuentran reunidos, existiendo demanda en forma a la luz del artículo 162 del C.P.A.C.A., razón esta por la que fue admitida en su oportunidad procesal, siendo esta Corporación competente para conocer del proceso en primera instancia,



Jurisdicción Contencioso

Administrativa

en atención a la naturaleza del asunto, la calidad de la entidad pública demandada y el valor de las pretensiones, conforme lo consagra el artículo 152 numeral 6 del C.P.A.C.A.

La legitimación en la causa por activa se encuentra probada, dado que los señores José Oliverio y María Isaura Hernández Ríos acreditaron en debida forma ser los titulares del derecho real de propiedad del predio del cual se alega la afectación en el caso de marras (fol. 62 a 70 C. Ppal. N° 2 y 701 a 705 C. Ppal. N° 1). Asimismo respecto de los demás accionantes se encuentra acreditada la relación de parentesco con José Oliverio y María Isaura Hernández Ríos (fol. 609 a 645 C. Ppal. N° 1).

En torno a la legitimación en la causa por pasiva, se encuentra acreditada, al ser la entidad demandada la que expidió las resoluciones judiciales que dispusieron la preclusión de la investigación a favor del señor Jorge Ospina Vergara, por estar prescrita la conducta de fraude a resolución judicial, supuesto en el cual sustentan los libelistas las pretensiones de la demanda.

Con relación los requisitos de procedibilidad, para la Sala efectivamente sí se agotaron, dado que se llevó a cabo la conciliación extrajudicial correspondiente (fol. 577 a 579 C. Ppal. N° 1).

En lo referente a la presentación oportuna de la demanda, esta Judicatura se tiene a lo resuelto en la audiencia inicial celebrada dentro del presente asunto, el día 7 de octubre del 2014, cuando desató la excepción de caducidad propuesta por el extremo activo, determinándose que en el *sub examine* el medio de control de reparación directa se ejercitó en el término de ley (fol. 1217 C. Ppal. N° 5), sin que existan hechos nuevos o pruebas que soporten una decisión contraria a la ya adoptada.

Teniendo en cuenta lo anterior, es menester que se aborde el fondo de la situación puesta en conocimiento de esta Colegiatura.



*Jurisdicción Contencioso
Administrativa*

3.2. REGIMÉN DE RESPONSABILIDAD

Corresponde al Tribunal determinar el régimen de responsabilidad aplicable al presente caso, dado que nos encontramos frente a un medio de control de reparación directa, en el cual rige plenamente el principio *iura novit curia*³, a fin de establecer los elementos de la responsabilidad en el caso concreto. Para ello, se acudirá en primer lugar a las normas generales que regulan la responsabilidad del Estado y en segundo lugar a la jurisprudencia.

El caso que nos ocupa, se funda en atribuir un actuar irregular del aparato jurisdiccional al haber declarado, la Fiscalía General de la Nación, la prescripción de la acción penal iniciada contra el señor Jorge Ospina Vergara, por la presunta comisión de la conducta punible de fraude a resolución judicial, bajo el radicado No. 78078.

Por lo dicho, el caso bajo análisis de la Sala, claramente se funda en el imputar un proceder anómalo de la administración de justicia, al terminar el proceso penal iniciado por la denuncia interpuesta por el señor José Oliverio Hernández Ríos contra el señor Jorge Arturo Ospina Vergara, con la preclusión de la investigación a favor de este último, por estar prescrita la conducta de fraude a resolución judicial.

Como se puede observar, del relato de los hechos y del anterior resumen de los mismos, claramente estamos en presencia de un presunto daño antijurídico, a consecuencia de la función jurisdiccional, habida cuenta que hubo una hipotética

³ Literalmente, “*el juez conoce el derecho*”, ver http://es.wikipedia.org/wiki/Iura_novit_curia consultada el 26-11-2007. Este principio consiste, en términos generales, en que el juez es el dueño del derecho, por lo que al momento de dictar la sentencia no se encuentra limitado por los argumentos utilizados por las partes, pudiendo acudir para ello a razones jurídicas diferentes. Ver Diccionario Jurídico Espasa. Madrid Editorial Espasa Calpe. 2002, pág. 852 a 861. Para el H. Consejo de Estado: “*En los eventos en que se discute la responsabilidad patrimonial del Estado, se debe dar aplicación al principio iura novit curia, lo cual implica que frente a los hechos alegados y probados por la parte demandante, corresponde al juez definir la norma o el régimen aplicable al caso, potestad del juez que no debe confundirse con la modificación de la causa petendi, esto es, los hechos que se enuncian en la demanda como fundamento de la pretensión.*” CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA, Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO. Sentencia del 29 de agosto de 2007. Radicación número: 15001233100019940469101 (15494).



Jurisdicción Contencioso

Administrativa

transgresión a un contenido obligacional que afectó personas que no tenían el deber jurídico de soportar.

Ahora bien, teniendo claro entonces el régimen que se va a aplicar para el caso que nos ocupa, el que será el de la falla del servicio por el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, los elementos que se deben configurar y que debieron ser probados por la parte demandante (Artículo 177 del C.P.C.⁴ aplicable al proceso contencioso administrativo por remisión expresa del 211 del C.P.A.C.A.) para establecer la responsabilidad extracontractual de las entidades demandadas y el deber de reparar de la misma por la configuración de un daño antijurídico, son los siguientes:

- La falla del servicio.
- El daño.
- Un comportamiento dañino.
- Imputación del comportamiento dañino a una entidad pública.
- Nexos causales entre el comportamiento dañino y el daño.

Se advierte que cada uno de los elementos antes descritos serán analizados a continuación bajo el régimen de la falla del servicio, y al interior del caso concreto. Empero, la falta de configuración de al menos uno de ellos, impedirá el análisis de los demás e impondrá que se despachen desfavorablemente las pretensiones de la demanda, habida cuenta que los elementos de la responsabilidad extracontractual del Estado deben configurarse de manera concurrente, para que se pueda declarar responsable a una entidad pública o a un particular que ejerza funciones públicas.

⁴ Norma que corresponde al actual artículo 167 del C.G.P.



Jurisdicción Contencioso

Administrativa

3.2.1. LA FALLA DEL SERVICIO POR DEFECTUOSO FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA:

A través de la Ley 270 de 1996, el legislador se encargó de desarrollar la ley estatutaria de la administración de justicia, en cuyo artículo 65 determinó los supuestos bajo los cuales el Estado a través de sus agentes judiciales puede generar daños antijurídicos susceptibles de ser resarcidos, veamos:

“ARTÍCULO 65. DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de sus agentes judiciales.

En los términos del inciso anterior el Estado responderá por el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, por el error jurisdiccional y por la privación injusta de la libertad”.

A renglón seguido, la norma en mención desarrolló lo que se entiende por el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, error jurisdiccional y por la privación injusta de la libertad, así:

“ARTÍCULO 66. ERROR JURISDICCIONAL. Es aquel cometido por una autoridad investida de facultad jurisdiccional, en su carácter de tal, en el curso de un proceso, materializado a través de una providencia contraria a la ley.

ARTÍCULO 67. PRESUPUESTOS DEL ERROR JURISDICCIONAL. El error jurisdiccional se sujetará a los siguientes presupuestos:

1. El afectado deberá haber interpuesto los recursos de ley en los eventos previstos en el artículo 70, excepto en los casos de privación de la libertad del imputado cuando ésta se produzca en virtud de una providencia judicial.

2. La providencia contentiva de error deberá estar en firme.

ARTÍCULO 68. PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD. Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado reparación de perjuicios.

ARTÍCULO 69. DEFECTUOSO FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA. Fuera de los casos previstos en los artículos 66 y 68 de esta ley, quien haya sufrido un daño antijurídico, a consecuencia de la función jurisdiccional tendrá derecho a obtener la consiguiente reparación”.



*Jurisdicción Contencioso
Administrativa*

De conformidad con los artículos precitados, se tiene que el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, como hecho generador de un daño antijurídico endilgable al Estado, tiene el carácter de subsidiario, puesto que, de la redacción del precepto contenido en el artículo 69, se logra extraer que los hechos que no se adecuen a las hipótesis de error jurisdiccional o privación injusta de la libertad, y de los cuales se busque desprender responsabilidad por acciones u omisiones de agentes pertenecientes a la Rama Judicial, deberán encajarse en la tipología de defectuoso funcionamiento de la administración de justicia.

Sobre este origen de responsabilidad extracontractual del aparato estatal, se ha pronunciado nuestro Tribunal Rector, de la siguiente manera:

“A la luz de las normas legales transcritas queda claro que el legislador estableció tres hipótesis en alguna de las cuales se deben enmarcar los hechos objeto de la demanda con el fin de que se declare una eventual responsabilidad del Estado por la actividad del Aparato Judicial: i) el error jurisdiccional; ii) la privación injusta de la libertad (cuyos argumentos se hacen extensivos a la retención de bienes muebles e inmuebles y a los casos de limitación de derechos distintos a la libertad física como el de la libre circulación); y, iii) el defectuoso funcionamiento de la Administración de Justicia. Las dos primeras son hipótesis principales, mientras que la tercera es de carácter residual, lo cual quiere decir que si los hechos del caso no se enmarcan en el error jurisdiccional o en la privación injusta de la libertad, le corresponderá al juez determinar si a la luz de los hechos puestos en su conocimiento se configura un defectuoso funcionamiento de la Administración de Justicia.”⁵

Por su parte la Sala Tercera de Decisión Oral de este Tribunal Administrativo, en providencia calendada 17 de julio de 2014, decantó sucintamente las particularidades del título de imputación a que se viene haciendo alusión, bajo estas líneas:

*“En torno a la distinción de este título de imputación con el error jurisdiccional, el Consejo de Estado, apropiando alguna doctrina extranjera, ha estimado que mientras el error jurisdiccional se concreta a las falencias en las que se incurre en providencias judiciales por medio de las cuales se interpreta, se declara o se hace efectivo el derecho subjetivo, **la operatividad del título por defectuoso funcionamiento de la***

⁵ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN A. Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ. Sentencia del 30 de enero de 2013. Radicación número: 66001-23-31-000-2000-00876-01(23769). Actor: LUIS ENRIQUE OCHOA ESTRADA. Demandado: NACIÓN - RAMA JUDICIAL.



*Jurisdicción Contencioso
Administrativa*

administración de justicia, tiene lugar en aquellos supuestos en los cuales la responsabilidad se deriva de las demás actuaciones judiciales necesarias para adelantar el proceso o la ejecución de las providencias de los jueces.

En ese sentido, dentro del concepto defectuoso funcionamiento de la administración de justicia están comprendidas todas las acciones u omisiones constitutivas de falla, que se presenten con ocasión del ejercicio de la función de impartir justicia, por tanto puede provenir no sólo de los funcionarios, sino también de los particulares investidos de facultades jurisdiccionales, de los empleados judiciales, de los agentes y de los auxiliares judiciales. Así también lo previó el legislador colombiano cuando dispuso que, fuera de los casos de error jurisdiccional y privación injusta de la libertad, “quien haya sufrido un daño antijurídico, a consecuencia de la función jurisdiccional tendrá derecho a obtener la consiguiente reparación.”⁶ (Negrilla por fuera del original)

Desarrollados los anteriores conceptos, menester es en el presente asunto, determinar si como consecuencia de la prescripción de la acción penal reseñada en el caso de marras, se produjo la transgresión de un contenido obligacional en cabeza del demandado, que afectó a personas que no tenían el deber jurídico de soportarlo.

De acuerdo a los hechos narrados, la parte actora hace consistir la falla del servicio judicial, en la dilación de la investigación iniciada por el delito de fraude a resolución judicial contra el señor Jorge Ospina Vergara, lo que a la postre culminó con la declaratoria de preclusión de dicha investigación a favor del procesado, por estar prescrita la conducta en mención. Tal determinación la adoptó la Fiscalía Quince Delegada ante los Jueces Penales del Circuito, mediante proveído calendado 24 de mayo de 2011⁷, el cual fue confirmado por la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Sincelejo a través de la resolución fechada 8

⁶ TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE SALA TERCERA DE DECISIÓN ORAL diecisiete (17) de julio de dos mil catorce (2014) Magistrado Ponente: Dr. MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ Expediente: 70 001 23 33 000 2012 00131 00 Actor: ROSARIO DEL SOCORRO GUTIÉRREZ MADRID Y OTROS Demandado: NACIÓN - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN Medio de Control: REPARACIÓN DIRECTA [http://www.ramajudicial.gov.co:8080/csj/downloads/UserFiles/File/SUCRE/TRIBUNAL%20ADMINISTRATIVO%20DE%20SUCRE/BOLETINES%20-%20DECISIONES%20SALA%20-%20DR_%20MO%20C3%84SES%20RODR%20C3%84GUEZ%20P%20C3%89REZ/ROSARIO%20GUTI%20C3%89RREZ%20Y%20OTROS%20Vs_%20FISCALIA%202012-00131%20defectuoso%20funcionamiento%20de%20la%20administraci%C3%B3n%20de%20justicia\(1\).pdf](http://www.ramajudicial.gov.co:8080/csj/downloads/UserFiles/File/SUCRE/TRIBUNAL%20ADMINISTRATIVO%20DE%20SUCRE/BOLETINES%20-%20DECISIONES%20SALA%20-%20DR_%20MO%20C3%84SES%20RODR%20C3%84GUEZ%20P%20C3%89REZ/ROSARIO%20GUTI%20C3%89RREZ%20Y%20OTROS%20Vs_%20FISCALIA%202012-00131%20defectuoso%20funcionamiento%20de%20la%20administraci%C3%B3n%20de%20justicia(1).pdf) consultado el 16/02/2015 a las 11:33 a.m.

⁷ Obrante a folios 272 a 299 y 480 a 507 del cuaderno principal N° 2.



*Jurisdicción Contencioso
Administrativa*

de mayo de 2012⁸.

Por lo antes dicho, es menester analizar si efectivamente se encuentra demostrada la anomalía endilgada a la actuación desplegada por la Fiscalía General de la Nación, específicamente si las varias veces aludida investigación penal, se realizó con el cumplimiento pleno de los parámetros y principios que informan el procedimiento penal establecido legalmente para la época de los hechos.

Pues bien, tenemos a folios 91 a 92 del cuaderno principal N° 1 y a folios 37 a 38 del cuaderno principal N° 2, que mediante escrito suscrito por el hoy demandante –José Oliverio Hernández Ríos-, dirigido al Fiscal Seccional Delegado ante los Jueces Penales del Circuito de Sincelejo, se denunció por la posible comisión de los delitos de fraude a resolución judicial, fraude procesal y prevaricato por acción a los señores Jaime Merlano Fernández y a José Ricardo Fierro Manrique.

La anterior denuncia se fundamentaba en los siguientes supuestos de hecho:

“ ...

PRIMERO: Que el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Sincelejo, mediante Sentencia de Segunda Instancia del 25 de JULIO del 2002 ordenó al Alcalde Municipal de Sincelejo adelantar en el término de ocho meses unas obras encaminadas a evitar el socavamiento y derrumbe de la edificación de mi propiedad, ubicada en la Calle 32 N° 10 A 03 Puente Pintao.

SEGUNDO: Que han transcurrido hasta el día de hoy, más de cinco años y el Señor Alcalde Municipal de Sincelejo no ha dado cumplimiento a lo ordenado por el Juzgado al resolver la Apelación de la Acción de Tutela interpuesta en el Juzgado Cuarto Civil Municipal de Sincelejo y Radicada con el N° 2.002-0015-00.

TERCERO: Que dicho funcionario al contestar la Acción de Tutela N° 2007-000515-00 interpuesta en contra de la ALCALDIA MUNICIPAL DE SINCELEJO Y LA OFICINA DE PLANEACION MUNICIPAL, afirmó bajo la gravedad de Juramento que su Entidad adelantó las obras ordenadas por el JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO, sin ser ello cierto, con lo cual obtuvo que el JUZGADO QUINTO MUNICIPAL DE SINCELEJO, proferiera Sentencia denegatoria del amparo constitucional solicitado por el suscrito. Lo cual constituye un engaño a

⁸ Folios 509 a 532 del cuaderno principal N° 2.



*Jurisdicción Contencioso
Administrativa*

la Justicia y a un Juez de la República, quien profirió Sentencia engañado de manera dolosa por la Administración Municipal de Sincelejo quien nunca ha cumplido con lo ordenado.

CUARTO: Que tal comportamiento constituye el delito de FRAUDE PROCESAL, previsto en Nuestro Código de Procedimiento Penal, por lo cual exijo que sea investigado y sancionado conforme lo ordena la Ley.

...”

Con motivo de la anterior denuncia, la Unidad de Delitos contra la Administración Pública y contra la eficaz y recta impartición de justicia, a través de la Fiscalía Quince Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Sincelejo, dispuso abrir instrucción penal contra el señor Jorge Ospina Vergara, quien fungía como alcalde municipal de Sincelejo para la fecha de julio 25 de 2002 (fol. 215 a 216 del cuaderno principal N° 2).

Asimismo, huelga recalcar que dentro del sumario mencionado, el señor José Oliverio Hernández Ríos a través de apoderado judicial, presentó demanda de constitución de parte civil (fol. 336 a 337 del cuaderno principal N° 2), la cual fue admitida mediante proveído calendado 24 de mayo del 2010 (fol. 339 a 340 *ibídem*).

Para efectos de verificar la posible comisión de la conducta punible denunciada por el señor José Oliverio Hernández Ríos se expidió por parte de la Fiscalía Quince Seccional Unidad de Delitos contra la Administración Pública, la orden de trabajo N° 0215, de la cual da cuenta el informe N° 0668 del 15 de junio del 2010, en donde se relacionan los actos llevados a cabo dentro de la referenciada investigación (fol. 671 a 678 del cuaderno de pruebas N° 4).

Posteriormente y una vez cerrado el ciclo instructivo, la Fiscalía Quince Delegada ante los Jueces Penales del Circuito, mediante resolución del 24 de mayo del 2011 (fol. 272 a 299 y 480 a 507 del cuaderno principal N° 2), decidió precluir la

⁹ Es menester destacar que la orden de tutela presuntamente desatendida, y en la cual basó el libelista la denuncia penal interpuesta, se encuentra contenida en el fallo de fecha 25 de julio del año 2002, emanado del Juzgado Segundo Civil del Circuito de Sincelejo, el cual reposa en la actuación a folios 458 a 469 del cuaderno principal N° 2.



*Jurisdicción Contencioso
Administrativa*

investigación a favor del señor Jorge Ospina Vergara, por estar prescrita la conducta de fraude a resolución judicial, con base en los siguientes argumentos:

“ ...

Bajo el presupuesto de la procedencia de resolución de Preclusión de la Investigación por cuanto ésta “no puede proseguirse” por encontrarse prescrita, se tratará seguidamente lo relativo a la prescripción.

La denuncia que dio origen a esta investigación se encuentra a folios 1 y 2 del cuaderno principal, suscrita por el señor JOSÉ OLIVERIO HERNÁNDEZ RÍOS, con membrete del doctor EDUARDO SANTOS PINEDA.- Presenta en la parte superior derecha la fecha en que fue recibida por la oficina de Asignaciones (14-11-07); es decir, 14 de Noviembre de 2007, y entregada al Despacho el día 30 de Noviembre de 2007, según fecha de recibido por la Asistente en la parte inferior izquierda de la carátula originada en la Oficina de Asignaciones.

Dicha denuncia está formulada contra JAIME MERLANO FERNANDEZ (alcalde del Municipio de Sincelejo, periodo 2004 - 2007) Y JOSÉ RICARDO FIERRO MANRIQUE (Juez 5° Civil Municipal), por los delitos de “Fraude a Resolución Judicial, Fraude Procesal y Prevaricato por Acción”.

...

Pues bien, partiendo de la base que el delito de Fraude a Resolución judicial es de ejecución instantánea como lo ha establecido la doctrina, el término de prescripción de la acción “comenzará a correr desde el día de su consumación.”

Antes de contabilizar este término debemos hacer la operación aritmética que corresponde aplicar como término máximo de prescripción al procesado, en cumplimiento de lo dispuesto por el antepenúltimo inciso del art. 83 del C.P., así:

La pena máxima del delito de Fraude a resolución Judicial para el año 2002 estaba establecida en 4 años; es decir, 48 meses; le aumentamos 16 meses que corresponde a la 1/3 parte de 48, por estar frente a un servidor público, nos da un total de 64 meses.- Es decir, 5 años y 4 meses.

Si tomamos como día de su consumación la fecha en que fue recibido por la administración municipal el pluricitado oficio N° 1082-A de fecha Julio 26 de 2002, que contenía la orden del Juez al señor alcalde de la época (JORGE OSPINA VERGARA): debemos decir, que para el día 14 de Noviembre de 2007, fecha en que es presentada la denuncia por el señor JOSÉ OLIVERIO HERNÁNDEZ RÍOS, a la Fiscalía, faltaban 12 días para prescribir la acción penal; es decir, que cuando la misma llega físicamente asignada al Despacho a mi cargo (Noviembre 30 de 2007) ya estaba prescrita.



Jurisdicción Contencioso

Administrativa

Pero, si tomamos como día de su consumación, la fecha final de los 8 meses que contemplaba la orden de tutela, debemos decir entonces que el término de prescripción comenzaba o comenzó a correr 8 meses después de recibir dicho oficio, (Marzo 26 de 2003), plazo dado por el Juez para que le diera cumplimiento a la orden impartida a favor del denunciante, señor HERNÁNDEZ RÍOS. Y si de allí (Marzo 26/03) comenzamos a contar los 64 meses antes indicados, tendríamos que la acción penal prescribió el 26 de Julio de 2008; es decir, 8 meses después de formulada la denuncia; lo que indica que la Fiscalía solo contaba con 8 meses para instruir, cerrar y calificar la investigación; pero, como vimos, brillaron por su ausencia los soportes que respaldaran los hechos denunciados como era, si quiera copia del fallo del tutela y del oficio que daba la orden al alcalde, que nos permitiera iniciar una instrucción de entrada; pero la ausencia de estos documentos nos obligó a abrir una Indagación preliminar que nos permitiera inicialmente, identificar al alcalde responsable de darle cumplimiento a la orden del juez. Así como allegar copia del expediente de tutela, situación que no fue posible obtenerla en corto plazo, pues todavía el 12 de agosto de 2008 estaba este Despacho ordenando requerir al juzgado 4 civil municipal para que le diera respuesta a nuestro oficio # 1202 de diciembre 6 de 2007 “en el sentido de que nos envíen copia del expediente de tutela # 2002-0015-00 incluida la decisión de segunda instancia.”

...

(...) respetando los valiosos análisis efectuados por la defensa y Ministerio Público, es que la obligación del señor alcalde OSPINO VERGARA, para dar cumplimiento a la orden impartida por el señor Juez en segunda instancia dentro del radicado 2002-00015-01 oscilaba entre el 26 de julio de 2002 (fecha en que es recibida en su dependencia la notificación del oficio pluricitado) y el 26 de marzo de 2003 (fecha en que vencían los 8 meses otorgados dentro del fallo para dar cumplimiento al mismo); por tanto, el conteo de los 64 meses para el estudio de la prescripción debe darse a partir del 27 de marzo de 2003; lo que indica que la acción penal quedó prescrita el día 26 de Julio de 2008.

Si la denuncia fue presentada el 14 de noviembre de 2007, a la Fiscalía solo le quedaban 8 meses para adelantar la investigación, que como se dijo, hubo que iniciar con indagación preliminar, por la carencia absoluta de elementos materiales probatorios que soportaran la misma y nos facilitaran poder disponer de una apertura de instrucción contra persona determinada.

Por tanto, cualquiera de las tesis que se acoja, resulta evidente que la acción penal se encuentra prescrita lo que hace obligatorio disponer la preclusión de la investigación por cuanto en estas circunstancias la acción penal no puede proseguirse; y esa prescripción no es, bajo ningún punto de vista atribuible al Despacho, como claramente lo arrojan las foliaturas.” (Resaltado de la Sala)

La anterior decisión fue objeto de recurso de apelación por parte del apoderado de la parte civil y de la representante del Ministerio Público dentro del proceso penal en mención, los cuales fueron resueltos por la Fiscalía Delegada ante el Tribunal



*Jurisdicción Contencioso
Administrativa*

Superior de Sincelejo, por intermedio de providencia adiada 8 de mayo del 2012, confirmando la decisión primigenia, amparándose en las siguientes disquisiciones:

“El delito de Fraude a Resolución Judicial, hoy denominado por la ley 1453 de 2011, como Fraude a Resolución Judicial o Administrativa de Policía, en el artículo 454 original de la ley 599 de 2000, dispone pena privativa de la libertad de uno (1) a cuatro (4) años de prisión para el que por cualquier medio se sustraiga al cumplimiento de obligación impuesta en resolución judicial, habida cuenta que con tal conducta se quebrante la ejecución de lo decidido por los funcionarios judiciales.

De la estructura típica se observa que la conducta disvaliosa consiste en la evasión del cumplimiento de una orden judicial, sea mediante la utilización de la fuerza, la intimidación, el engaño o la simple desobediencia; por tal razón, no queda duda que la modalidad de la conducta allí descrita se constituye en una omisión, es decir, en el no cumplimiento de un mandato.

Desde esa perspectiva y para los efectos de determinar los fenómenos prescriptivos, la regla que hay que aplicar es la consagrada en el inciso 4° del artículo 84 de la ley 599 de 2000, que enseña "que las conductas punibles omisivas el termino de prescripción comenzara a correr cuando haya cesado el deber de actuar".-

En el caso en estudio se observa que la orden dirigida a quien para la época se desempeñaba como Alcalde del Municipio de Sincelejo, el hoy procesado Jorge Ospina Vergara, y consistente en proceder a realizar las gestiones administrativas y presupuestales o de crédito necesario para el estudio y la realización de las obras que permitieran conjurar el socavamiento y derrumbe del área de confluencia de aguas existentes entre la base del puente y la esquina de la casa de los señores JOASE OLIVEROS HERNÁNDEZ RÍOS y MARLA ISAURA HERNÁNDEZ RÍOS, ubicadas en las orillas del arroyo el pintao, se debían realizar en un término de ocho meses, al final del cual se debía tener terminada la obra, se dio a conocer mediante el oficio No. 1082-A de fecha julio 26 de 2002, según documento firmado por la señora secretaria del Juzgado Segundo Civil del Circuito de Sincelejo, señora TERESA PATERNINA DE TINOCO.-

En consecuencia, el término allí concedido, que comenzaba a contabilizarse desde la fecha de recibo Julio 30 de 2002, así aparece registrado, comprendía el de ocho meses para cumplir con el mandato judicial, el cual vino a fenecer el día 30 de Marzo de 2003, fecha en la cual, según las voces del inciso 4° del artículo 84 citado, cesaba el deber de actuar, es decir, era la fecha límite para determinar la configuración del acto omisivo descrito en el tipo penal en referencia.-

...

Determinado que el día 30 de Marzo de 2003 cesó el deber de actuar frente al mandato judicial, es a partir de esa fecha que debe comenzarse a contabilizar el término prescriptivo; el cual para el delito de marras resulta claro que es el máximo fijado en el tipo penal, es decir, cuatro (4) años, pero que como quiera que resulta de una conducta cometida por servidores públicos, el termino de prescripción, según las voces del original artículo 83 de la ley 599 de



*Jurisdicción Contencioso
Administrativa*

2000, aplicable por el principio de favorabilidad, y no el término de ampliación consagrado en el artículo 14 de la ley 1474 de 2011, se aumentará en una tercera parte, con lo que en el caso en particular el término a tener en cuenta para efectos de prescripción, se ubicará en los cuatro (4) años que tiene como máximo el tipo penal, aumentado en dieciséis (16) meses, que corresponde al incremento de la prescripción por tratarse de servidor público, dando un total de sesenta y cuatro (64) meses, superior a los cinco años mínimos de prescripción.

Pero atendiendo a la regla jurisprudencial que en los casos donde la conducta sea desarrollada por servidor público la prescripción de la acción penal no podrá ocurrir en un tiempo no menor de seis (6) años y ocho (8) meses, como ha así lo ha venido reconociendo en reiterada jurisprudencia la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Penal.

Así las cosas, desde que cesó el deber de actuar, hasta transcurrido los seis (6) años y ocho (8) meses, el término de prescripción, para el delito de Fraude a Resolución Judicial que aquí se investiga, se consolidó el día 30 de Noviembre de 2009; fecha en la cual no se había interrumpido el término de la prescripción penal, pues solo la calificación se vino a producir el día 24 de Mayo de 2011, es decir, cuando la acción penal ya estaba prescrita; por tal motivo, razón le asiste al a quo al declarar la existencia del término prescriptivo de la acción penal; y para que sin hacer pronunciamiento acerca de la responsabilidad penal del procesado, procediera a precluir la instrucción, por cuanto evidentemente aquella no podía continuar.-

...

En ese punto ha de señalarse que desde cuando cesó el deber de actuar, es decir, 30 de marzo de 2003, aun cuando el delito de marras no requiere querrela para su iniciación, el ciudadano JOSÉ OLIVERIO HERNÁNDEZ RÍOS solo viene a presentar la denuncia el día 14 de noviembre de 2007, es decir, cuando ya habían transcurrido cuatro (4) años, siete meses (7) y catorce (14) días, término en el que corría la prescripción de la acción penal, pero que en todo caso, se encontraba habilitada la acción penal, la cual vino a prescribir en manos de la Fiscalía, pues prescrita la acción esta, el 30 de Noviembre de 2009, la denuncia se había presentado dos (2) años, dieciseises (16) días antes, tiempo suficiente para adelantar en debida y legal forma una diligente instrucción penal (18 meses); razón por la cual se deberán compulsar las copias para que en sede disciplinaria, se investigue la conducta de los fiscales instructores en este asunto". (Subrayado y negrilla por fuera del texto original)

Así entonces, del análisis individual y conjunto del anterior acervo probatorio, se infiere razonablemente la ocurrencia del hecho ya descrito (preclusión de la investigación penal), y además, su valoración negativa, es decir, el elemento subjetivo de la falla, el desvalor en la conducta desplegada por los agentes judiciales encargados de instruir la mencionada investigación, quienes desatendieron los contenidos



Jurisdicción Contencioso

Administrativa

obligacionales consagrados en la Ley 600 de 2000, Código de Procedimiento Penal vigente para la data de la circunstancia fáctica del *sub examine*.

En efecto, dicha normativa en sus artículos 9, 15, 39 y 329 consagraba:

“ARTÍCULO 9o. ACTUACION PROCESAL. La actuación procesal se desarrollará teniendo en cuenta el respeto a los derechos fundamentales de los sujetos procesales y la necesidad de lograr la eficacia de la administración de justicia en los términos de este código.

...

ARTÍCULO 15. CELERIDAD Y EFICIENCIA. Toda actuación se surtirá pronta y cumplidamente sin dilaciones injustificadas. Los términos procesales son perentorios y de estricto cumplimiento.

El funcionario judicial está en la obligación de corregir los actos irregulares, respetando siempre los derechos y garantías de los sujetos procesales.

...

ARTÍCULO 39. PRECLUSION DE LA INVESTIGACION Y CESACION DE PROCEDIMIENTO. En cualquier momento de la investigación en que aparezca demostrado que la conducta no ha existido, o que el sindicado no la ha cometido, o que es atípica, o que está demostrada una causal excluyente de responsabilidad, o que la actuación no podía iniciarse o no puede proseguirse, el Fiscal General de la Nación o su delegado declarará precluida la investigación penal mediante providencia interlocutoria.

El juez, considerando las mismas causales, declarará la cesación de procedimiento cuando se verifiquen durante la etapa del juicio.

...

ARTÍCULO 329. TERMINO PARA LA INSTRUCCION. El funcionario judicial que haya dirigido o realizado la investigación previa, si fuere competente, será el mismo que abra y adelante la instrucción, salvo que se haya dispuesto su desplazamiento.

El término de instrucción no podrá exceder de dieciocho (18) meses, contados a partir de la fecha de su iniciación.

No obstante, si se tratare de tres (3) o más sindicados o delitos, el término máximo será de veinticuatro (24) meses.

Vencido el término de instrucción, la única actuación procedente será la calificación”.
(Negrilla de la Sala)



Jurisdicción Contencioso

Administrativa

Conforme a las preceptivas antedichas, si bien es cierto que se establece como condición para dar por terminada la investigación penal, la configuración de una causal que impida proseguir con la misma, como por ejemplo, determinarse que se encuentra prescrita la acción punitiva, tal eventualidad no puede erigirse como la regla general de cesación del deber que le asiste al Estado de perseguir y establecer si existe responsabilidad o no respecto de determinado hecho u omisión que ponga en peligro o vulnere un bien jurídicamente tutelado, puesto que, conforme a los principios que informan las actuaciones judiciales penales, específicamente la eficacia, celeridad y eficiencia de la administración de justicia, las actuaciones adelantadas deben ir encaminadas a proferir decisiones de fondo, respecto de la culpabilidad o no del sujeto que se vea abocado a una investigación penal, esto con el fin último de brindar el mayor índice de seguridad jurídica, en la medida de lo posible.

La anterior tesis se refuerza con lo ordenado por el Fiscal Delegado ante el Tribunal Superior de Sincelejo, en la precitada providencia del 8 de mayo del 2012, en donde luego de realizar el análisis en torno a la prescripción de la investigación penal del caso objeto de estudio, dispuso la compulsión de copias para que en sede disciplinaria se investigara la conducta de los fiscales instructores, comoquiera que la investigación *vino a prescribir en manos de la Fiscalía, pues prescrita la acción esta, el 30 de Noviembre de 2009, la denuncia se había presentado dos (2) años, dieciseises (16) días antes, tiempo suficiente para adelantar en debida y legal forma una diligente instrucción penal (18 meses).*

Por todo lo previamente explicado, ha de entenderse superado el requisito o elemento de la responsabilidad de la falla del servicio por defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, por lo que se pasa a analizar los demás requisitos de la responsabilidad, es decir, el daño, el hecho dañino, la imputación del hecho dañino a la entidad pública demandada, el nexo causal entre el hecho y el daño.



*Jurisdicción Contencioso
Administrativa*

3.2.2. EL DAÑO:

Se entiende el daño, a la luz de la definición del profesor Fernando Hinestroza como *“la lesión del derecho ajeno consistente en el quebranto económico recibido en la merma patrimonial sufrida por la víctima, a la vez que en el padecimiento moral que lo acongoja”*¹⁰.

En el asunto debatido, si bien no existe plena claridad en la demanda, se logra extraer que la parte actora hace consistir el daño en que, producto de la declaratoria de preclusión de la investigación por prescripción de la acción penal a favor del señor Jorge Ospina Vergara, quien para la fecha de los hechos ostentaba la calidad de alcalde del municipio de Sincelejo, no pudo obtener la reparación de los perjuicios causados como consecuencia de la supuesta desatención de una orden de tutela por parte de este último.

En este punto de los considerandos, se considera imperioso detenerse en una de las características principales del concepto de daño, la cual es la certidumbre del mismo, para lo cual se trae a colación lo desarrollado por este Tribunal Contencioso en la ya citada providencia de fecha 17 de julio de 2014¹¹, así:

“A propósito, en reiterada jurisprudencia el Consejo de Estado sostiene que para que un daño sea indemnizable debe ser cierto, es decir, que no trate de meras posibilidades, o de una simple especulación; además, debe ser particular y que recaiga sobre una situación, o de acto o de hecho, que esté protegida jurídicamente. En cuanto la certeza del daño, ha dicho:

“Ha sido criterio de la Corporación, que el daño para su reparación, además de antijurídico debe ser cierto, sin que haya lugar a reparar aquellos que constituyan una mera hipótesis o sean eventuales, y en todo caso los que no pudieren llegarse a comprobar fehacientemente en el proceso respectivo.”

“En este sentido, la doctrina nacional igualmente ha esbozado su criterio según el cual, el perjuicio eventual no otorga derecho a indemnización, y que eventualidad y certeza se convierten en términos opuestos desde un punto de vista lógico, pues el perjuicio es calificado de eventual -

¹⁰ Definición citada por HENAO PÉREZ, Juan Carlos, El Daño, Editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá 1998, pág. 84.

¹¹ Ídem nota al pie (6).



*Jurisdicción Contencioso
Administrativa*

sin dar derecho a indemnización -, o de cierto – con lo cual surge entonces la posibilidad de derecho a indemnización -, pero jamás puede recibir las dos calificaciones”.

Y, más recientemente, con apoyo en la doctrina nacional, en cuanto la certeza del “daño” como condición sine qua non para estudiar la responsabilidad del Estado, esa misma Corporación sostuvo:

“La doctrina nacional en la materia, también considera la certeza del daño como un elemento esencial en el análisis de la responsabilidad. Así para el profesor Javier Tamayo Jaramillo:

“El daño es cierto cuando a los ojos del juez aparece con evidencia que la acción lesiva del agente ha producido o producirá una disminución patrimonial o moral en el demandante.

“En cambio, el perjuicio es hipotético, y en consecuencia no hay lugar a reparación, cuando la víctima sólo tenía una posibilidad remota de obtener un beneficio en caso de que no se hubiera producido la acción dañina. Sólo, pues, cuando la demanda no está basada en una simple hipótesis o expectativa, la víctima tendrá derecho a reparación”.

En el mismo sentido, para el tratadista Enrique Gil Botero, la certeza del daño:

“Permite comprobar que el daño sea pasado, presente o futuro, y habrá certeza cuando sea evidente que produjo o producirá una disminución o lesión material o inmaterial en el patrimonio de quien lo sufre, es decir, no podrá ser resarcido lo eventual, hipotético o meramente posible.

“El daño futuro virtual indemnizable funciona sobre la categoría de la probabilidad como instancia de conocimiento y de ocurrencia en el desarrollo normal de la conducta y del comportamiento social e individual, por oposición a lo posible”.

Por su parte, para Juan Carlos Henao:

“Para que el perjuicio se considere existente es indiferente que sea pasado o futuro, pues el problema será siempre el mismo: probar la certeza del perjuicio, bien sea demostrando que efectivamente ya se produjo, bien sea probando que, como lo enuncia una fórmula bastante utilizada en derecho colombiano, el perjuicio ‘aparezca como la prolongación cierta y directa de un estado de cosas actual’. Pero debemos subrayar que no debe confundirse perjuicio futuro con perjuicio eventual e hipotético, puesto que aquél es indemnizable, siempre y cuando se demuestre oportunamente que se realizará”.

En consonancia con lo anterior, el máximo tribunal de la justicia de lo contencioso administrativo, determinó que por el hecho de que una investigación penal culmine con la declaratoria de preclusión por haber operado la prescripción de la acción



Jurisdicción Contencioso

Administrativa

penal, tal circunstancia no se erige como suficiente para tener por cierto el acaecimiento de un daño antijurídico:

*“Descendiendo los anteriores argumentos al caso concreto se tiene que si bien el señor Ochoa Estrada se constituyó como parte civil en el proceso penal adelantado por el presunto delito de Fraude a Resolución Judicial contra el señor Meyers Cook y que dicha instrucción terminó con la declaratoria de preclusión de la investigación por prescripción de la acción penal, **el daño alegado por el señor Ochoa Estrada no puede tenerse por cierto** en atención a dos razones fundamentales:*

i) La primera razón tiene que ver con el carácter incierto de las resultas del proceso penal surtido contra el señor Meyers Cook, en efecto, el proceso adelantado por la Fiscalía General de la Nación se encontraba en la etapa anterior a la calificación del sumario, es decir en la instrucción del sumario, faltándole todavía la calificación y el juicio . Es decir, el señor Meyers Cook bien hubiere podido argumentar y probar la existencia de una causal eximente de responsabilidad, de atipicidad de la conducta, de ausencia de autoría o de inexistencia del hecho punible, argumentos que debía resolver el juez en la debida oportunidad, o aún se habría podido configurar una nulidad procesal por alguna de las causales consagradas en el Código de Procedimiento Penal; en este sentido el carácter incierto del daño se deriva de la posible ocurrencia de los áleas normales de toda actuación judicial y particularmente de los procesos penales.

Lo dicho surge con más claridad al analizar las diferentes etapas en el proceso penal consagrado en el Decreto-ley 2700 de 1991. En efecto, la calificación del sumario se daba cuando se hubiere recaudado “la prueba necesaria para calificar o estar vencido el término de instrucción, sin que fuese requisito de procedencia la prueba exhaustiva de la totalidad de las circunstancias debatidas en el proceso” , más aún, en la etapa de juzgamiento “el expediente quedaba a disposición de las partes para preparar la audiencia pública, solicitar la declaratoria de nulidades producidas en la fase anterior y pedir pruebas (art. 446)” . A la luz de lo anterior, resulta evidente que las partes en el proceso penal todavía disponían de diversos mecanismos procesales para evitar una sentencia condenatoria.

Al respecto es muy dicente la interpretación que hacen los profesores Bernal Cuéllar y Montealegre Lynett de la etapa de investigación, aun cuando tienen como finalidad la explicación del sistema acusatorio mixto establecido en el ordenamiento jurídico colombiano:

“La etapa de indagación previa tiene una naturaleza y finalidad específica. Es una fase contingente que debe utilizarse tan solo cuando surjan dudas acerca de los presupuestos para iniciar formalmente un proceso. Su finalidad es la de recoger el acervo probatorio mínimo para determinar la existencia de una probable conducta punible. En consecuencia, no puede adelantarse toda la controversia probatoria en esta etapa, porque se estaría invirtiendo el esquema formal del proceso y se incumpliría la finalidad para la cual ha sido diseñada la actuación preliminar”.

...



*Jurisdicción Contencioso
Administrativa*

Por lo anterior, no es posible considerar que la condena por el delito de Fraude a Resolución Judicial al señor Meyers Cook hubiere sido cierta o segura de no haber ocurrido la prescripción de la acción penal; al contrario, tal seguridad sólo se puede derivar de la firmeza del veredicto definitivo en el proceso penal; tampoco es dable afirmar el carácter inexorable de la condena civil en el marco del mencionado proceso penal, puesto que ella se encontraba supedita a lo que hubiere encontrado probado en el expediente el juez de la causa.

*i) La segunda razón tiene que ver con el hecho de que el señor Ochoa Estrada tuvo la posibilidad real de acudir a la jurisdicción civil para que, al cabo de un proceso ordinario de responsabilidad extrancontractual, se ordenara el pago de los perjuicios derivados de la conducta del señor Meyers Cook. Es decir, **el solo hecho de la prescripción de la acción penal por Fraude a Resolución Judicial respecto del señor Meyers Cook no le da carácter de cierto al daño, puesto que en casos como el presente, se requiere que el particular haya perdido 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.***

Lo anterior se debe analizar, además, a la luz de lo que ha afirmado la Sala en torno a la pérdida de oportunidad, para cuya configuración en cada caso concreto ha establecido tres criterios:

“(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.

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



*Jurisdicción Contencioso
Administrativa*

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 tenían —;

(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’”.

En el caso sub lite no se cumplen los criterios 2 y 3, puesto que, por un lado, el señor Ochoa Estrada no se encontraba en una situación de imposibilidad definitiva de obtener el resarcimiento esperado y, por el otro, tampoco se puede afirmar, como lo hizo el demandante, que en este caso el delito hubiere estado “servido en bandeja” y que la sola Resolución de Apertura de Investigación ya era requisito suficiente para que se encontrara probado el punible que se investigaba por su denuncia.

En este orden de ideas, la Sala encuentra que el daño alegado por la parte actora no ostenta el carácter de cierto y, por lo tanto, revocará la sentencia de primera instancia.”¹² (Negrilla y subrayado de la Sala)

Así entonces, vertiendo las anteriores elucubraciones al caso concreto, para este cuerpo colegiado dentro de la presente actuación no se encuentra acreditado que el daño alegado por el extremo activo ostente la calidad de ser cierto, ya que como bien se indicó en líneas superiores, por la simple circunstancia de haberse resuelto dentro del proceso penal iniciado por la denuncia interpuesta por el señor Hernández Ríos, la preclusión de la investigación por prescripción de la acción penal; no adquiere la calidad de evidente tal elemento de la responsabilidad estatal, ya que, nada le aseguraba al señor José Oliverio Hernández Ríos que el investigado por la presunta comisión de la conducta punible de fraude a resolución judicial fuese a resultar condenado dentro de dicho sumario; aunado al hecho que, para la configuración de la responsabilidad civil por la comisión de tal tipo penal, el juez de la causa debía realizar la valoración de los elementos probatorios oportunamente allegados al plenario, para efectos de determinar si había lugar o no a desprender responsabilidad civil extracontractual a favor del hoy accionante. Es decir, dentro de la actuación penal hacían falta una serie de actuaciones propias de tales ritos procesales, por lo

¹² Ídem nota al pie (5).



*Jurisdicción Contencioso
Administrativa*

que, no puede desprenderse prácticamente de la génesis de tal procedimiento – investigación formal y su correspondiente calificación-, las resultas de dicho proceso, y por tanto, mucho menos si del mismo se lograría desprender de manera efectiva una condena por perjuicios en favor de la parte civil.

Sumado a lo expuesto, dadas las particularidades de la causa que convoca la atención de esta Magistratura, el señor Hernández Ríos y su grupo familiar contaban con un mecanismo jurídico –Acción de Reparación Directa- para buscar la declaratoria efectiva de la responsabilidad del Estado, específicamente del municipio de Sincelejo, por el aparente desbordamiento del arroyo “El Pintao” y la presunta negligencia u omisión de dicho ente territorial en proteger su vivienda ubicada al margen de tal arroyo, no obstante, desde el momento en que se configuró la omisión por parte del burgomaestre del ente territorial aludido -30 de marzo de 2003-, el actor no hizo uso de tal instrumento judicial consagrado en el derogado Código Contencioso Administrativo¹³, dejando fenecer por su propia desidia la oportunidad de acudir ante esta jurisdicción, en aras de perseguir la declaratoria de responsabilidad extracontractual del Estado y la potencial condena de perjuicios a su favor.

En otras palabras, en la situación fáctica de los integrantes de la parte actora no existía una talanquera que les impidiera, a partir del 30 de marzo de 2003, acudir ante el juez contencioso para que este luego de analizar los elementos de la responsabilidad, emitiera juicio respecto del presunto actuar omisivo del municipio de Sincelejo, en lo que respecta a la contratación y ejecución de las obras tendientes a mitigar los efectos del desbordamiento del arroyo “El Pintao”, no obstante se reitera, los actores no ejercieron su derecho a demandar amparados en tal circunstancia

¹³ “ARTÍCULO 136. Caducidad de las acciones.

...

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

Sin embargo, el término de caducidad de la acción de reparación directa derivada del delito de desaparición forzada, se contará a partir de la fecha en que aparezca la víctima o en su defecto desde la ejecutoria del fallo definitivo adoptado en el proceso penal, sin perjuicio de que tal acción pueda intentarse desde el momento en que ocurrieron los hechos que dieron lugar a la desaparición”.



Jurisdicción Contencioso

Administrativa

fáctica, por lo que, no pueden refugiándose en su propio desinterés, alegar ahora en sede judicial la pérdida de una oportunidad de obtener el resarcimiento deprecado.

A guisa de conclusión, en el *sub examine* no se encuentra demostrada la calidad de certidumbre del daño alegado, en consecuencia no se encuentra configurado el segundo de los elementos de la responsabilidad extracontractual del Estado, no siendo menester por tanto, ahondar en el estudio de los demás requisitos de la responsabilidad, por lo que inexorablemente deviene la negación de las súplicas de la demanda, de conformidad con las disquisiciones de este proveído.

4. CON RELACIÓN A LA CONDENA EN COSTAS:

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del C.P.A.C.A. en concordancia con los artículos 365 y 366 del C.G.P. y por la no prosperidad de las pretensiones de la demanda, se condenará a la parte demandante al pago de las costas correspondientes a esta instancia. En firme la presente providencia, realícese la liquidación correspondiente, conforme lo regulado en las normas ya citadas.

5. CONCLUSIÓN

Por todo lo discurrido, la Sala concluye en la afirmación que en el presente caso no se ha demostrado la existencia de un **DAÑO ANTIJURÍDICO**, por cuanto no se ha probado por ninguno de los medios legales, el carácter cierto del mismo. Es claro para la Corporación que en el presente caso no se tiene por superado el elemento del daño, hecho este que releva al juzgador de analizar los demás elementos de la responsabilidad extracontractual del Estado. Por lo tanto, habrán de denegarse las pretensiones de la demanda.

DECISIÓN: En mérito de lo expuesto, la **SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE,**



Jurisdicción Contencioso

Administrativa

ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

FALLA:

PRIMERO: DENIÉGUENSE las pretensiones de la demanda, de acuerdo a los argumentos expuestos en precedencia.

SEGUNDO: CONDÉNESE en costas de primera instancia a la parte demandante. En firme la presente providencia, **REALÍCESE** la liquidación correspondiente.

TERCERO: En firme este fallo, **DEVUÉLVASE** a los demandantes el excedente, si lo hubiere, de las sumas consignadas para gastos del proceso, **CANCÉLESE** su radicación y **ARCHÍVESE** el expediente, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI.

Se deja constancia que el proyecto de esta providencia fue discutido y aprobado por la Sala en sesión de la fecha, según consta en el acta N° 22.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

LUIS CARLOS ALZATE RÍOS

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ