



**CONSEJO DE ESTADO**  
**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**  
**SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN B**

Consejero ponente: Ramiro Pazos Guerrero

Bogotá D. C., 2 de marzo de 2020

Radicación número: 050012331000201000446-01 (47.144)  
Actor: Carlos Alberto Murillo Portela  
Demandado: Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 20 de febrero de 2013, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

**SÍNTESIS DEL CASO**

El día 12 de diciembre de 1999, aproximadamente a las 17:30, al interior del Estadio Atanasio Girardot de Medellín, con ocasión del cotejo que para esa fecha se realizaba entre los oncenos de Nacional y Medellín, la capitán Liliana Ramírez Tabima pasó revista a los diferentes palcos

ubicados en dicho escenario deportivo y encontró a los agentes de policía Carlos Alberto Murillo Portela Guimar y Antonio Alvarado Angarita sentados y distraídos por el desarrollo del partido. La capitán Ramírez preguntó al oficial comandante de los agentes en mención, sobre la misión que estos se encontrarían desarrollando, y le fue comunicado que desde hace una hora y media los policiales estaban evadidos. La capitán Ramírez Tabina denunció a los agentes de policía ante el juez de reparto de Instrucción Penal Militar, Policía Metropolitana de Valle de Aburrá, querrela que originó la apertura de investigación por el presunto delito de abandono del puesto. El 29 de septiembre de 2003, la Fiscalía 143 Penal Militar declaró la cesación de procedimiento a favor de los uniformados.

## **ANTECEDENTES**

### **A. Lo que se demanda**

1. Mediante escrito presentado el 8 de junio de 2007 ante los Jueces Administrativos de Antioquia (fls. 1-12, c.1), en ejercicio de la acción de reparación directa establecida en el artículo 86 del C.C.A., el señor Carlos Alberto Murillo Portela, por intermedio de apoderado, presentó demanda contra la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional, por los daños ocasionados con la denuncia e investigación penal adelantada en su contra, por el delito de abandono del puesto de trabajo. Lo anterior, a fin de que se realicen las siguientes declaraciones y condenas:

***PRIMERO:*** Declarar administrativa y extracontractualmente AL MINISTERIO DE DEFENSA – POLICIA NACIONAL, RESPONSABLE de los perjuicios causados al demandante por la denuncia e investigación penal rendida en su contra por la Capitán LILIANA RAMIREZ TABIMA por el delito de

*“Abandono del puesto de trabajo”, hecho ocurrido el 12 de noviembre de 1999.*

**SEGUNDO:** *Como consecuencia de tal denuncia, el señor MURILLO PORTELA CARLOS ALBERTO se vió (sic) incurso en un proceso disciplinario que duró desde el 13 de noviembre 1999 hasta el 26 de mayo de 2005, fecha en la cual La Fiscalía Segunda ante el Tribunal Superior Militar confirmó la cesación del procedimiento a favor del señor agente de Policía CARLOS ALBERTO MURILLO PORTELA.*

**TERCERO:** *Debido al proceso disciplinario que tuvo que enfrentar el demandante durante seis (6) años, le impidió acceder a cursos de ascensos y aumentos en su escala salarial.*

**CUARTO:** *Se solicita por tanto, se condene al MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL a pagar a favor del señor Agente de Policía CARLOS ALBERTO MURILLO PORTELA los perjuicios materiales sufridos por causa de la denuncia penal instaurada en su contra por la Capitana Liliana Ramírez Tabima, los cuales se estiman en la suma de CINCUENTA MILLONES DE PESOS M.L. (\$50.000.000)*

**QUINTO:** *Se solicita igualmente se condene al MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL a pagar al señor Agente de Policía CARLOS ALBERTO MURILLO PORTELA, los perjuicios morales que sufrió por haber tenido que enfrentar un proceso penal porque su Hoja Vida fue "manchada", porque su dignidad fue afectada con este proceso, los cuales se estiman en cien (100) salarios mínimos legales. Sin embargo, corresponde a la discrecionalidad suya, señor Juez, la tasación de estos perjuicios, según la prueba recopilada en el proceso.*

*(...)*

- 1.1. Como fundamento de sus pretensiones, el actor sostuvo que (i) para el año 1999, en ejercicio de sus funciones como agente de la Policía Nacional, en la ciudad de Medellín, le correspondió prestar vigilancia en el estadio Atanasio Girardot en forma conjunta con la inspección para controlar el espacio público, realizar requisas e

incautaciones de licor y prohibir ventas al interior del estadio, con motivo del cotejo que para esa fecha se realizaba entre los equipos Nacional y Medellín; *(ii)* luego de ser hallado junto con otro compañero al interior del escenario deportivo por la Capitana Liliana Ramírez, se solicitó información al Oficial Comandante sobre la misión que desarrollaban al igual que el lugar de facción; *(iii)* la respuesta fue que debíamos controlar los vendedores ambulantes en la parte exterior del estadio; *(iv)* el 13 de diciembre de 1999, la Capitana Ramírez denunció estos hechos ante la justicia castrense, donde se adelantó investigación por el presunto delito de “abandono de puesto”; *(v)* en providencia del 26 de febrero de 2003, la Juez de Instrucción Penal Militar resolvió abstenerse de dictar medida de aseguramiento en su contra y ordenó remitir la actuación sumarial a la Fiscalía Penal Militar, quien luego de analizar el expediente, el 29 de septiembre de 2003, declaró el cese del procedimiento a su favor, por haberse probado la atipicidad de la conducta endilgada; *(vi)* la actuación fue remitida en consulta al Fiscal Penal Militar Delegado ante el Tribunal Superior Militar, quien mediante providencia del 3 de junio de 2005 resolvió confirmar la cesación de procedimiento y declaró la prescripción de la acción penal; *(vii)* en virtud de la investigación adelantada en su contra, que duró 6 años, se produjo una falla del servicio que le impidió acceder a ascensos, incrementos de salario y, por ende, mejor promedio al momento de acceder a la pensión de jubilación

## **B. Trámite Procesal**

2. En el término para presentar **contestación de la demanda** (fls. 60 - 64, c.1), el apoderado de la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional, se opuso a las pretensiones formuladas por el actor, con fundamento en: *(i)* la obligación que tiene la Policía Nacional de investigar a sus miembros cuando tenga conocimiento por parte de la comunidad o alguno de sus integrantes de las irregularidades en

actuaciones inherentes al servicio; *(ii)* la forma en que sucedieron los hechos y como se adelantó la investigación, estuvo acorde con los lineamientos legales y el debido proceso; *(iii)* la investigación de que fue objeto el actor no puede tildarse de injusta, pues estuvo fundada en un informe emitido por su superior; *(iv)* no es viable reconocer perjuicios por las actuaciones investigativas que la policía lleva a cabo frente a sus efectivos.

3. En el término para presentar **alegatos de conclusión**, la entidad **accionada** (fls. 125 - 126, c.1) reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda. El **demandante** (fls. 126-130, c.1) insistió en los innumerables perjuicios padecidos a raíz del proceso penal adelantado en su contra y, particularmente, dentro de su carrera en la Policía Nacional, la desmejora económica por la pérdida de oportunidad de ascender a un mejor cargo dentro de la institución o de hacer cursos de especialización. Igualmente, alegó que el abuso de poder desplegado por su jefe inmediato, se concretó en un daño a la vida de relación al interior de su núcleo familiar.

4. Mediante auto del 8 de marzo de 2010, el Juzgado Veintiuno Administrativo del Circuito, remitió el expediente por competencia al Tribunal Administrativo de Antioquia.

5. Surtido el trámite de rigor, el 20 de febrero de 2013, el Tribunal Administrativo de Antioquia profirió **sentencia de primera instancia** (fls. 139 -150, c.p), mediante la cual negó las pretensiones de la demanda, con fundamento en: *(i)* falta de acreditación de los fundamentos fácticos que originaron la presente acción; *(ii)* insuficiente material probatorio aportado en copia simple para evidenciar el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia u otra causa similar que pudiera derivar las consecuencias jurídicas pretendidas por el actor; *(iii)* ausencia de prueba sobre la vinculación del actor a la Policía Nacional, calidad, funciones y lugar de facción; *(iv)* carencia de prueba de la oportunidad para acceder a cursos de capacitación o posibilidad de ascenso en la carrera policial; *(v)* incumplimiento de las exigencias contenidas en el artículo 254 del C.P.C., de los documentos aportados por el demandante; *(vi)* falta de acreditación del daño antijurídico, el hecho imputable a la administración y el nexo causal entre estos.

6. Contra la referida sentencia de primera instancia, **el demandante** interpuso y sustentó oportunamente **recurso de apelación** (fls. 152-154, c.p.). Las razones de su inconformidad fueron las siguientes: *(i)* La calidad que ostentaba como miembro activo de la Policía Nacional fue reconocida por la misma entidad en la contestación de la demanda cuando aceptó que prestó los servicios en calidad de Agente; *(ii)* la investigación penal adelantada fue un hecho aceptado plenamente por la accionada; *(iii)* los testimonios rendidos en el proceso acreditaron los perjuicios moral y psicológicos sufridos.

7. Una vez concedido el recurso de apelación, mediante auto del 16 de agosto de 2013, la Sección Tercera del Consejo de Estado corrió traslado a las partes y al Ministerio Público por el término de 10 días para que presentaran **alegatos de conclusión** y solicitud de traslado para concepto (fl. 162, c.p.).

7.1. El **demandante** (fls. 163-164, c.p) reiteró los argumentos señalados en instancias anteriores e insistió en el perjuicio sufrido, consistente en la pérdida de oportunidad de aspirar a una promoción dentro de la Policía Nacional y el abuso de poder por parte de la accionada, al haber adelantado un proceso penal sin agotar la etapa del proceso disciplinario.

7.2. La entidad **accionada** (fls. 165-169, c.p) alegó la falta de legitimación en la causa por pasiva, toda vez que la Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar es una dependencia interna del Ministerio de Defensa Nacional con autonomía administrativa y financiera, por lo que en razón de sus decisiones no puede ser demandada la Policía Nacional e insistió en la ausencia de prueba para la configuración de los elementos constitutivos de la responsabilidad estatal en el caso concreto.

7.3. El Ministerio Público guardó silencio (fl. 117, c.p.).

## CONSIDERACIONES

8. Previo a resolver el fondo del asunto, la Sala verificará la concurrencia de los presupuestos procesales de la acción, tales como: la jurisdicción

y competencia para conocer y fallar el *sub lite*; la procedencia del medio escogido; la legitimación en la causa de las partes y la caducidad de la acción.

## A. Presupuestos procesales

9. Con relación a la jurisdicción, competencia y acción procedente, se observa que el Consejo de Estado es el órgano facultado para zanjar el presente litigio, al mismo tiempo que es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del Tribunal Administrativo de Antioquia proferida el 20 de febrero de 2013, conforme lo dispone la Ley 270 de 1996, que desarrolla la responsabilidad del Estado por los daños ocasionados con la actividad de administrar justicia<sup>1</sup>.

9.1. De otro lado, el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo<sup>2</sup> prescribe que la acción de reparación directa constituye la **vía procesal conducente** para buscar la responsabilidad civil extracontractual de la demandada como consecuencia de los hechos descritos en la demanda.

---

<sup>1</sup> Según lo dispuso el Consejo de Estado en el auto de Sala Plena de lo Contencioso Administrativo el 9 de septiembre de 2008, M.P. Mauricio Fajardo Gómez, rad. 11001-03-26-000-2008-00009-00, en los asuntos donde se debate la responsabilidad del Estado en su función de administrar justicia, conocerán de dichos asuntos en primera instancia los tribunales de lo contencioso administrativo, y en segunda instancia el Consejo de Estado, sin consideración a la cuantía.

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

10. En cuanto a la **legitimación en la causa, por activa**, se encuentra demostrada en cabeza del señor Carlos Alberto Murillo Portela, toda vez que fue el afectado directo con la investigación adelantada en su contra por la Justicia Penal Militar.

10.1. Por el extremo **pasivo**, se encuentra legitimada la Nación – Ministerio de Defensa Nacional, teniendo en cuenta que el daño alegado proviene de una investigación en cabeza de la Justicia Penal Militar.

11. En lo que concierne a la **caducidad**, es sabido que en la acción de reparación directa, de acuerdo con lo previsto en el art. 136 n.º 8 del C.C.A., se dispone del término de dos (2) años para demandar, contados a partir del día siguiente al de la ocurrencia del hecho lesivo.

11.1. En el presente caso, teniendo en cuenta que el daño alegado proviene de la investigación penal, cuya sentencia proferida por la Fiscalía Segunda ante el Tribunal Superior Militar fue notificada por edicto el 3 de junio de 2005, el cual se desfijó el 10 de junio de 2005, y que la presente demanda se instauró el 8 de junio de 2007 (fl. 12, c.1), esto es, antes de cumplirse el plazo bienal establecido para tal efecto por el legislador, se evidencia que la demanda fue interpuesta de manera oportuna.

## **B. Presupuestos de valoración probatoria**

12. En relación con algunos medios de prueba que se relacionarán en el acápite de hechos probados, la Sala los valorará conforme a las siguientes consideraciones: primero, se referirá a los testimonios de familiares del señor Murillo Portela; segundo, las providencias penales proferidas por la Justicia Penal Militar; y tercero, las pruebas documentales aportadas en copias simples.

12.1. **Testimonios de familiares del señor Murillo Portela.** A propósito de la prueba testimonial que será valorada, es de anotar que, en la medida en que los declarantes son parte del núcleo familiar del señor Carlos Alberto Murillo Portela y, adicionalmente, algunos de ellos eran miembros activos de la Policía Nacional, sus testimonios pueden calificarse de sospechosos en los términos del artículo 217 del Código

de Procedimiento Civil<sup>3</sup>, no obstante, ello no implica que sus versiones deban ser descartadas sino, más bien, que la valoración de su credibilidad sea reforzada<sup>4</sup>.

**12.2. Providencias proferidas por la Justicia Penal Militar.** En lo concerniente a las providencias proferidas en el marco del proceso penal iniciado por la Justicia Penal Militar, la Sala anota que, tal como se ha considerado en otras ocasiones<sup>5</sup>, éstas permiten concluir sobre la existencia de los hechos y sobre la ausencia de responsabilidad penal del señor Murillo Portela, pero ni las decisiones ni sus consideraciones tienen fuerza vinculante en materia de responsabilidad administrativa por cuanto la esencia de este proceso consiste en determinar que el hecho causante de un daño antijurídico, pueda ser imputado a la entidad estatal demandada.

**12.3. Validez de los documentos aportados en copia simple.** Con la demanda se allegaron algunos documentos en copia simple. Con

---

<sup>3</sup> “Son sospechosos para declarar las personas que en concepto del juez, se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencias, sentimientos o interés con relación a las partes o a sus apoderados, antecedentes personales u otras causas”.

<sup>4</sup> Sobre este tema ver: Corte Constitucional, sentencia C-622 de 1998, M.P. Fabio Morón Díaz. En el mismo sentido la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil en sentencia de 19 de septiembre de 2001, exp. 6424, sostuvo: “...el recelo o la severidad con que el fallador debe examinar esos testimonios, no lo habilita para desconocer a priori, su valor intrínseco, debido a que ‘la sospecha no descalifica de antemano...sino que simplemente se mira con cierta aprehensión a la hora de auscultar qué tanto crédito merece. Por suerte que bien puede ser que a pesar de la sospecha haya modo de atribuirle credibilidad a testigo semejante, si es que, primeramente, su relato carece de mayores objeciones dentro de un análisis crítico de la prueba, y, después -acaso lo más prominente- halla respaldo en el conjunto probatorio”.

<sup>5</sup> Sección Tercera, sentencia del 10 de febrero de 2000, rad. 11.582, M.P. María Elena Giraldo Gómez.

relación a estos documentos, la Sala se sujetará al criterio de unificación recientemente establecido por la Sala Plena de la Sección Tercera de esta Corporación<sup>6</sup> en cuanto al valor probatorio de las copias simples, según el cual es preciso tener en cuenta que las partes en el curso procesal aceptaron que los documentos fueran tenidos en cuenta y coincidieron en la valoración de los mismos en forma recíproca, pues no fueron tachados ni al momento de arrimarlos al plenario probatorio ni durante el transcurso del debate procesal; por tanto, dichas copias tienen vocación de ser valoradas a fin de determinar el grado de convicción del juez frente a los hechos materia de litigio, pues de lo contrario se desconocería el principio constitucional de prevalencia de lo sustancial sobre lo formal y el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia.

12.3.1. Por lo anterior, en aras de darle aplicación al criterio de unificación jurisprudencial en lo concerniente a las copias simples, la Sala considera que los sujetos procesales han conocido el contenido de los documentos allegados, lo que permite tenerlos en cuenta para fallar el fondo del sub lite.

## **B. Hechos de relevancia probatoria**

13. De conformidad con las pruebas válidas, oportunamente allegadas al proceso y, susceptibles de valoración, se encuentran demostrados los siguientes hechos relevantes.

13.1. Se conoce que el día 12 de diciembre de 1999, aproximadamente a las 17: 30, al interior del Estadio Atanasio Girardot de Medellín, con ocasión del cotejo que para esa fecha se realizaba entre los oncenos de Nacional y Medellín, la capitán Liliana Ramírez Tabima, pasó revista a los diferentes palcos ubicados en dicho escenario deportivo y encontró a los agentes de policía Carlos Alberto Murillo Portela Guimar y Antonio Alvarado Angarita sentados y distraídos por el desarrollo del partido. La oficial preguntó a la inspección al mando de los agentes de policía por el

---

<sup>6</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera –en pleno–, sentencia del 28 de agosto del 2013, rad. 25.022, M.P. Enrique Gil Botero.

lugar de facción al que estaban asignados en servicio y le informaron que estos debían encontrarse en la parte exterior del estadio, en el control de vendedores ambulantes y expendio de alcohol. La capitán Ramírez preguntó al oficial comandante de los agentes en mención, sobre la misión que estos se encontrarían desarrollando, y le fue comunicado que desde hace una hora y treinta minutos los policiales se habían evadido del lugar asignado y los estaban buscando. La capitán Ramírez Tabina denunció a los oficiales ante el juez de reparto de Instrucción Penal Militar, Policía Metropolitana de Valle de Aburrá, querrela que originó la apertura de investigación por el presunto delito de abandono del puesto —fls. 28 a 36, c.1, decisión de la Fiscalía 143 Penal Militar—.

13.2. El 29 de septiembre de 2003, la Fiscalía 143 Penal Militar declaró la *“ces[ación] de procedimiento a favor del señor agente Carlos Alberto Murillo Portela (...) por el presunto delito de abandono del puesto, por aparecer comprobada la atipicidad de la conducta”*. Se consignó en la providencia, lo siguiente:

*A los señores agentes GUIMAR ANTONIO ALVARADO ANGARITA y CARLOS ALBERTO MURILLO PORTELA se le endilga la presunta comisión del punible de ABANDONO DEL PUESTO (...) al ser sorprendidos por la Capitán LILIANA RAMÍREZ TABINA, evadidos del lugar de facción, que les correspondía en la parte externa del Estadio Atanasio Girardot en el control de los vendedores ambulantes, hallándose en el interior del Centro Deportivo en las cabinas de radio; hechos acaecidos, para el día doce (12) de diciembre de mil novecientos noventa y nueve (1999), a las diecisiete y treinta horas (17: 30) aproximadamente cuando se celebraba el partido entre los equipos de fútbol Atlético Nacional y Atlético Medellín.*

*La conducta asumida por los policiales procesados en estas sumarias, en criterio del Despacho es atípica (...) pues si bien es cierto (...) los institucionales se ausentaron ante un acontecimiento que requería su presencia, su conducta no se logra adecuar a los elementos subjetivos y objetivos contenidos en el tipo penal de Abandono del Puesto, que se agota estructuralmente, cuando el miembro de la Fuerza Pública destinado al cumplimiento de un servicio específico, vinculado con el cumplimiento de la misión señalada por la*

*Constitución, la Ley y los Reglamentos, para las entidades militares o policiales (en el evento examinado para la Policía Nacional) en un límite temporal y espacial definido posterior a recibir el servicio, puesto o lugar de facción, lo abandona por cualquier tiempo, sin una causa que justifique, la ausencia al cumplimiento de tal actividad; o se duerme, se embriaga o se pone bajo los efectos de sustancias psicotrópicas o estupefacientes, en el ejercicio del acto funcional encomendado.*

*Y no se logra estructurar el injusto típico militar-policial endilgado a los procesados, porque exigiendo el tipo penal en comento, que para el agotamiento del elemento subjetivo abandonar, contenido en el verbo rector encuadrado en el tipo, debe existir en el accionar del sujeto pasivo de la acción penal, una intención definitiva y plena, de dejar las funciones propias y deberes encomendados en el cargo, o puesto designado como lugar de servicio o facción; es decir, que en la psiquis del sujeto activo de la conducta, debe imperar, el deseo inequívoco de incumplir con las obligaciones impuestas en la orden de servicio; materializados estos actos dejatorios de la misión Constitucional y Legal que le corresponde cumplir, con hechos que demuestren esa voluntariedad inequívoca de dejar de prestar la actividad encomendada, y que se dirijan expresamente a lesionar el interés jurídico tutelado en la conducta prohibitiva, sancionada por el Legislador en su calidad de Constituyente Delegado; interés que no es otro que el Servicio Policial; que como se puede observar, en el análisis que se hace al material probatorio inserto en el plexo investigativo, nos permite inferir, que tal intención, jamás estuvo en la mente de los hoy procesados, y que estos, en vez de renunciar a la prestación del servicio asignado, como bien jurídicamente tutelado, en el tipo penal en cuestión, por el contrario cumplían un acto intrínseco al ejercicio del mismo, tal como se desprende del testimonio del señor LUIS CARLOS VÉLEZ BUSTAMANTE (...) quien ratifica lo expresado por los uniformados en sus indagatorias de que lo buscaban en el lugar donde se encontraba la Oficial informante para que esta persona los acompañara a realizar un procedimiento propio de sus funciones oficiales; evidenciándose en tal sentido, la ausencia del elemento volitivo: “abandonar el servicio”, que exige para su estructuración típica, el injusto penal castrense de Abandono del Puesto; pues sin profundizar más en este*

*aspecto nunca existió el dolo, requerido para la estructuración del punible mencionado, habida cuenta, que los procesados, a más de no abandonar el servicio, se encontraban en un acto propio del mismo (...)*

*[E]n criterio de esta Agencia Fiscal (...) el comportamiento de los procesados es atípico, por faltar el dolo como elemento subjetivo, exigido por el tipo penal para su configuración típica y por no darse una lesión al bien jurídico tutelado con la conducta punible, teniendo en cuenta, que la tipicidad como categoría del derecho Penal es un juicio adecuado del comportamiento asumido por el sujeto pasivo al reato descrito en el tipo, donde no debe faltar ninguno de los elementos que lo integra - como sucede en el caso examinado-, y en tal sentido, debe el Funcionario Judicial concluir, que se da la atipicidad del comportamiento objeto de investigación, ya sea en forma absoluta o relativa, lo que acontece en el evento examinado; situación más que suficiente, para que el Despacho, Cese Procedimiento a favor de los señores Agentes GUIMAR ANTONIO ALVARADO ANGARITA y CARLOS ALBERTO MURILLO PORTELA –fls. 28 a 36, c.1, decisión de la Fiscalía 143 Penal Militar—.*

13.3. El 26 de mayo de 2005, la Fiscalía Segunda ante el Tribunal Superior Militar confirmó, en grado jurisdiccional de consulta, la cesación de procedimiento proferida por la Fiscalía 143 Penal Militar ante el Juzgado de Policía Metropolitana del Valle de Aburrá a favor de los agentes Carlos Alberto Murillo Portela y otro, vinculados por la presunta comisión del delito de “abandono del puesto” con la aclaración de que la acción penal habría prescrito cuando el proceso se encontraba en estas instancias. El 10 de junio de 2005, se desfijó el edicto n.º 769 de notificación de la sentencia de primera instancia (fls. 45, c.1, grado jurisdiccional de consulta y constancia del secretario de las fiscalías penales militares ante el Tribunal Superior Militar).

13.4. Carlos Alberto Murillo Portela —sin precisión sobre la fecha— elevó petición ante el Departamento de Talento Humano de la Policía Metropolitana de Valle de Aburrá, a fin de que se le suministrara la documentación contentiva de convocatorias a cursos de ascenso dentro de la Policía Nacional, desde el mes de diciembre de 1999 hasta mayo de 2005 —fls. 46 a 47, derecho de petición de información—.

13.5. El 27 de diciembre de 2006, el Jefe del Área de Talento Humano MEVAL le informó al agente Carlos Alberto Murillo Portela que las convocatorias para los cursos de formación personal y profesional realizados desde 1999 al año 2005 reposaban en el archivo de la unidad y lo exhortaron a acercarse al Comando MEVAL para que accediera a la información requerida. Igualmente, se le informó que los *“ascensos para el personal de agentes como es de conocimiento general, aún no están inmersos en ningún reglamento, Directiva, Resolución, entre otras”* –fl. 48, c.1, oficio n.º 6187 AREHU MEVAL–.

13.6. El 29 de enero de 2007, el agente Carlos Alberto Murillo Portela elevó otra petición al Jefe del Área de Talento Humano MEVAL, a fin de que se certificara si a raíz de la investigación penal, fue privado de la oportunidad de acceder a cursos de formación personal y profesional ofrecidos por la Policía Nacional y de qué beneficios habría podido ser tributario de haber podido acceder a dichos cursos, pues su deseo era ingresar al nivel ejecutivo de la Policía y continuar la carrera en un escalafón superior –fl. 49, c.1, derecho de petición de interés particular–.

13.7. El 22 de mayo de 2007, la policía informó que se encontraba vigentes para dicho año la convocatoria dirigida, entre otros, al “Grupo Metropolitana del Valle de Aburrá”, de cursos de piloto (oficiales) y operadores de equipos de inteligencia aérea –fl. 50, c.1–. Entre los requisitos que debían cumplir los aspirantes aparecían: (i) no tener antecedentes disciplinarios ni investigaciones penales pendientes; (ii) no tener sanciones disciplinarias, multas o amonestaciones en los últimos tres años, ni investigaciones por derechos humanos por parte de la Procuraduría General de la Nación; (iii) no estar pendiente a llamamiento a curso de ascenso; (iv) inscripción apoyada por el comandante directo con su concepto sobre el desempeño policial; (v) grado: a) oficial en el grado de subintendente mínimo dos años de antigüedad y teniente máximo dos años de antigüedad; b) nivel ejecutivo: patrullero mínimo cuatro años de antigüedad –fl. 52, proceso de selección para el V curso de operadores de equipos de inteligencia aérea. Lineamientos generales para la selección de aspirantes–.

### **C. Problema jurídico**

14. Corresponde a la Sala determinar, en primer lugar, si el demandante, quien hacía parte de la fuerza pública en calidad de agente de la Policía Nacional, sufrió un daño antijurídico consistente en la pérdida de oportunidad de obtener un ascenso en el escalafón policial como consecuencia de la investigación penal adelantada en su contra por la Justicia Penal Militar; y en segundo lugar, si ese daño es imputable a la Nación – Ministerio de Defensa Nacional a título de falla en el servicio.

14.1. Previamente, la Sala deberá analizar si, como se indicó por la entidad demandada, la parte actora cambió la causa *petendi* de la demanda en los alegatos de conclusión y en el recurso de apelación.

#### **D. Análisis de la Sala**

##### **15. La causa *petendi* de la demanda**

15.1. En los alegatos de conclusión —de primera y segunda instancia— y en el recurso de apelación, el señor Carlos Alberto Murillo Portella modificó la causa *petendi* de la demanda en tanto se mencionaron otros daños que no fueron señalados inicialmente, a saber, el daño a la vida de relación, daño emergente —pago de abogado— y el hecho de que, con base en el testimonio recogido de Rigoberto Mendoza, no se perdió ascensos sino cursos especiales que se hacían dentro de la institución como lo son dactiloscopia, automotores, telemática y guías caninos.

15.2. La Sala advierte que, contrario a lo afirmado por el señor Murillo, lo cierto es que desde el libelo introductorio indicó, como sustento fáctico de sus pretensiones, que como consecuencia de la denuncia e investigación penal se le “*impidió acceder a cursos de ascensos y aumentos en su escala salarial*”, daño que no tiene relación directa con las afirmaciones sostenidas en los alegatos y recurso de apelación.

15.3. En efecto, en el acápite de hechos de la demanda interpuesta se lee:

*PRIMERO: Declarar administrativa y extracontractualmente al MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL, RESPONSABLE de los perjuicios causados al demandante*

*por la denuncia e investigación penal rendida en su contra por la Capitán LILIANA RAMÍREZ TABINA por el delito de “Abandono del puesto de trabajo”, hecho ocurrido el 12 de noviembre de 1999.*

*SEGUNDO: Como consecuencia de tal denuncia, el señor MURILLO PORTELA CARLOS ALBERTO se vio incurso en un proceso disciplinario que duró desde el 13 de noviembre de 1999 hasta el 26 de mayo de 2005, fecha en la cual la Fiscalía Segunda ante el Tribunal Superior Militar confirmó la cesación del procedimiento a favor del señor agente de la policía CARLOS ALBERTO MURILLO PORTELA.*

*TERCERO: Debido al proceso disciplinario que tuvo que enfrentar el demandante durante seis (6) años, le impidió acceder a cursos de ascensos y aumentos en la escala salarial (...).*

15.4. Así las cosas, es cierto que, con los alegatos —de primera y segunda instancia— y el recurso de apelación, se invocó, como fundamento de las pretensiones de la demanda, un daño y un hecho nuevo, lo que constituye una modificación de la causa *petendi*, la cual no se encuentra permitida por el ordenamiento jurídico en la medida que el Código de Procedimiento Civil<sup>7</sup> prevé que el recurso de apelación tiene por objeto que el superior estudie la cuestión decidida en la providencia de primera instancia y en esas condiciones la confirme, la revoque o la reforme “y no que los demandantes adicionen o modifiquen sus demandas y de esa forma sorprender a su contraparte con nuevos cargos respecto de los cuales no tuvo oportunidad de defenderse ni solicitar o aportar pruebas”<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> “El recurso de apelación tiene por objeto que el superior estudie la cuestión decidida en la providencia de primer grado y la revoque o reforme”.

<sup>8</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 26 de febrero de 2014, rad. 27.639, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

## **16. El daño y su imputación**

16.1. De acuerdo con la doctrina, el daño es el primer elemento de la responsabilidad. De ahí que *“el punto de partida de toda consideración en la materia, tanto teórica como empírica, [es] la enunciación, el establecimiento y la determinación de aquél, ante cuya falta resulta inoficiosa cualquier acción indemnizatoria”*<sup>9</sup>.

16.2. En el caso concreto, el demandante sostiene que sufrió un daño porque la investigación penal le impidió *“acceder a cursos de ascenso y aumentos en su escala salarial”*.

16.3. Antes de resolver el problema jurídico planteado sobre la pérdida de oportunidad, la Sala considera pertinente analizar el tratamiento que se le ha dado a la pérdida de oportunidad en la jurisprudencia administrativa colombiana (17), para luego pronunciarse de fondo sobre este tipo de daño convocado en el presente litigio (18).

## **17. La pérdida de la oportunidad en la jurisprudencia administrativa colombiana**

17.1. La jurisprudencia administrativa en Colombia ha oscilado entre diferentes posturas que admiten tanto la aplicación de una teoría jurídica de la pérdida de oportunidad en el derecho de daños —posición mayoritaria—, como aquellas que la rechazan de plano y, por ende, niegan la posibilidad de que ante supuestos donde se presentan oportunidades cercenadas surja el débito resarcitorio —posición minoritaria—.

17.2. Al margen de esta tensión, la Sección Tercera del Consejo de

---

<sup>9</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 4 de abril de 1968, citada por Juan Carlos Henao, *El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, p. 36.

Estado<sup>10</sup> se ha inclinado a declarar, después de haber abandonado la teoría del “todo o nada”, la responsabilidad del Estado cuando existe una probabilidad, seria, cierta y razonable de que el daño no se hubiera concretado de haberse presentado la conducta correspondiente.

17.3. Si bien la posición mayoritaria —que se puede denominar moderada— acepta que no se debe exonerar de responsabilidad al agente —probablemente dañoso— por las dificultades de orden probatorio, también está de acuerdo en que no se le puede imponer el débito resarcitorio de la totalidad del daño que pudo muy probablemente no haber causado; no obstante, subsisten serias diferencias respecto a la manera como se debe solventar el problema causal, lo que repercute directamente en la tasación de la indemnización.

17.4. Así las cosas, existen dos variantes jurisprudenciales que han sido adoptadas por la posición mayoritaria de la Sección Tercera del Consejo de Estado y replicadas por la doctrina<sup>11</sup>: la primera, con fundamento en la causalidad probabilística<sup>12</sup>, en la que se afirma que la responsabilidad

---

<sup>10</sup> Aquí no se hará referencia a la pérdida de oportunidad aplicada a casos de responsabilidad precontractual y contractual del Estado, ya que por tener unas connotaciones y dificultades merece un tratamiento y atención diferente.

<sup>11</sup> Medina Alcoz ha descrito las posturas existentes en la materia, así: “Al fundamentarse el derecho de daños en la existencia de una causalidad real e indivisible, la doctrina de la oportunidad perdida constituye una afrenta a la causalidad (...), pues entra en juego justamente, cuando no concurre el nexo etiológico natural entre el hecho ilícito y la pérdida de la ventaja. Por eso hay una teoría que partiendo de la concepción general de la causalidad, niega la corrección técnica de la doctrina de la oportunidad perdida (teoría del “todo o nada” o de la identificación total); y otras que, para justificarla, rechazan total o parcialmente la regla de la indivisibilidad causal (teoría de la causalidad probabilística o de la identificación parcial), o, la evitan conceptualizando la chance como un bien en sí mismo cuya pérdida produce un daño de carácter emergente (teoría ontológica o autonomista)” -se subraya-: MEDINA ALCOZ, *La Teoría de la Pérdida de Oportunidad, Estudio Doctrinal y Jurisprudencial de Derecho de Daños Público y Privado*, 2007, pp. 246 y 247.

<sup>12</sup> La causalidad probabilística recurre a elementos de la teoría de probabilidades para enlazar la relación entre la causa y su efecto: “Atrás ha quedado aquella vieja

es proporcional en función de la probabilidad de la causa, esto es, que se imputa al actor una fracción o porcentaje del perjuicio final, en virtud de la posibilidad de que con su conducta haya incidido en la producción del daño<sup>13</sup> —**teoría relacionada con la imputación**—; la segunda, considera que la pérdida de oportunidad representa un fundamento de daño, cuya reparación se efectúa no en función de la probabilidad de existencia del vínculo de causalidad entre el hecho dañoso y el daño final, sino en función de la frustración de la expectativa legítima —**teoría relacionada con el daño**—.

17.5. La Sala considera pertinente, desde un punto de vista meramente descriptivo, presentar las diferencias que subsisten entre estas dos

---

*concepción que exigía certeza absoluta para tener por acreditado el nexo de causalidad entre la conducta del encartado y el evento lesivo. Según sus cultores, el supuesto causal sólo se tenía por probado, si en la indagación retrospectiva de los hechos que efectuaba el intérprete (vía hipotética), surgía de manera irrefutable que el comportamiento del agente era la causa del menoscabo. No vamos a explayarnos aquí sobre los argumentos que esbozaban quienes defendían a ultranza esta tesis radical del "todo o nada"; dado que éstos han caído en desuso y, salvo contadas excepciones, asistimos a la consolidación de una nueva forma de apreciar el fenómeno causal, con importantes aportes interdisciplinarios y, por sobre todo, reconociendo una cierta dosis de incertidumbre, azar o aleatoriedad; a punto tal que hoy se habla, sin añadiduras, de causa probabilística (...) Queda claro que la certeza absoluta, como criterio de apreciación valorativo de la causalidad, ciñó en aras de la probabilidad. La causalidad se rediseñó, entonces, en términos de probabilidad. Por tanto, el juez puede fundar su decisión sobre los hechos que, aun sin estar establecidos de manera irrefutable, aparecen como más verosímiles; es decir, que presentan un grado de probabilidad predominante, suficiente, alta, cualificada, etcétera". PREVOT, Juan Manuel, "El problema de la relación de causalidad en el derecho de la responsabilidad civil", en *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 15, p. 167.*

<sup>13</sup> La doctrina francesa denomina a esta postura la falsa teoría de la pérdida de oportunidad, ya que es difícil aceptar la declaratoria de la responsabilidad proporcional en función de la probabilidad de la causa. QUEZEL-AMBRUNAZ, Christophe, *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile*, Dalloz, Paris 2010, n.º 191.

posturas en la Sección Tercera de esta Corporación.

## **18. La pérdida de oportunidad: criterio alternativo de imputación basado en la causalidad probabilística**

18.1. La teoría jurídica de la pérdida de oportunidad ha sido aplicada bajo esta postura para superar las dificultades probatorias de la relación causal entre la conducta del accionado y el daño final; dicho de otro modo, es un instrumento de facilitación probatoria aplicada a casos donde establecer la certeza del vínculo causal resulta una tarea imposible de alcanzar y, por ende, se imputa al actor de la conducta, el incremento de la probabilidad de haber ocasionado el daño —muerte, afectación a la integridad física o psíquica, pérdida patrimonial, etc.—, bajo el presupuesto de la causalidad probabilística<sup>14</sup>.

18.2. En efecto, el surgimiento jurisprudencial de esta postura en el Consejo de Estado se vislumbró en el salvamento de voto formulado por el consejero Gil Botero a la sentencia del 1º de octubre de 2008<sup>15</sup>, en donde se declaró la responsabilidad de un hospital público por pérdida de oportunidad, al no contar con bolsas de sangre para trasfundir a una

---

<sup>14</sup> Dentro de la doctrina hay autores que acompañan este enfoque, entre los cuales figura Luna Yerga, quien sostiene: “frente al problema de la incerteza causal (*Uncertainty over Causation*), los Tribunales han seguido tres aproximaciones diferentes: (...) 3. Recientemente, acuden a la doctrina de la pérdida de oportunidad (*Loss of Chance Doctrine, Perte de Chance*)”. // *La doctrina de la pérdida de oportunidad es un instrumento de facilitación probatoria de creación jurisprudencial (...) [es] (...) una teoría de causalidad probabilística (Probabilistic Causation), conforme a la cual, en los casos de incerteza causal mencionados, es posible afirmar que la actuación médica privó al paciente de determinadas expectativas de curación o de supervivencia, consideradas a la luz de la ciencia médica, que deben ser indemnizadas. (...)*”: LUNA Yerga, Álvaro “Oportunidades Perdidas”, en *Revista para el análisis del Derecho INDRET*, mayo de 2005, n.º 288, pp. 3-4.

<sup>15</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 1º de octubre de 2008, rad. 17.001, M.P. Myriam Guerrero de Escobar. Gil Botero afirma: “La pérdida de la oportunidad no puede ser analizada desde la perspectiva del daño, puesto que no constituye un daño autónomo (las oportunidades restadas), sino que constituye un elemento para aligerar el curso causal”: GIL BOTERO, Enrique, *Responsabilidad Extracontractual del Estado*, Editorial Ibáñez, Bogotá, 4ª edición, 2010, p. 503.

paciente que sufría de atonía uterina. La Sala condenó al cien (100%) por ciento de las pretensiones formuladas en la demanda, razón que motivó el salvamento en estos términos:

*En el asunto concreto, desde mi perspectiva, la Sala se enfrentaba con un problema de certeza en relación con la determinación y amplitud exacta del nexo causal que servía de base para determinar la imputación fáctica, en el caso concreto. En otras palabras, así como no se podía aseverar con absoluta certeza que el daño se produjo a partir de las condiciones especiales de la paciente (mujer con múltiples partos previos que incrementaban la posibilidad de sufrir hemorragia uterina), tampoco era posible afirmar lo propio frente a la falta de sangre en el laboratorio del hospital, motivo por el cual se enfrentaba la Sala a un problema causal que debió ser solucionado a partir de los elementos de juicio que han sido puestos a consideración por la doctrina y jurisprudencia extranjera que, sobre el particular, han dado pasos ilustrativos que permiten orientar los esfuerzos en procura de solucionar incertidumbres aparentes como la de la pérdida de la oportunidad del paciente, es decir, la falta de concreción de un curso causal virtual que en términos de probabilidad hubiera podido impedir el resultado. En mi criterio, en tratándose de la pérdida de la oportunidad en materia médico - sanitaria, se deben precisar algunos aspectos sobre el tema, a efectos de garantizar su correcta aplicación. Tales precisiones son las siguientes:*

*a) La pérdida de la oportunidad es un concepto jurídico que permite definir problemas de imputación, en aquellos eventos en que no existe prueba suficiente del nexo causal que define una determinada relación causa - efecto. En consecuencia, el análisis de esta figura debe realizarse en sede de la imputación fáctica.*

*b) La figura sólo tiene aplicación en aquellas situaciones en que existe duda o incertidumbre en el nexo causal, de tal forma que el grado de probabilidad oscile en un margen entre el 1% y el 99% de que un daño sea el producto de una causa específica (v.gr. la falta de existencia de bolsas de sangre que permitieran realizar una transfusión de emergencia). Si el juez no tiene inquietudes frente al nexo causal que sirve de soporte*

*a la imputación fáctica y jurídica del resultado, no existe razón o justificación para hablar de pérdida de oportunidad, por cuanto como tal no se presentó tal circunstancia, sino que, lo que acaeció es una de dos hipótesis: i) que materialmente no se puede atribuir el resultado en un 100%, en cuyo caso habrá que absolver al demandado o, ii) que material y jurídicamente se atribuya el resultado al demandado de manera plena, en cuyo caso la imputación no estará basada en la probabilidad sino en la certeza, por ende, el daño será en un 100% endilgable a la conducta estatal. De otra parte, la oportunidad perdida debe revestir tal magnitud que ofrezca verdaderos motivos acerca de la posibilidad de recuperación o supervivencia de la persona; en otros términos, la pérdida de la oportunidad no puede servir en todos los casos.*

*c) En aquellos eventos en los cuales no exista prueba de la causalidad que materializa la imputación fáctica, no es posible hacer referencia a la figura de la pérdida de la oportunidad y, por lo tanto, habrá que absolver al demandado. En otros términos, si bien la pérdida de la oportunidad ayuda a solucionar problemas relativos a la dificultad para delimitar la amplitud o estrechez del nexo causal, lo cierto es que debe existir al menos prueba del vínculo existente entre la conducta activa u omisiva y el resultado, así como la acreditación de que se privó al actor de una oportunidad de recuperación.*

*d) Como quiera que el análisis de la pérdida de la oportunidad, entendida como el instrumento para definir un curso de acontecimientos probable, se efectúa en la instancia del estudio del nexo causal -como presupuesto de la imputación fáctica u objetiva del daño-, la función del operador judicial en estos eventos, es la de apoyarse en las pruebas científicas y técnicas aportadas al proceso para aproximarse al porcentaje de probabilidad sobre el cual se debe establecer el grado de la pérdida de la oportunidad de recuperación y, consecuentemente, el impacto de tal valor en el monto a indemnizar, pues que como ya se analizó, el perjuicio no puede ser total ante la falta de certeza. Así las cosas, y dada la dificultad de determinar la cuantificación del perjuicio cuando se trata de una pérdida de oportunidad, para la Sala es claro que la valoración del mismo, dependerá de las circunstancias especiales que rodeen cada caso en concreto, teniendo en cuenta siempre las perspectivas que a futuro se*

*tengan en relación con la obtención del beneficio, para lo cual se deberá emplear, en lo posible, los datos proporcionados por la estadística y observando siempre que lo indemnizable es la desventaja de no obtener un beneficio y no el daño mismo, se itera este aspecto que es fundamental, para efectos de cuantificación del perjuicio como tal. De otro lado, ante la ausencia de elementos y criterios técnicos o científicos en la determinación del porcentaje que representa la oportunidad perdida frente al daño padecido, el juez deberá recurrir a la equidad, en los términos del artículo 16 de la ley 446 de 1998, para sopesar los medios de convicción que obren en el proceso y, a partir de allí, establecer el valor aproximado a que asciende el costo de aquélla, valor éste que servirá para adoptar la liquidación de perjuicios correspondiente.*

*e) Como quiera que no existe una explicación de la causalidad absoluta, en estos eventos, la forma de indemnizar la pérdida de la oportunidad, deberá ser proporcional al porcentaje que se le restó al paciente con la falta de suministro del tratamiento, intervención quirúrgica, procedimiento o medicamento omitido.*

*Así las cosas, el juez deberá valerse de todos los medios probatorios allegados al expediente, para aproximarse al porcentaje que constituye la pérdida de la oportunidad en el caso concreto, como quiera que de la determinación del mismo, dependerá el porcentaje sobre el cual se debe liquidar la condena, en atención a los montos máximos reconocidos por la jurisprudencia —se subraya—.*

18.3. Posteriormente, en otro fallo, el mismo Consejero sostuvo que la pérdida de oportunidad es un instrumento que permite demostrar la existencia del nexo causal entre el hecho dañoso y el daño final<sup>16</sup>:

*Se hace énfasis en que uno de los elementos definitivos, de la esencia del concepto de pérdida de oportunidad es un grado de incertidumbre razonable, que no posibilita concluir con*

---

<sup>16</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 24 de octubre de 2013, rad. 25.869, M.P. Enrique Gil Botero. Igualmente se puede consultar esta postura en la sentencia de la Subsección C del 8 de abril del 2014, rad. 29.809, M.P. Enrique Gil Botero.

*precisión científica, pero que si permite razonar que ante la inexistencia de la conducta negligente, el paciente habría conservado unas probabilidades serias de recuperación (...) [Es entonces un] factor de imputación o instrumento de facilitación probatoria: de acuerdo con este enfoque, la pérdida de oportunidad tiene aplicación cuando no fue posible demostrar un nexo causal directo entre una falla del servicio médico y el daño final que sufrió el paciente, sin embargo, existía una probabilidad significativa de que el resultado dañoso no se hubiera presentado de haber mediado una atención médica oportuna y adecuada (...). Este enfoque busca dar una garantía de reparación a la víctima quien se encuentra en una posición de dificultad probatoria, en especial en los eventos médicos, al carecer de los conocimientos de la ciencia médica para demostrar que la negligencia ha sido la causa del daño —se subraya—.*

18.4. En este orden, la diferencia de esta postura frente a otros casos de responsabilidad civil extracontractual del Estado donde se acredita el vínculo causal entre la falla y el resultado final, es que ante la incerteza de que la conducta negligente fue la causa del daño final, la pérdida de oportunidad se erige como una *técnica de facilitación probatoria* que interviene como criterio alternativo de imputación del daño final en el porcentaje de probabilidades ciertas. Al respecto, Medina Alcoz afirma:

*Es, pues, un remedio con que auxiliar a la víctima que está materialmente incapacitada para demostrar la causalidad en hipótesis en que no puede descartarse con toda certeza que el agente no propició el menoscabo. (...) El único daño que, en su caso, puede ser indemnizado es el perjuicio final, es decir, la pérdida de la ventaja apetecida. (...) Ahora bien, mientras que la teoría de la identificación total afirma o niega enteramente la relación de causalidad entre el hecho ilícito y el perjuicio final, según que la probabilidad causal supere o no el umbral de certeza, la otra parecía causalidades parciales en la medida de su probabilidad. Según ésta, la regla de responsabilidad probabilística contenida en la doctrina de la chance constituye un sistema alternativo de imputación que, en hipótesis de incertidumbre causal estricta, afirma causalidades parciales o probabilísticas para reconocer indemnizaciones que computan la posibilidad de que el agente*

dañoso no fuera autor material del menoscabo (...) De modo que los jueces están llamados a fijar certidumbres razonables (relativas) y no metafísicas (absolutas) (...) <sup>17</sup> —se subraya—.

18.5. Según esta teoría, en cuanto al monto de la indemnización, opera en función de la porción de la oportunidad perdida comparada con la ventaja pretendida. En palabras de Medina Alcoz:

*Sentado el límite, para concretar la indemnización, la inmensa mayoría de los especialistas que se han ocupado del tema señalan que hay que proyectar el nivel de probabilidad de que la víctima hubiera obtenido la ventaja apetecida sobre el valor del daño final. Se adopta como parámetro de referencia el valor económico de la utilidad pretendida y, a tal efecto, se fija el quantum mediante un coeficiente de reducción que depende del grado de probabilidad con que se contaba para obtener la ventaja, si no se hubiera privado al sujeto considerado de la oportunidad de que gozaba. Así pues, indemnizar la oportunidad perdida no es más que restar de la estimación pecuniaria del daño final el margen de incertidumbre respecto a su enlace causal con la conducta del agente dañoso. Por eso se dice que 'la incertidumbre del resultado se refleja en el valor económico de la posibilidad perdida'. La doctrina de la pérdida de oportunidad es, pues, esencialmente, un cálculo de probabilidad. La teoría se basa en él, tanto para determinar la existencia del daño como para cuantificarlo. Establece, en resumen, una especie de regla de indemnización o responsabilidad proporcional, fraccional, parcial o probabilística que, desde luego, no es ajena al sistema español de responsabilidad civil, que, en otros ámbitos, acude a ella para resolver problemas igualmente ligados al nexo de causalidad<sup>18</sup> —se subraya—.*

---

<sup>17</sup> MEDINA ALCOZ, Luis, *op.cit.*, pp. 413 y 414.

<sup>18</sup> MEDINA ALCOZ, Luis, *op.cit.*, p. 106. Ese autor señala los supuestos donde se debe aplicar la pérdida de oportunidad: “*Cuando la probabilidad no es insignificante, pero tampoco es alta, es decir, cuando las posibilidades de que la víctima hubiera conseguido la ventaja son serias y reales, pero insuficientes para tener por cierto el hecho causal, la víctima puede tener derecho a un resarcimiento (parcial) en concepto de chance irreversiblemente sacrificada*”, p. 89.

## 19. La pérdida de oportunidad como daño autónomo

19.1. Esta postura jurisprudencial precisa que la pérdida de oportunidad es un daño en sí mismo con identidad y características propias, diferente del beneficio final esperado o del perjuicio que se busca evitar y cuyo colofón es la vulneración a una expectativa legítima, la cual debe ser reparada de acuerdo al porcentaje de probabilidad de realización de la oportunidad que se perdió<sup>19</sup>. Al respecto, la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia del 11 de agosto de 2010<sup>20</sup>, señaló:

*La pérdida de oportunidad o pérdida de chance alude a todos aquellos eventos en los cuales una persona se encontraba en situación de poder conseguir un provecho, de obtener una ganancia o beneficio o de evitar una pérdida, pero ello fue definitivamente impedido por el hecho de otro sujeto, acontecer o conducta éste que genera, por consiguiente, la incertidumbre de saber si el efecto beneficioso se habría producido, o no, pero que al mismo tiempo da lugar a la certeza consistente en que se ha cercenado de modo irreversible una expectativa o una probabilidad de ventaja*

---

<sup>19</sup> En la doctrina colombiana existen autores como Luis Felipe Giraldo Gómez que en su libro *La pérdida de la oportunidad en la responsabilidad civil. Su aplicación en el campo de la responsabilidad civil médica*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011, consideran que la pérdida de oportunidad es un daño autónomo. La Subsección B de la Sección Tercera en sus diferentes pronunciamientos ha adscrito su postura a este enfoque de la pérdida de oportunidad. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 11 de agosto de 2010, rad. 18.593, M.P. Mauricio Fajardo Gómez. En el mismo sentido, véanse las sentencias de 25 de agosto de 2011, rad. 19.718, M.P. Mauricio Fajardo Gómez y de 30 de enero de 2013, rad. 27.093, M.P. Danilo Rojas Betancourth.

<sup>20</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 11 de agosto de 2010, rad. 18.593, M.P. Mauricio Fajardo Gómez. Otras sentencias recientes que hacen alusión a la pérdida de oportunidad como daño autónomo son: sentencia del 14 de marzo de 2013, rad. 23.632, M.P. Hernán Andrade Rincón; sentencia del 16 de julio de 2015, rad. 36.634, M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

*patrimonial; dicha oportunidad perdida constituía, en sí misma, un interés jurídico que si bien no cabría catalogar como un auténtico derecho subjetivo, sin duda facultaba a quien lo ha visto salir de su patrimonio —material o inmaterial— para actuar en procura de o para esperar el acaecimiento del resultado que deseaba, razón por la cual la antijurídica frustración de esa probabilidad debe generar para el afectado el derecho a alcanzar el correspondiente resarcimiento. (...):*

*La pérdida de oportunidad como rubro autónomo del daño* 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 constituye un bien jurídicamente protegido cuya afectación confiere derecho a una reparación que debe limitarse a la extensión del “chance” en sí mismo, con prescindencia del resultado final incierto, frente a lo cual resulta lógico que dicha oportunidad perdida “tiene un precio por sí misma, que no puede identificarse con el importe total de lo que estaba en juego, sino que ha de ser, necesariamente, inferior a él”, para su determinación (...). En consecuencia, tratándose de eventos en los cuales se accede a la reparación de la pérdida de un chance, lo indicado no puede ser el reconocimiento, en favor de la víctima, del valor total de la ventaja de la cual fue privado o del deterioro patrimonial que no pudo evitar a raíz del hecho del demandado, sino tener en cuenta que la oportunidad desaparecida tenía un valor y que es éste el que debe ser restablecido; ese valor, según antes se indicó, ha de resultar indiscutiblemente inferior a aquél que hubiere correspondido en caso de haberse demostrado el vínculo causal entre la pérdida del beneficio esperado por la víctima y el hecho de aquel a quien se imputa la correspondiente responsabilidad resarcitoria; es más, como también precedentemente se indicó, el monto de la indemnización por la pérdida de la oportunidad habrá de establecerse proporcionalmente respecto del provecho que finalmente anhelaba el afectado, en función de las mayores o menores probabilidades que tuviere de haber alcanzado ese resultado en el evento de no haber mediado el hecho dañino.(...) En cuanto corresponde a esta clase perjuicios, dado que ninguna incompatibilidad existe entre el reconocimiento de los perjuicios ocasionados por el daño autónomo consistente en la pérdida de oportunidad que aquí se ha detallado y la aflicción, angustia y

*congoja que en el plano puramente moral o inmaterial les generó la mencionada pérdida de oportunidad –que no los perjudica morales por la muerte de la víctima directa– se hará un reconocimiento por este específico concepto -se subraya-*

19.2. Después de haber revisado las dos posturas sobre el fundamento de la pérdida de oportunidad, la Sala considera que la postura que mejor solventa los dilemas suscitados es aquella que concibe a la pérdida de oportunidad como un fundamento de daño derivado de la lesión a una expectativa legítima<sup>21</sup>, diferente de los demás daños que se le pueden infligir a una persona, como lo son, entre otros, la muerte (vida), la afectación a la integridad física, etc.

19.3. Esto conduce a la Sala a sostener que no es posible aceptar que la pérdida de oportunidad sea un criterio auxiliar de imputación de responsabilidad, por dos razones:

(i) No será dable, desde un punto de vista jurídico, acceder a declarar la responsabilidad sin que exista certeza del vínculo entre el daño sufrido por la víctima –ej. muerte– y el hecho dañino, ni tampoco es viable construir una presunción artificial y parcial de responsabilidad, y condenar –haciendo uso de esta técnica de facilitación probatoria– a reparar una fracción de la totalidad del daño final sin tener ni siquiera certeza de que el demandado es en realidad el autor del daño final.

(ii) Al derecho de daños no le interesa atribuir daños parciales sin prueba total de responsabilidad; es necesario que exista certeza y que se determine con claridad por qué en razón de la conducta del autor que desconoce obligaciones se atribuye jurídicamente el daño. Por tanto, la pérdida de oportunidad no es una técnica alternativa y flexible para resolver casos de incertidumbre causal entre la intervención del tercero y el beneficio perdido o el detrimento no evitado, pues se incurriría claramente en una contradicción de los cimientos mismos del sistema

---

<sup>21</sup> Esta Subsección en decisión reciente señaló que es posible aplicar la teoría de la pérdida de oportunidad a casos donde se vulneren expectativas legítimas. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 31 de agosto de 2015, rad. 22637, con ponencia de quien proyecta el presente fallo.

de responsabilidad o en una elusión de los presupuestos de responsabilidad<sup>22</sup>.

19.4. Para la Sala, el alcance adecuado de la pérdida de oportunidad es aquel que la concibe como fundamento de daño, proveniente de la violación a una expectativa legítima; es natural que en muchos casos se susciten eventos de incertidumbre causal, pero esto no justifica que se instrumentalice a la pérdida de oportunidad como una herramienta para resolver este dilema, no solo porque exonera al demandante de la carga de probar la relación existente entre el hecho dañoso y el perjuicio final, sino porque rompe la igualdad y la equidad entre las partes al beneficiar a una de ellas con una presunción de causalidad que, en todo caso, será siempre improcedente.

19.5. Así las cosas, la Sala considera que la pérdida de oportunidad es un fundamento de daño, que si bien no tiene todas las características de un derecho subjetivo, autoriza a quien ha sido objeto de una lesión a su patrimonio —material o inmaterial— a demandar la respectiva reparación, la cual será proporcional al coeficiente de oportunidad que tenía y que injustificadamente perdió.

19.6. Por todo lo anterior, la Sala<sup>23</sup> le ha atribuido, en varias decisiones, a ese primer componente las siguientes características: (i) el bien lesionado no es propiamente un derecho subjetivo sino un interés jurídico representado en una expectativa legítima, la cual debe ser cierta, razonable y debidamente fundada, sobre la que se afirme claramente la certeza del daño; (ii) el objeto de reparación no es, en sí, la ventaja esperada o el menoscabo no evitado sino, únicamente, la extinción de una expectativa legítima, esto es, la frustración de la oportunidad en sí misma; (iii) la cuantificación del daño será proporcional al grado de

---

<sup>22</sup> Cfr. GIRALDO GÓMEZ, Luis Felipe, *La pérdida de la oportunidad en la responsabilidad civil. Su aplicación en el campo de la responsabilidad civil médica*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011, pp. 143 y 144.

<sup>23</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 9 de octubre de 2014, rad. 29720, con ponencia de quien proyecta el presente fallo.

probabilidad que se tenía de alcanzar el beneficio pretendido o de evitar el perjuicio final.

19.7. De acuerdo con lo anterior, la Sala ha señalado que los requisitos cuya concurrencia se precisa para que pueda considerarse existente la pérdida de oportunidad como daño indemnizable en un caso concreto, son los siguientes<sup>24</sup>:

***Falta de certeza o aleatoriedad del resultado esperado.*** En primer lugar, para determinar si se está en presencia de un daño de pérdida de oportunidad, es necesario establecer que, en efecto, el titular de la expectativa legítima se encontraba, para el momento en que ocurre el hecho dañino, en una situación de incertidumbre de recibir un beneficio o una ventaja esperada, o de evitar un perjuicio indeseado (...)

*La oportunidad debe encontrarse en un espacio caracterizado por no existir certeza de que su resultado habría beneficiado a su titular, pero tampoco en el que sólo exista la conjetura de una mera expectativa de realización o evitación.*

*Si se tiene certeza sobre la materialización del resultado final, no es posible hablar del daño consistente en la pérdida de oportunidad sino de la privación de un beneficio cierto, o si se trata de una mera conjetura o ilusión, tampoco habría lugar a la configuración de una oportunidad por no tener la intensidad suficiente para convertirse en una probabilidad razonable de alcanzarse o evitarse.*

*Así, el requisito de la “aleatoriedad” del resultado esperado tiene enormes incidencias en el plano de la indemnización, ya que si se trata de la infracción a un derecho cierto que iba a ingresar al patrimonio de la víctima o frente al cual se debía*

---

<sup>24</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 5 de abril de 2017, rad. 25.706, M.P. Ramiro Pazos Guerrero. Esta sentencia reacomodó los criterios de configuración del daño por pérdida de oportunidad previstos en la sentencia del 11 de agosto de 2010, rad. 18.593, M.P. Mauricio Fajardo Gómez, los cuales habían sido reiterados en las sentencias de 25 de agosto de 2011, rad. 19.718, M.P. Mauricio Fajardo Gómez y de 30 de enero de 2013, rad. 27.093, M.P. Danilo Rojas Betancourth.

*evitar un menoscabo, su indemnización sería total, mientras que si el truncamiento es solo respecto de la expectativa cierta y razonable de alcanzar o evitar un resultado final, la posibilidad truncada sería indemnizada en menor proporción (...).*

***Certeza de la existencia de una oportunidad.*** *En segundo lugar se debe constatar que, en efecto, existía una oportunidad que se perdió. La expectativa legítima debe acreditar 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 incólume la expectativa de obtener el beneficio o de evitar el detrimento correspondiente.*

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

19.8. Finalmente, si bien en la sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado proferida el 11 de agosto de 2010<sup>25</sup>, se dijo que uno de los requisitos para que pueda considerarse existente la pérdida de

---

<sup>25</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 11 de agosto de 2010, rad. 18593. Reiteración en sentencia del 30 de enero de 2013, rad. 23769, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

oportunidad como daño indemnizable es que *“la víctima [se] encuentre en una situación potencialmente apta para pretender la consecución del resultado esperado”*, la Subsección B, en sentencia anteriormente citada del 5 de abril de 2017, replanteó este elemento por las siguientes razones:

19.9. El análisis de si el afectado se hallaba, para el momento en el cual ocurrió el hecho dañino, en una situación tanto fáctica como jurídicamente idónea para alcanzar el provecho o evitar el perjuicio por el cual propugnaba o pretendía escapar no es un elemento del daño de pérdida de oportunidad sino que constituye un criterio para definir la imputación de la entidad demandada. Lo anterior por cuanto probatoriamente puede llegar a concluirse que la víctima no se encontraba en una posición idónea a partir de la cual pueda reclamar la existencia de una pérdida de oportunidad, lo que conllevaría a configurar una causal eximente de responsabilidad estatal.

19.10. Así las cosas, dicha causal exonerativa puede liberar de responsabilidad al demandado en forma total cuando la víctima con su actuación contribuyó de modo definitivo al truncamiento de la oportunidad y, por ende, debe asumir las consecuencias de su actuación, o puede demostrarse que su actuación, en asocio con el proceder del demandado, incidió de modo relevante en la pérdida de oportunidad, lo que conduciría a afirmar que se presenta un fenómeno de concausalidad, circunstancia en la cual el resultado no será, en principio, la exoneración total de responsabilidad, sino que se aplicará una reducción a la indemnización.

19.11. De esta manera la postura de la Subsección B apuntó a sostener que el estado de idoneidad de la víctima no es un elemento del daño de la pérdida de oportunidad sino un criterio de análisis de la imputabilidad y, por ende, su estudio se abordaría, si hay lugar a ello, al momento de dilucidar la atribución del daño de pérdida de oportunidad.

19.12. Ahora, en el caso concreto, de conformidad con el material probatorio obrante en el plenario, la Sala no encuentra acreditado el primer requisito exigido para considerar que el señor Carlos Alberto Murillo Portela sufrió un daño autónomo, consistente en la pérdida de la oportunidad de obtener un curso de ascenso y aumento en la escala

salarial.

19.13. En efecto, en la demanda se planteó que si la Justicia Penal Militar no hubiera adelantado la acción penal que duró 6 años, el demandante habría conservado la oportunidad de ascender dentro del cuerpo policial, al grado de intendente, lo que le hubiera reportado un mejor salario y, por ende, un mejor promedio de pensión de jubilación (fl. 6, c.1). Sin embargo, estas afirmaciones no se encuentran demostradas con las pruebas allegadas al proceso, por lo que, resulta forzoso negar las pretensiones de la demanda. Lo anterior, se sustenta en las siguientes razones:

19.14. El Decreto 1791 de 1991, modificado por el artículo 2 de la Ley 1792 de 2016, prevé la jerarquía de los oficiales, nivel Ejecutivo, suboficiales y agentes de la Policía Nacional, así:

1. Oficiales. a) Oficiales Generales: 1. General, 2. Mayor General, 3. Brigadier General. b) Oficiales Superiores: 1. Coronel, 2. Teniente Coronel, 3. Mayor. c) Oficiales Subalternos: 1. Capitán, 2. Teniente, 3. Subteniente

2. Nivel Ejecutivo. a) Comisario, b) Subcomisario, c) Intendente Jefe, d) Intendente, e) Subintendente, f) Patrullero,

3. Suboficiales. a) Sargento Mayor, b) Sargento Primero, c) Sargento Viceprimero, d) Sargento Segundo, e) Cabo Primero, f) Cabo Segundo

4. Agentes. a) Agentes del Cuerpo Profesional, b) Agentes del Cuerpo Profesional Especial.

19.15. En consecuencia, se precisa que el actor, al encontrarse en el grado de Agente de la Policía Nacional, no tenía oportunidad de ascenso por no estar contemplada esta figura dentro de dicho escalafón y, por ende, tampoco podía acceder al aumento salarial invocado. En efecto, habida cuenta de que el ascenso dentro la función pública policial no está previsto para los agentes de la Policía Nacional, si su interés era trabajar en el nivel ejecutivo, primero tenía que haberse inscrito en dicha

carrera y pasar el concurso para luego obtener el ascenso pretendido.

19.16. El Decreto 1791 de 2000 incluye en el capítulo I del título tercero dos normas que abren la posibilidad de que personal perteneciente a la categoría de agentes y suboficiales ingresen al nivel ejecutivo a manera de 'homologación', simplemente mediante la presentación de una solicitud escrita ante la Dirección General de la Policía.

19.17. El artículo 9º, relativo al ingreso de suboficiales al nivel ejecutivo, preceptúa que *“podrán ingresar a la escala jerárquica del Nivel Ejecutivo los suboficiales en servicio activo que lo soliciten, de acuerdo con las siguientes equivalencias:*

1. Cabo Segundo y Cabo Primero, al grado de Subintendente;
2. Sargento Segundo, al grado de Intendente;
3. Sargento Viceprimero, al grado de Intendente Jefe;
4. Sargento Primero, al grado de Subcomisario;
5. Sargento Mayor, al grado de Comisario<sup>26</sup>

19.18. Por su parte, el artículo 10º, que regula lo propio para el personal agente dispone: *“podrán ingresar al primer grado del Nivel Ejecutivo, los agentes en servicio activo de acuerdo con las disposiciones que para tal efecto presente a consideración del Ministro de Defensa Nacional el Director General de la Policía Nacional.”* Ello quiere decir que los agentes que así lo estimen conveniente cuentan con la posibilidad, no de ascender, sino de ingresar al nivel ejecutivo en el primer grado, es decir, como patrulleros; mientras que los suboficiales, de acuerdo con esta escala de equiparaciones, entran a hacer parte del nivel ejecutivo en los cargos de subintendente, intendente, intendente en jefe, subcomisario y comisario.

19.19. Al respecto, la Corte Constitucional precisó en la sentencia C-445 de 2001<sup>27</sup>, que estudió la constitucionalidad del numeral 4º del parágrafo

---

<sup>26</sup> Artículo 9º del Decreto 1791 de 2000.

<sup>27</sup> Corte Constitucional, sentencia C-445 de 2011, M.P. Humberto Sierra Porto.

4° del artículo 21 del Decreto Ley 1791 de 2000, que el decreto en cuestión prevé una especie de esquema de equiparación, lo que hace del ascenso “una posibilidad estrictamente aplicable para el personal perteneciente al nivel ejecutivo y de oficiales, ya que los suboficiales y agentes, dentro del sistema de carrera, realmente encontrarán una equivalencia en el nivel ejecutivo” —se subraya—.

19.20. Además, se debe precisar que el ingreso al nivel ejecutivo —por parte de los agentes y suboficiales que logran la *homologación*— y al de oficiales está supeditado a la aprobación de un curso de formación, al que no es posible incorporarse a menos de que se acredite la satisfacción de los siguientes requisitos: “1) *ser colombiano*; 2) *ser bachiller, profesional universitario, tecnólogo o técnico, según el caso*; 3) *superar el proceso de admisión que la Dirección General de la Policía Nacional presente para aprobación del Ministro de Defensa Nacional*; y 4) *no haber sido condenado a penas privativas de la libertad, ni tener antecedentes disciplinarios*”<sup>28</sup> —se subraya—.

19.21. Así pues, quien pretenda ingresar al nivel ejecutivo y al nivel de oficiales deberá demostrar, para efectos de acceder al curso de formación respectivo, no haber sido condenado a penas privativas de la libertad ni tener antecedentes disciplinarios.

19.22. La oportunidad de recibir un beneficio por parte del señor Murillo era una conjetura, el actor podía perseguir y obtener el resarcimiento de los daños que supuestamente sufrió con la investigación penal si hubiera demostrado dentro del expediente que hacia parte del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, lo que no es el caso.

19.23. Al respecto, el testimonio que durante el trámite se recibió al señor Rigoberto Mendoza Díaz, quien afirmó ser agente de la Policía Nacional y cuñado del señor Carlos Alberto Murillo Portela, no da cuenta del daño, pues en su declaración desvirtúa lo precisado en la demanda cuando sostiene que en el grado de agente del señor Murillo no existían los ascensos:

---

<sup>28</sup> Artículo 8° del Decreto 1791 de 2000.

*PREGUNTA NÚMERO DOS: ¿Qué hace el señor CARLOS ALBERTO MURILLO? CONTESTÓ: Él es agente activo de la Policía Nacional, en este momento se encuentra presentado sus servicios de vigilancia en la Policía Metro (...) PREGUNTA NUMERO SEIS: ¿Infórmele al Despacho si en esa época en que dice Usted inició el proceso penal militar del señor MURILLO de hace aproximadamente 7 u 8 años, pudo haber perdido el señor MURILLO de ascensos o de aspirar a un mejor empleo en la Policía Nacional? CONTESTO: De pronto en ascensos no, porque él tiene ya su grado dentro de la carrera, pero si de pronto a realizar cursos especiales que dentro de la misma Institución se hacen para beneficio de la misma institución y personal, me explico: Hay cursos de dactiloscopia, automotores, telemática, guías caninos, y otras especializaciones que se hacen dentro de la misma (fls. 114 a 115, c.1).*

19.24. Lo anterior declaración fue confirmada por Yamile Mendoza Díaz, cónyuge del señor CARLOS ALBERTO MURILLO.

*PREGUNTA NUMERO OCHO: ¿Infórmele al despacho si lo sabe si el señor CARLOS ALBERTO tenía alguna aspiración de ascensos en la policía y si pudo realizarlos? CONTESTO: El si tenía aspiraciones de hacer cursos de antiexplosivos, él también podía estudiar para locutor y pudo acceder a nada porque debido a llevar un proceso, ellos se abstienen de hacer estos cursos hasta que no se compruebe que es inocente de lo que se le está acusando (fls. 114 a 115, c.1).*

19.25. En estas condiciones probatorias, la Sala encuentra que no se logró acreditar de manera concreta la ocurrencia del daño de pérdida de oportunidad que alega la parte demandante, y por ello resulta inocuo realizar cualquier tipo de valoración sobre la configuración de los restantes elementos de dicho daño.

19.26. En este sentido se ha pronunciado esta sección, en los siguientes términos<sup>29</sup>:

*(...) porque a términos del art. 90 de la Constitución Política vigente, es más adecuado que el juez aborde, en primer lugar, el examen del daño antijurídico, para, en un momento posterior explorar la imputación del mismo al Estado o a una persona de derecho público.*

*La objetivización del daño indemnizable que surge de este precepto constitucional, como lo ha repetido en diversas oportunidades la Sala, sugiere que, en lógica estricta, el juez se ocupe inicialmente de establecer la existencia del daño indemnizable que hoy es objetivamente comprobable y cuya inexistencia determina el fracaso ineluctable de la pretensión.*

*Con anterioridad, el examen judicial de estas controversias, por lo general, enfocaba inicialmente la comisión de una falla del servicio, conducta consecuente con el concepto de daño que tradicionalmente se había venido manejando, según el cual la antijuridicidad del daño se deducía de la ilicitud de la causa.*

19.27. En otro pronunciamiento, sobre el mismo aspecto se señaló<sup>30</sup>:

*Como lo ha señalado la Sala en ocasiones anteriores, el primer aspecto a estudiar en los procesos de reparación directa, es la existencia del daño, puesto que si no es posible establecer la ocurrencia del mismo, se torna inútil cualquier otro juzgamiento que pueda hacerse en estos procesos.*

---

<sup>29</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 10 de septiembre de 1993, rad. 6.144, M.P. Juan de Dios Montes.

<sup>30</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 4 de diciembre de 2002, rad. 12.625, M.P. Germán Rodríguez Villamizar.

*En efecto, en sentencias proferidas (...) se ha señalado tal circunstancia precisándose (...) que “es indispensable, en primer término determinar la existencia del daño y, una vez establecida la realidad del mismo, deducir sobre su naturaleza, esto es, si el mismo puede, o no calificarse como antijurídico, puesto que un juicio de carácter negativo sobre tal aspecto, libera de toda responsabilidad al Estado...” y, por tanto, releva al juzgador de realizar la valoración del otro elemento de la responsabilidad estatal, esto es, la imputación del daño al Estado, bajo cualquiera de los distintos títulos que para el efecto se han elaborado.*

19.28. La Sala debe agregar a lo anterior que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, *“incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”*. Así pues, la parte actora falló en cumplir con la carga probatoria que le impone dicha norma, toda vez que no allegó al proceso las pruebas válidas e idóneas para demostrar que, en efecto, acaeció el daño, consistente en la pérdida de oportunidad de ascenso y, por ende, de incremento salarial y mesada pensional en el que se funda la acción indemnizatoria.

#### **E. Costas**

20. No hay lugar a la imposición de costas, debido a que no se evidencia en el caso concreto actuación temeraria de ninguna de las partes, condición exigida por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 para que se proceda de esta forma.

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

**FALLA**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia del 20 de febrero de 2013 del Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Sexta de Decisión, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente decisión.

**SEGUNDO:** Sin condena en costas.

En firme este proveído, devuélvase al Tribunal de origen para lo de su cargo.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE**

**RAMIRO PAZOS GUERRERO**  
Presidente

**ALBERTO MONTAÑA PLATA**  
**MUÑOZ**  
Magistrado

**MARTÍN BERMÚDEZ**  
Magistrado