

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACA  
SALA DE DECISION No. 6**

**MAGISTRADO PONENTE: FELIX ALBERTO RODRIGUEZ RIVEROS**

Tunja, 31 JUL 2017

**MEDIO DE CONTROL: REPARACION DIRECTA  
DEMANDANTE: JULIAN FERNANDO MONROY Y OTROS  
DEMANDADO: MINISTERIO DEL INTERIOR Y OTROS  
RADICADO: 15001233300020150057300**

**I. ASUNTO A RESOLVER**

Procede la Sala de Decisión No. 6 del Tribunal Administrativo de Boyacá a dictar sentencia de primera instancia dentro de la acción de reparación directa promovida por el señor JULIAN FERNANDO MONROY BAYONA Y OTROS en contra de la NACION- MINISTERIO DEL INTERIOR- MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO- SUPERINTENDENCIA DE NOTARIADO Y REGISTRO y el CONSEJO SUPERIOR DE LA CARRERA NOTARIAL.

**II. ANTECEDENTES**

**2.1.- DEMANDA:**

Los accionantes, actuando a través de apoderado judicial constituido para el efecto, presentaron demanda en ejercicio de la acción de reparación directa, en la cual plantearon las siguientes pretensiones:

**"DECLARACIONES Y CONDENAS**

**"PRIMERA:** Declarar administrativa, extracontractualmente responsables a la NACION-CONSEJO SUPERIOR DE LA CARRERA NOTARIAL-MINISTRO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA, por los perjuicios materiales y morales, daño emergente y lucro cesante causados a los demandantes, como consecuencia de la clara y directa falla del servicio del Estado a través de sus entidades, dicho perjuicio se ve reflejado en el

*incumplimiento del fallo de segunda instancia del 21 de junio de 2013, proferido por el Tribunal Administrativo de Boyacá, por parte del Consejo Superior de la Carrera Notarial, proceda a admitirlo y permitirle al señor **HECTOR GONZALO MONROY**, el acceso a todas las etapas del concurso público de méritos convocado mediante acuerdo 01 de 2006. El efectivo incumplimiento del fallo por parte del Consejo Superior de la Carrera Notarial, ha causado perjuicios morales y materiales al doctor HECTOR GONZALO MONROY ARIAS, al tener la imposibilidad de ejercer su profesión y experiencia en un ámbito el cual se desempeña competentemente, generando violación al derecho al trabajo, al desempeño de una profesión y a una vida digna, la oportunidad de seguir ejerciendo el cargo de Notario Segundo de Duitama Boyacá, causándole perjuicio materiales en sus ingresos superiores a cincuenta millones (\$50.000.000) de pesos mensuales es decir un promedio de seiscientos millones (\$600.000) anuales libres de gastos administrativos, logísticos y de servicios y demás.*

**SEGUNDA:** Como consecuencia de la anterior declaración, solicito condenar a la **NACION- CONSEJO SUPERIOR DE LA CARRERA NOTARIAL -MINISTRO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA**, a título de indemnización como reparación de los daños ocasionados, a favor de mis poderdantes, por intermedio de su apoderado, todos los daños y perjuicios **MATERIALES** (lucro cesante, presente y futuro y daño emergente, consolidado y no consolidado), **MORALES** (subjetivos y objetivados, actuales y futuros) por los daños causados como consecuencia de la FALLA DEL SERVICIO, que conllevó a la causación del **DAÑO ANTIJURIDICO**; de conformidad con la siguiente liquidación o aquella que se demuestre en el proceso y/o que el Despacho ordene tasar así:..."

Por perjuicios materiales, en la modalidad de lucro cesante, solicitaron la suma de \$4.200.000.000 causados por la pérdida del trabajo del demandante como Notario Segundo de Duitama, en cuyo ejercicio devengaba \$50.000.000 mensuales, es decir \$600.000.000 anuales; así, en 7 años sin poder ejercer su cargo dejó de devengar aproximadamente \$4.200.000.000.

Por perjuicios morales pidieron se reconociera 1.150 SMLMV distribuidos en 100 SMMLV para la víctima, su cónyuge, sus hijos, sus padres y 50 SMMLV para cada uno de sus hermanos.

Solicitaron además que las sumas que se reconocieran fueran debidamente indexadas, que se condenara en costas a las demandadas y se reconocieran y pagaran intereses comerciales ajustados con el IPC (fls. 1-20).

### **2.1.1.- Hechos en que se fundamentan las pretensiones**

Relató que el señor **HECTOR GONZALO MONROY ARIAS** se desempeñó en distintos cargos públicos ejerciendo su profesión de abogado desde el año 1992; que para el 10 de junio de 2006 fue nombrado en el cargo de Notario Segundo del Circuito de Duitama.

Adujo que, mediante el Acuerdo No. 01 de 2006, el Consejo Superior de la Carrera Notarial convocó al concurso de méritos para la elección de notarios en propiedad, al cual se inscribió el mencionado señor Monroy Arias; que sin embargo, mediante el Acuerdo No. 07 de 2007, mediante el cual se publica la lista de admitidos, se le excluyó del mismo, en razón a que no reunía los requisitos para el cargo de Notario de primera categoría.

Ante lo anterior, el señor Monroy interpuso recurso de reposición, el cual fue resuelto por medio de la resolución No. 0880 del 25 de junio de 2007, confirmando en todas sus partes la mencionada decisión; como argumentos se adujeron que la experiencia acreditada por el actor no era suficiente para satisfacer numéricamente los requisitos exigidos, como es el haber ejercido el cargo de notario por un término no menor a 4 años o la profesión de abogado siquiera por 10 años.

En razón a esto, el señor Monroy presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho solicitando la nulidad del mencionado acuerdo 07 de 2007, la cual si bien en primera instancia fue despachada desfavorablemente, en segunda instancia conocida por el Tribunal Administrativo de Boyacá, accedió a sus pretensiones y ordenó al Consejo Superior de la Carrera Notarial, admitir al señor Monroy Arias y permitirle

el acceso a todas las etapas del concurso público de méritos convocado mediante acuerdo 01 de 2006.

No obstante, mediante oficio OAJ-2725 del 25 de septiembre de 2013 expedido por el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica, se le señaló la imposibilidad de cumplir el aludido fallo en la medida que una vez superadas las diferentes etapas por los concursantes hábiles, se conformaron las listas de elegibles y se remitieron a los respectivos nominadores, entre las cuales se encontraba la del círculo notarial a la que había concursado el actor, esto es, el de Duitama- Boyacá. Que posteriormente, la Corte Constitucional, en la sentencia SU-319 de 2009 reconoció firmeza y fuerza ejecutoria a las listas de elegibles, que por tanto resultaba imposible modificar las listas de elegibles para el círculo notarial de Duitama y que cualquier modificación parcial en beneficio de alguno de los participantes constituía una trasgresión al debido proceso, y que entonces, resultaba imposible para la Entidad el cumplimiento de la orden de reintegro por la inexistencia del cargo.

En suma afirmó el actor que el incumplimiento del fallo proferido por el Tribunal Administrativo de Boyacá por parte del Consejo Superior de la Carrera Notarial le causó perjuicios materiales y morales al imposibilitarle el desempeño del cargo para el que había concursado.

## **2.2.- Admisión de la demanda y trámite:**

La demanda fue admitida mediante providencia de 24 de agosto de 2015 (fls. 386-387), de modo que se imprimió el trámite correspondiente al proceso ordinario de primera instancia, previsto en el título numeral 6 del artículo 152 de CPACA.

## **2.3.- CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:**

- El **MINISTERIO DEL INTERIOR (fls. 415-420)** se opuso de las pretensiones de la demanda y como argumento de defensa propuso la excepción de **falta de legitimación en la causa por pasiva**, en la

medida que esa Entidad no debe ser llamada en el caso, pues no fue ella quien ocasionó los supuestos dañosos esgrimidos por la parte actora.

Agregó que el Decreto 2893 de 2011 determinó la estructura orgánica y las funciones del Ministerio de Justicia y del Derecho estableciendo como función de esa Entidad la de participar en el diseño de las políticas relacionadas con la protección de la fe pública en materia de notariado y registro; además que en ese mismo instrumento se adscribió la superintendencia de Notariado y Registro al Ministerio de Justicia y del derecho.

Que por lo anterior, el Ministro de Justicia y del Derecho delegó en el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Superintendencia de Notariado y Registro, en su condición de Secretario Técnico del Consejo Superior de la Carrera Notarial la representación en asuntos judiciales en los que deba intervenir o tenga interés directo dicho Consejo.

Por todo lo anterior señala que el Ministerio de Justicia y del Derecho es el competente en todo lo relacionado con la protección de la fe pública en materia de notariado y registro y que por ello, respecto del Ministerio del Interior, se presenta una falta de legitimación en la causa por pasiva.

Como argumento adicional adujo que respecto de esa Entidad no se agotó el requisito de procedibilidad previsto en el artículo 161 de la ley 1437 de 2011, pues en la audiencia de conciliación extrajudicial llevada a cabo en el asunto de la referencia, la Procuradora aclaró que la parte convocada *Ministerio del Interior y de Justicia*, correspondía al Ministerio de Justicia y del Derecho, de lo cual concluye que el Ministerio del Interior no fue convocado a conciliar en cumplimiento del requisito de procedibilidad mencionado.

- El **CONSEJO SUPERIOR DE LA CARRERA NOTARIAL (fls. 424-440)** se opuso de las pretensiones de la demanda y argumentó en su defensa que por disposición de la Corte Constitucional, el Consejo Superior de la Carrera Notarial expidió el Acuerdo 01 de 2006, por medio del cual se

convocaba a concurso público y abierto para el nombramiento de notarios en propiedad y el ingreso a la carrera notarial; que en desarrollo de lo anterior, el demandante se inscribió en el aludido concurso de méritos, siendo inadmitido por no reunir los requisitos fijados en la Ley, motivo por el cual formuló recurso de reposición que fue decidido, confirmándose su inadmisión.

Agregó que el Consejo Superior de la Carrera Notarial una vez superadas las etapas del concurso por los concursantes hábiles, conformó las listas de elegibles que se remitieron a los respectivos nominadores, entre ellas las del círculo de notarial al que aspiraba el actor, esto es, el de Duitama, para lo cual se expidió el Acuerdo 042 del 9 de junio de 2008, el cual estuvo vigente hasta el 11 de junio de 2010.

Señaló que posteriormente la Corte Constitucional en la sentencia SU-913 de 2009 reconoció firmeza y fuerza ejecutoria a la lista de elegibles del mencionado concurso, en la cual no se encontraba incluido el actor, en razón a que había sido excluido por no cumplir con los requisitos para el mismo.

De otro lado afirmó que las pretensiones indemnizatorias de la parte actora no tienen vocación de prosperidad, pues si bien a su favor se profirió decisión ordenando a esa Entidad, que procediera a admitir al señor Monroy Arias y a permitirle el acceso a todas las etapas del concurso, lo cierto es que esa orden no está llamada a producir efectos jurídicos, por la imposibilidad jurídica que le asiste al Consejo Superior de la Carrera Notarial de cumplir con tal disposición.

Agregó que tanto en la demanda como en el fallo de segunda instancia, no se hace mención alguna de pretensión económica, -lo cual a su juicio- implica que el reclamo pecuniario de los demandantes está buscando por vía de una supuesta falla del servicio, la cual no es tal.

Adujo con apoyo en la jurisprudencia de la Corte Constitucional que el restablecimiento del derecho, en este caso, está supeditado a que el

demandante sea titular de algún derecho subjetivo, y que quienes se inscriben en un concurso de méritos lo hacen teniendo meras expectativas, por ello afirma que no puede aceptarse que con la mera inscripción al concurso de méritos surjan derechos adquiridos para los incipientes participantes.

Concluyó señalando que para desvirtuar la manifestación hecha por el accionante en el líbelo, informó que éste se encontraba vinculado en provisionalidad a la Procuraduría General de la Nación desde el 1 de marzo de 2010 en calidad de Procurador Judicial II de la ciudad de Tunja, devengando un sueldo mensual de \$21.806.989; lo cual aduce, puede servir como prueba en contrario de la manifestación del actor en el sentido que el incumplimiento del aludido fallo le causó a éste la imposibilidad de desempeñarse en su profesión como abogado, lo cual incluso –a su juicio– podría tomarse como una falsedad para lograr una decisión a su favor y la de sus familiares.

-El **Ministerio de Justicia y del Derecho (fls. 449-451)** se opuso de a las pretensiones de la demanda y como argumento de defensa propuso las excepciones de **falta de legitimación en la causa por pasiva** e **inexistencia de falla del servicio imputable al Ministerio de Justicia y del Derecho**. En primer lugar adujo que esa Entidad no tuvo injerencia alguna en la administración del concurso de méritos para acceder a la carrera notarial, ni con la representación del Consejo Superior de la Carrera Notarial, pues todo ello corresponde a éste (concurso), al Gobierno Nacional o Departamental (nombramiento y posesión) y la Superintendencia de Notariado y Registro (confirmación de nombramiento y autorización para cambio de localización de las notarías).

Agregó que de conformidad con lo establecido en el decreto 2158 de 1992, la Superintendencia de Notariado y Registro, en su condición de entidad pública con personería jurídica propia, ostenta la Secretaría técnica del mismo y en tal calidad representa judicialmente al mencionado organismo.

En el mismo sentido, el Consejo Superior de la Carrera Notarial cuenta con autonomía y capacidad procesal para actuar dentro de los procesos judiciales que le competen en razón de sus funciones y competencias en materia de administración de la carrera notarial, conforme lo señaló la sentencia del 7 de febrero de 2013 del Consejo de Estado, Sección Segunda, expediente 1521-2011.

En segundo lugar señaló que las causas determinantes en la producción de cualesquiera hechos dañosos, como lo es el incumplimiento de una orden judicial derivada de la nulidad de actos administrativos expedidos por el Consejo Superior de la Carrera Notarial, que eventualmente pudieran haber ocasionado perjuicios al demandante, objetivamente refieren a conductas que la parte actora endilga al Consejo Superior de la Carrera Notarial, de lo cual afirma que no se le puede imputar al Ministerio de Justicia y del Derecho la realización de ningún hecho dañoso y en consecuencia tampoco acreditar el nexo causal indispensable para atribuirle responsabilidad a esa Entidad.

#### **2.4.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN:**

**-Parte demandante (fl. 734-747):** reitera los argumentos expuestos en la demanda en el sentido de que se encuentran demostrados los elementos de la falla del servicio por parte del Consejo Superior de la Carrera Notarial y que causaron perjuicios al actor y a su familia; en el sentido que el señor Monroy Arias se encontraba desempeñándose como Notario Segundo de Duitama, que con ocasión del concurso de méritos de notarios, se inscribió, no obstante, fue excluido, logrando posteriormente que la Jurisdicción Contencioso Administrativa proferiera un fallo en su favor en el que se ordenó que se le admitiera al aludido concurso y se le permitiera seguir participando en él, pero que por causa del incumplimiento del mismo por parte del Consejo Superior de la Carrera Notarial, se causó el daño a los demandantes.

**-Superintendencia de Notariado y registro (fl. 690-710):** reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y las excepciones propuestas en la misma.

**-Ministerio del Interior (fl.712-714):** reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y las excepciones propuestas en la misma.

**-Ministerio de Justicia y del derecho (fl. 749-750):** reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y agregó que en el caso se presenta también la excepción de inepta demanda por indebida escogencia de la acción, en la medida que lo que el actor pretende es el resarcimiento de perjuicios por el incumplimiento de una sentencia judicial, siendo que esta pretensión debe ventilarse por la cuerda del proceso ejecutivo por obligación de hacer (art. 426 del CGP) o por la acción ejecutiva por perjuicios (art. 428 CGP) y no como hizo la parte actora, en ejercicio del medio de control de reparación directa.

### **III. CONSIDERACIONES:**

#### **3.1.- Competencia:**

Esta Corporación es competente para resolver en primera instancia el asunto de la referencia, con fundamento en lo dispuesto en los artículos 86 y 132 – 6 del Código Contencioso Administrativo.

#### **3.2.- Problema jurídico:**

De conformidad con la fijación del litigio, deberá la Sala determinar si la NACION- MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO, MINISTERIO DEL INTERIOR, la SUPERINTENDENCIA DE NOTARIADO Y REGISTRO y el CONSEJO SUPERIOR DE LA CARRERA NOTARIAL, son responsables por los presuntos daños causados a los demandantes como consecuencia de una falla del servicio, consistente en la pérdida de la oportunidad del señor Héctor Gonzalo Monroy Arias de seguir participando del concurso de

notarios, derivada del incumplimiento del fallo de segunda instancia proferido por el Tribunal Administrativo de Boyacá el 21 de junio de 2013. En orden a resolver el problema jurídico planteado, la Sala considera pertinente analizar *i)* el concepto de la pérdida de oportunidad en la jurisprudencia contenciosa, para luego, analizar el *ii)* caso concreto.

#### **a. De la figura de la pérdida de oportunidad- análisis de la jurisprudencia del Consejo de Estado**

Sobre el particular, la Sección Tercera del Consejo de Estado con fundamento en la figura reconocida por el derecho comparado denominada **pérdida de la oportunidad**, se ha inclinado a declarar 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<sup>1</sup>, en otras palabras, la oportunidad que se pierde es la consecuencia del hecho o conducta de un tercero que ha cercenado un interés jurídico representado en una expectativa legítima<sup>2</sup> de poder alcanzar un beneficio, de obtener una ganancia o de evitar una pérdida, y que si bien existe incertidumbre de saber si el beneficio se habría producido o el perjuicio se habría evitado, existe certeza en que se ha cercenado de modo definitivo un interés legítimo, lo que da acceso al débito resarcitorio<sup>3</sup>.

Explica la jurisprudencia en cita que, sobre la mencionada figura, al interior de la Sección Tercera existen dos variantes jurisprudenciales, la primera denominada **teoría relacionada con la imputación**, que se fundamenta en la *causalidad probabilística*, que afirma que la responsabilidad 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

<sup>1</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 5 de abril de 2017. C.P. Ramiro Pazos Guerrero. Exp. 25706.

<sup>2</sup> Zannoni afirma que esta modalidad de daño "lesiona un interés y, por ende, priva al sujeto de esa facultad de actuar, que aunque no constituyera el sustento de un derecho subjetivo, era una facultad que ciertamente, integraba la esfera de su actuar lícito -el *acere licere*, es decir de su actuar no reprobado por el derecho. La lesión de ese interés -cualquiera sea éste- produce en concreto un perjuicio": ZANNONI, Eduardo, *El daño en la responsabilidad civil*, Asstrea de Alfredo y Ricardo de Palma S.R.L. 2ª edición actualizada y ampliada, Astrea, 1987, p. 36.

<sup>3</sup> Op. Cit.

la producción del daño<sup>4</sup>; de otra parte, la que se ha llamado **teoría relacionada con el daño**, que consiste en 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.

Respecto de lo anterior, la Subsección B de la Sección Tercera en la providencia en cita señaló que de las dos posturas, la segunda es la que solventa mejor los dilemas suscitados en torno al problema causal y por ende indemnizatorio, pues concibe la pérdida de oportunidad como un fundamento de daño autónomo, derivado de la lesión a una expectativa legítima, la cual debe ser reparada de acuerdo al porcentaje de probabilidad de realización de la oportunidad que se perdió. Sobre esto, en sentencia de la mencionada Sección, se señaló lo siguiente<sup>5</sup>:

*"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 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*

<sup>4</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.

<sup>5</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 11 de agosto de 2010, rad. 18593, 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. 23632, M.P. Hernán Andrade Rincón; sentencia del 16 de julio de 2015, rad. 36634, M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

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 perjuicios morales por la muerte de la víctima directa- se hará un reconocimiento por este específico concepto -se subraya-". (Negrilla fuera de texto y subraya del texto)

Por lo anterior dirá la Corporación en cita que la pérdida de oportunidad no es un criterio auxiliar de imputación de responsabilidad, puesto que 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.

En suma, para el Órgano de Cierre de la Jurisdicción, la figura jurídica en mención, es un fundamento de daño, *que si bien no tiene las características de un derecho subjetivo*<sup>6</sup>, 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. Continúa señalando que **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**, pues si el beneficio o el mal que se quería eludir estuvieran revestidos de certeza no se podría hablar del daño consistente en la pérdida de una oportunidad, sino del daño frente a un resultado cierto cuya reparación es total y no proporcional: *se repara la pérdida del chance, no la pérdida del alea*.

Aunado a lo anterior, la pérdida de oportunidad, cuenta con dos componentes, *uno de certeza y otro de incertidumbre*, del primero dirá la jurisprudencia en cita, que es la existencia de la expectativa, la cual debe ser cierta y razonable, lo mismo que sobre su privación, que sobre este elemento se cimenta el carácter cierto y actual del daño y además es el eje sobre el cual rota la reparación proveniente de la lesión antijurídica a la expectativa legítima; y en segundo lugar, la incertidumbre acerca de la ganancia esperada o el perjuicio que se pretendía evitar, esto es, que no se sabe a ciencia cierta si se hubiera alcanzado o evitado de haberse extinguido la oportunidad.

De otro lado, en la sentencia del 11 de agosto de 2010 de la Sección Tercera del Consejo de Estado, con ponencia del Consejero Mauricio Fajardo Gómez<sup>7</sup>, se estructuraron los requisitos que configuraban la pérdida de la oportunidad, así: **i) falta de certeza o aleatoriedad del resultado esperado o requisito de aleatoriedad**, exige que se

<sup>6</sup> Para Foulquier "un administrado es titular de un derecho subjetivo cuando cumple las condiciones que le permiten ser considerado como beneficiario del poder de exigir -reconocido por una norma general o individual, sin estar obligado a utilizar ese poder en un objetivo personal socialmente legítimo-, un cierto comportamiento de parte de la persona pública -lo que constituye el objeto de su obligación- a fin de alcanzar una ventaja moral o material que el orden jurídico ha expresamente o implícitamente considerado como lícito": FOULQUIER, Norbert, *Les droits publics subjectifs des administrés. Émergence d'un concept en droit administratif français du XIXe au XXe siècle*, Dalloz, París, 2003, p. 689.

<sup>7</sup> Exp. 18593

verifique que el titular de la expectativa legítima se encontraba –para el momento en que ocurre el hecho- en una situación de *incertidumbre* de ser acreedor del beneficio o ventaja o de evitar el perjuicio, sin embargo, tampoco puede ser que solo exista la conjetura de una *mera expectativa de realización o evitación*. Este aspecto tiene incidencias en el plazo de la indemnización, pues 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 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<sup>8</sup>; superado este primer elemento, puede analizarse **ii) la certeza de la existencia de una oportunidad**, esto es que realmente existía una oportunidad que se perdió, “*una esperanza en grado de probabilidad con certeza suficiente*”<sup>9</sup> –dirá la jurisprudencia en cita-, al punto que de no haber ocurrido el evento dañoso, la víctima habría mantenido la expectativa sobre el resultado. Finalmente, **iii) la pérdida definitiva de la oportunidad**, esto es, la acreditación de que el provecho que se pretendía lograr o el perjuicio que se buscaba evitar se obtuvo de manera definitiva, que se eliminó o que no ingresó al patrimonio –material o inmaterial- de la víctima, pues si 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

<sup>8</sup> A propósito de la pertinencia de este elemento, la doctrina nacional ha señalado: “El requisito de la “aleatoriedad” del resultado esperado es el primer elemento que debe establecerse cuando se estudia un evento de pérdida de la oportunidad. Este requisito constituye un elemento *sine qua non* frente a este tipo de eventos, lo que explica que sea, tal vez, la única característica estudiada con cierta profundidad por la doctrina. // Para comenzar el estudio de este requisito es prudente comprender el significado del concepto “aleatorio”, el cual, según la definición dada en el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, se utiliza para referirse a algo que depende de un evento fortuito (...) Esta condición de la ocurrencia de eventos futuros es trasladada al campo de la pérdida de la oportunidad, campo en el que, como se ha indicado, la materialización del beneficio esperado es siempre incierta debido a que la misma pende para su configuración del acaecimiento de situaciones fortuitas, de un alea, que, como tal, no permite saber si lo esperado se va a producir o no. Es por ello que la persona efectivamente sólo tiene una esperanza en que dicha situación se produzca, para obtener así ese beneficio o evitar la pérdida. Incluso, para algunos autores, el alea es una característica de hecho de la noción de la pérdida de la oportunidad, de tal manera que la víctima debe estar en una posición donde sólo tiene unas esperanzas para obtener lo que buscaba. // Ahora bien, ese alea o evento fortuito del cual depende la ventaja esperada está representado en la verificación de múltiples factores que pueden llevar a la realización de esa esperanza. Así sucede en el caso de un enfermo que tiene una mera expectativa de recuperar su salud, lo cual no sólo va a depender de un tratamiento adecuado sino también de su respuesta al mismo, de su idiosincrasia, de un evento de la naturaleza, etc., motivo por el cual, y a pesar de que reciba un tratamiento adecuado, no se podrá afirmar con certeza si el resultado se habría o no conseguido (...). Debe, entonces, verificarse, en todos los eventos que se pretenda estudiar como supuestos de pérdida de pérdida de la oportunidad, si la ventaja esperada dependía de un evento fortuito, esto es, si pendía de un alea, pues en caso contrario no podrá seguirse con el estudio de los otros elementos de la figura, en atención a que no se tratará de un caso de pérdida de la oportunidad”: 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. 55 y 60.

<sup>9</sup> TRIGO REPRESAS, Félix Alberto, *Pérdida de chance. Presupuestos. Determinación. Cuantificación*, Astrea, Buenos Aires, 2008, pp. 38-39. Citado por la sentencia del 11 de agosto de 2010 de la Sección Tercera de esta Corporación, rad. 18593, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

oportunidad se perdió, ya que dicha ventaja podría ser aún lograda o evitada y, por ende, se trataría de un daño hipotético o eventual<sup>10</sup>.

Finalmente, la Corporación en cita, señaló que la pérdida de la oportunidad se presenta bajo dos supuestos, **positivo o negativo**. El primero, alude a la situación en que la víctima tiene la expectativa legítima de acceder a una situación beneficiosa o de adquirir un derecho, pero que la conducta de un tercero trunca su concreción; *en este caso el juicio de responsabilidad depende de la prueba de la relación causal, es decir, un vínculo fáctico entre la conducta del agente y la frustración de las posibilidades*. En su matiz negativa, la víctima está sumergida en un curso causal desfavorable y tiene la expectativa que por la intervención de un tercero se *evite o eluda* un perjuicio, pero que en razón de la omisión o de la intervención defectuosa de dicho tercero, el resultado dañoso se produce y la víctima padece el perjuicio indeseado<sup>11</sup>, en este supuesto es innecesario el estudio de la causalidad, ya que este no participó desde un punto de vista fáctico en el despojo de la oportunidad; sin embargo, esto no significa que se descarte de plano una atribución de responsabilidad por la pérdida de la oportunidad, ya que este es un problema que deberá ser resuelto necesariamente no mediante el vínculo causal entre la omisión y la pérdida de probabilidades de evitar el menoscabo de un derecho, sino mediante el juicio de imputación por infracción a sus obligaciones que incidieron en el truncamiento de la oportunidad<sup>12</sup>.

<sup>10</sup> A este respecto, la doctrina colombiana presenta este presupuesto en los siguientes términos: "La imposibilidad de obtener la ventaja esperada es un (sic) característica sin la cual no puede solicitarse una indemnización por "pérdida de la oportunidad", por lo cual tanto la jurisprudencia y (sic) como la doctrina acogen esta exigencia sin ningún tipo de discusión. // Ello es así por cuanto si todavía el resultado esperado puede ser alcanzado, la oportunidad no estaría perdida y, en consecuencia, no habría nada que indemnizar. (...) Pensar de manera diferente sería tanto como admitir que una persona que sigue viva y puede aún ser curada por su médico pudiese demandar a un profesional sobre el supuesto de haber perdido la posibilidad de sobrevivir; o el cliente que todavía tiene la posibilidad de que su abogado presente un recurso judicial para hacer efectivos sus derechos, solicitara la indemnización por la pérdida del proceso judicial. Estas situaciones contrastan con el sentido final de la aplicación de esta figura e irían en contravía del principio que exige la existencia de un daño para poder reclamar una reparación. // No hay necesidad de hacer mayores elucubraciones para dar por sentado que la característica analizada debe ser corroborada en todos los procesos en los que se solicita la reparación de la pérdida de una oportunidad": 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, 2011, p. 71 y 72.

<sup>11</sup> Giraldo Gómez precisa que en el ámbito de la responsabilidad del Estado por actividades médicas, la vertiente negativa es la más común, ya que el paciente no tiene en sí la esperanza de obtener un beneficio real, todo lo contrario, al estar involucrado dentro de una ruta patológica y clínicamente adversa a sus intereses que lo puede conducir a sufrir los efectos de un perjuicio cierto y definitivo, tiene la esperanza de que un profesional de la medicina interrumpa el curso causal irreversible; sin embargo, la oportunidad del paciente se extingue por la omisión o la defectuosa atención de la entidad prestadora del servicio de salud, con lo que se produce indefectiblemente la muerte o la lesión. Cfr. GIRALDO GÓMEZ, Luis Felipe, *La pérdida de la oportunidad en la representación civil. Su aplicación en el campo de la responsabilidad civil médica*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011, p. 178 a 187.

<sup>12</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia del 5 de abril de 2017. C.P. Ramiro Pazos Guerrero. Exp. 25706.

## **b. Caso concreto**

En el *sub examine*, los demandantes reclaman la responsabilidad del Estado derivada de la falla del servicio en que presuntamente incurrieron las entidades demandadas, al haber incumplido el fallo proferido por el Tribunal Administrativo de Boyacá el 21 de junio de 2013, en el que se les ordenó que admitieran y permitieran la participación del señor Héctor Gonzalo Monroy Arias en el concurso de méritos de notarios, lo cual a su juicio, supuso para ellos, la causación de perjuicios materiales e inmateriales.

De acuerdo con lo expuesto en precedencia, la Sala debe adentrarse en el estudio de la figura de la **pérdida de oportunidad**, consistente en determinar si en el caso concreto el incumplimiento del aludido fallo por parte de las demandadas causó un daño a los demandantes y si este es imputable a ellas, al haber truncado la posibilidad cierta del señor Monroy Arias de participar en el aludido concurso de méritos, en el evento de que esto resulte cierto, las demandadas serán llamadas a responder y en virtud de ello se tasarán los respectivos perjuicios.

- **Análisis del primer elemento del daño de pérdida de oportunidad: falta de certeza respecto de que si las demandadas hubiesen cumplido el fallo, el señor Héctor Gonzalo Monroy Arias hubiese seguido participando en el concurso de méritos**

Revisado el plenario se constata que mediante el acuerdo No. 1 de 2006 el Consejo Superior de la Carrera Notarial convocó a concurso público y abierto para el nombramiento de los notarios en propiedad e ingreso a la carrera notarial (fl. 33-67); en virtud de esto, el señor Héctor Gonzalo Monroy Arias formalizó su inscripción en el mismo, vía web, para el cargo de Notario de primera categoría en el municipio de Duitama (fl. 68).

Con posterioridad se expidió el Acuerdo No. 7 del 17 de mayo de 2017, *"Por la cual se publica la lista de aspirantes al concurso público y abierto*

*de notarios y la calificación resultante de la valoración y análisis efectuado por el ente operador del concurso sobre méritos y antecedentes” (fl. 69-70), en el que –según el dicho del actor- no fue incluido.*

De lo anterior puede la Sala afirmar que el primer requisito, esto es, el del carácter aleatorio del daño final, se encuentra acreditado, pues no es posible determinar con certeza que con el solo hecho de haberse inscrito en el concurso de méritos referido, el señor Monroy Arias hubiese superado las etapas del mismo y de esta manera se hubiese hecho acreedor a alguna de las plazas ofertadas, pues recuérdese que “...la presentación del concurso de méritos constituye una mera expectativa que sólo puede concretarse con la superación de todas las etapas del mismo, (...). Distinto sería cuando la persona acreedora a un nombramiento en un cargo de carrera no es designada pese a integrar la lista de elegibles y haber obtenido el primer lugar en el correspondiente concurso.”<sup>1314</sup>

**- Del segundo elemento: certeza de la existencia de una oportunidad**

Como se dijo en el acápite anterior, el mencionado señor Monroy Arias no fue admitido en el aludido concurso de méritos, razón por la cual impugnó la referida decisión (fl. 75-77) y mediante la resolución No. 880 del 25 de junio de 2007 el Consejo Superior de la Carrera Notarial decide confirmar la decisión de inadmisión, pues a juicio de ese Organismo, el participante no cumplía con el requisito de experiencia (fl. 115-116).

Ante lo anterior, el actor procedió a interponer acción de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de los aludidos actos administrativos (fl. 122-134); el conocimiento de la misma correspondió en primera instancia al Juzgado Primero Administrativo de Santa Rosa de Viterbo, el cual mediante decisión del 31 de mayo de 2012 denegó las pretensiones invocadas por el actor (fl. 206-215); sin embargo, en

---

<sup>13</sup> Ver. Corte Constitucional. Sentencia SU-133 del 2 de abril de 1998. M.P. José Gregorio Hernández.

<sup>14</sup> Citada por el Consejo de Estado en sentencia de acción de tutela dentro del radicado 2012-000067-01 (AC) del 29 de noviembre de 2012, de la Sección Segunda, con ponencia del Consejero Gerardo Arenas Monsalve.

decisión de segunda instancia proferida el 21 de junio de 2013 por el Tribunal Administrativo de Boyacá Sala No. 10 de Descongestión se revocó la aludida decisión y se dispuso lo siguiente (fl. 245-260):

"(...)

**SEGUNDO: SE DECLARA LA NULIDAD PARCIAL** del Acuerdo No. 7 de 2007, expedido por el Consejo Superior de la Carrera Notarial, por medio del cual se negó al actor señor HECTOR GONZALO MONROY ARIAS la posibilidad de participar en el concurso convocado mediante acuerdo No. 01 de 2006.

**TERCERO: SE DECLARA LA NULIDAD** de la resolución No. 000880 del 25 de junio de 2007, expedido por el Presidente del Consejo Superior de la Carrera Notarial, por medio del cual se resolvió el recurso de reposición presentado contra el Acuerdo No. 7 de 2007, confirmando la decisión en todas sus partes.

**CUARTO:** Como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, se ordena al Consejo Superior de la Carrera Notarial, que con base en la CALIFICACION realizada por esta Corporación de la experiencia demostrada por el señor HECTOR GONZALO MONROY ARIAS, proceda a ADMITIRLO y PERMITIRLE el acceso a todas las etapas del concurso público de méritos convocado mediante Acuerdo 01 de 2006, tal y como se manifestó en la parte motiva de este proveído.

(...)”

Para arribar a las anteriores declaraciones, el Juez de conocimiento señaló que para efectos de computar el requisito de experiencia establecido en el acuerdo 01 de 2006, debía tenerse en cuenta toda la experiencia acreditada por el concursante Monroy Arias, los mismo que la adquirida en el ejercicio de la profesión de abogado, en forma concomitante con otras funciones o actividades jurídicas, las cuales –a juicio del *ad-quem* cumplía a cabalidad, razón por la cual dispuso no solo que se admitiera al referido concurso de méritos, sino que se le garantizara su participación en el mismo.

De lo anterior, puede la Sala inferir que el mencionado señor Monroy Arias efectivamente tenía una expectativa cierta y razonable de continuar participando en el aludido concurso de notarios, puesto que así lo dispuso la sentencia que fue proferida a su favor. En cuanto al grado de

probabilidad de expectativa legítima del actor de seguir participando en el concurso, debe señalarse que la misma está plenamente demostrada, pues así lo declaró un Juez de la República y de haberse dado cumplimiento al aludido fallo, el señor Monroy Arias había podido sin lugar a dudas continuar en el proceso de selección.

**- Del tercer elemento: pérdida definitiva de la oportunidad**

La probabilidad o expectativa que tenía el señor Monroy Arias de continuar participando en el concurso de méritos se tornó inexistente cuando el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Superintendencia de Notariado y Registro y Secretario Técnico del Consejo Superior de la Carrera Notarial expidió el oficio OAJ-2725 del 25 de septiembre de 2013, en el cual informaba acerca de la imposibilidad de cumplir el fallo proferido por el Tribunal Administrativo de Boyacá en el que se ordenaba admitir al actor (fl. 270-278). Para fundamentar esto señaló que luego de que el señor Monroy Arias fuera inadmitido del concurso, éste procedió a interponer acciones de tutela que no resultaron prosperas; que por consiguiente el Consejo Superior, una vez superadas las diferentes etapas con los concursantes hábiles, **conformó las listas de elegibles** las cuales fueron remitidas a los respectivos nominadores, entre estas, las correspondientes al círculo notarial al cual aspiraba el actor. Que esto se hizo efectivo mediante el Acuerdo No. 142 del 9 de junio de 2008, registro que estuvo vigente hasta el **11 de junio de 2010**.

Se agregó en el aludido oficio, que posteriormente la Corte Constitucional mediante la sentencia SU-913 de 2009 reconoció firmeza y ejecutoria a las aludidas listas de elegibles, por lo cual afirmó que "... resulta imposible para el Consejo Superior de la Carrera Notarial, modificar las listas de elegibles para el Círculo Notarial de Duitama, Boyacá, contenidas en el Acuerdo 142 de 9 de junio de 2008, habida cuenta la orden impartida por la H Corte Constitucional en los numerales aquí descritos en la Sentencia SU-913 de 2009" (fl. 274).

Como se aprecia, la expectativa de ventaja que tenía el actor desapareció con la negativa del Consejo Superior de la Carrera Notarial al haber señalado la imposibilidad de dar cumplimiento al aludido fallo pues para cuando se expidió la sentencia que ordenó su admisión (**21 de junio de 2013**) el concurso de méritos no solo había finiquitado, sino que el registro de elegibles había perdido vigencia desde el **11 de junio de 2010**, lo cual impedía efectivamente que el señor Monroy Arias, a pesar de haber sido admitido al aludido concurso de méritos, pudiera continuar participando en el mismo.

En suma la Sala puede colegir sin ambages que la oportunidad que tenía el actor de continuar en el aludido proceso de selección desapareció y con ello, la imposibilidad definitiva de obtener el provecho que pretendía.

En este punto se debe recordar que el daño por la pérdida de oportunidad se compone de dos elementos, uno de certeza y otro de incertidumbre, el primero se encuentra acreditado en la medida en que el actor efectivamente contaba con una expectativa seria y real de continuar concursado, pero a la vez no se contaba con la certeza de que de haber seguido en el proceso hubiese conseguido el resultado que esperaba, esto es, la superación de las etapas del concurso y el acceso a una de las plazas ofertadas, esto último en razón a que la aludida convocatoria se componía de la *i*) acreditación del cumplimiento de requisitos generales, *ii*) prueba de conocimientos y *iii*) entrevista (arts. 10, 15, 18 del acuerdo 01 de 2006 a folios 59 a 64), las cuales debían ser superadas por el demandante y respecto de las cuales no se podría haber avizorado su resultado hasta tanto éste las cursara.

#### - **De la imputación del daño de pérdida de oportunidad**

Como se dijo en acápite anterior, son dos los supuestos de responsabilidad del daño por pérdida de oportunidad, esto es, positivo o negativo; en el caso se presenta el primero de ellos, en la medida que el señor Monroy Arias tenía la expectativa legítima de recibir un beneficio, pero con la conducta de un tercero se frustra definitivamente la esperanza

de su concreción. En efecto, la expectativa alude a la posibilidad cierta de ser admitido al concurso, de continuar participando en él y la acción de un tercero, en este caso, la imposibilidad por parte del Consejo Superior de la Carrera Notarial de garantizarle esto último, en razón a que para el momento en que es proferido el fallo que así lo dispuso, el concurso de méritos no solo había finiquitado, sino que los registros de elegibles ya habían perdido vigencia.

Así, en el caso, - se reitera- el juicio de responsabilidad depende de la prueba de la relación causal o del vínculo fáctico entre la conducta del agente y la frustración de las posibilidades, para la Sala tal vínculo se encuentra demostrado con la manifestación hecha por el Consejo Superior de la Carrera Notarial de la imposibilidad de admitir y garantizar la participación del señor Monroy en el concurso de méritos, pues con ello, se configuró la falla del servicio, al haberse truncado la expectativa que éste último tenía se **seguir en el proceso de selección**, esto último se subraya pues a contrario de lo señalado por el actor, lo que se frustró no fue su acceso al cargo ofertado, pues respecto de esto no se tiene ni se podría tener certeza alguna, sino de seguir participando, que es la expectativa que se evidencia malograda.

De todo lo anterior puede colegirse que la pérdida de oportunidad del señor Monroy Arias se continuar en el proceso de selección de notarios, comporta un daño antijurídico, imputable al Consejo Superior de la Carrera Notarial, toda vez que no se hallaba en la obligación de que se extinguiera su expectativa de continuar participando en el mismo, circunstancia que conduce a declarar su responsabilidad.

### **c. La liquidación de perjuicios**

Sobre el particular la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado ha sostenido que en eventos como el *sub judice*, en los que se dificulta la determinación de la indemnización o la cuantía del daño por pérdida de oportunidad, ha acudido a la equidad y al principio *pro damnato*, y en virtud de ellos ha señalado lo siguiente:

**"Daño consistente en la pérdida de la oportunidad."**

Como quiera que, conforme lo ha sostenido la Sala en reiteradas ocasiones<sup>15</sup>, no obran en el expediente elementos probatorios que puedan ser valorados con miras a establecer, con fundamento en criterios técnicos, estadísticos y apoyándose en información objetiva y contrastada, la cuantía del daño que por concepto de pérdida de oportunidad le fue irrogado a la parte demandante, la Sala acudirá al criterio de la equidad como principio que el ordenamiento jurídico –artículo 16 de la Ley 446 de 1998<sup>16</sup>– impone tener en cuenta para efectos de reparar de forma integral el daño causado por la acción o la omisión de las autoridades públicas, a cuyo auxilio debe acudirse, además, por virtud del denominado principio pro damnato, propio del derecho de daños y que –sin duda– ha de hacer sentir su vigor en escenarios como el del presente caso, en el cual se encuentran acreditados todos los elementos necesarios para imponer al Estado la obligación de reparar el daño antijurídico que causó, puesto que resulta altamente improbable –por no decir que materialmente imposible– recaudar elementos demostrativos que permitan cuantificar de forma técnica, con apoyo en elementos matemáticos y/o estadísticos, el monto del perjuicio a indemnizar.

Dado que el perjuicio autónomo que aquí se indemniza no deviene exactamente de la ausencia de una sentencia condenatoria, sino de la pérdida de oportunidad que se les cercenó a los demandantes la posibilidad de obtener una sentencia en derecho, la Sala no se pronunciará respecto de los perjuicios materiales solicitados en la demanda, sino que se reconocerá, con fundamento en el principio de equidad antes mencionado y en el arbitrio juris, una suma genérica para los demandantes, se reitera, ante la imposibilidad de definir el grado de afectación que les produjo el daño antijurídico"<sup>17</sup>

Con apoyo en esto y teniendo en cuenta que el perjuicio que aquí se reclama no deviene de la imposibilidad del señor Monroy Arias de haber sido nombrado notario como conclusión del concurso de méritos en el cual participó –como se afirma en la demanda–, sino de la pérdida de oportunidad de seguir participando en el mismo, por la negativa de la demandada de dar cumplimiento al fallo judicial que así lo dispuso, no puede la Sala entrar a establecer la cuantía del daño que por este concepto se le causó al actor, puesto que no se cuenta con los criterios

---

<sup>15</sup> Sentencias de: 7 de julio de 2011 (expediente 20.139), 27 de abril de 2011 (expediente 18.714) y 8 de junio de 2011 (expediente 19.360).

<sup>16</sup> Precepto cuyo tenor literal es el siguiente: "Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales".

<sup>17</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 12 de mayo de 2016. C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. Exp. 40202

técnicos, estadísticos o soporte en información objetiva y contrastada que permita arribar a la determinación del perjuicio por la pérdida de oportunidad en este caso.

Lo anterior, por cuanto si bien a folios 551 a 667 reposa dictamen pericial decretado a instancia de la parte actora y cuyo objeto era "*tasar los perjuicios económicos y las sumas dejadas de percibir por parte del señor HECTOR GONZALO MONROY*"<sup>18</sup>, lo cierto es que el mismo se rindió sobre lo que el demandante dejaría de percibir si hubiese sido nombrado Notario, esto es, si hubiese superado las etapas del concurso y accedido a alguna de las plazas ofertadas; sin embargo, como se dijo, el daño que aquí se indemnizará no es éste, sino la pérdida de la oportunidad del señor Monroy de **continuar participando en el proceso de selección** –se reitera– y en virtud de ello le es dable a la Sala afirmar que en el expediente no obran elementos probatorios que pueda ser valorados con miras a establecer la indemnización en esta clase de daño y además, porque de acuerdo a la naturaleza del daño en este caso, resulta altamente improbable o imposible recaudar elementos probatorios que permitan cuantificar de forma técnica el monto del perjuicio a indemnizar por la pérdida de oportunidad que sufrió el demandante.

Por lo anterior y con fundamento en la jurisprudencia citada, la Sala acudirá al criterio de la equidad (art. 16 de la ley 446 de 1998<sup>19</sup>) y del principio *pro damnato* y a efectos de reparar de forma integral el daño causado por la omisión de la demandada, al encontrarse acreditados todos los elementos necesarios para imponer al Estado la obligación de reparar el daño antijurídico que causó, y en virtud de ello no se pronunciará acerca de los daños materiales o morales solicitados en la demanda, sino que se reconocerá una suma genérica para el demandante HECTOR GONZALO MONROY ARIAS, quien fue el directamente afectado con la pérdida de oportunidad, al haber sido participante en el concurso de méritos que vio truncada su posibilidad de continuar participando en

---

<sup>18</sup> Como se decretó en la audiencia inicial a folio 521

<sup>19</sup> **ARTICULO 16. VALORACION DE DAÑOS.** Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales.

el mismo con la negativa de la demandada de cumplir el fallo que así se lo ordenaba.

Por consiguiente, por concepto del daño consistente en la falla del servicio por la pérdida de oportunidad de continuar participando en el concurso de méritos de notarios, se reconocerá al señor HECTOR GONZALO MONROY ARIAS, un monto equivalente a 30 SMMLV por este concepto.

- **Costas**

En virtud de lo previsto en el numeral quinto del artículo 365 del C. G. P., la Sala se abstendrá de condenar en costas por prosperar de manera parcial las pretensiones de la demanda.

#### **IV. DECISION**

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 6 del Tribunal Administrativo de Boyacá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

#### **FALLA:**

**PRIMERO: DECLARAR** patrimonial y extracontractualmente responsable a la SUPERINTENDENCIA DE NOTARIADO Y REGISTRO- CONSEJO SUPERIOR DE LA CARRERA NOTARIAL, por la pérdida de oportunidad del señor HECTOR GONZALO MONROY ARIAS de continuar participando en el concurso de méritos para proveer cargos de notarios, conforme lo expuesto en la parte motiva.

**SEGUNDO:** Como consecuencia de lo anterior, **CONDÉNASE** a la SUPERINTENDENCIA DE NOTARIADO Y REGISTRO- CONSEJO SUPERIOR DE LA CARRERA NOTARIAL a pagar, por concepto de pérdida de oportunidad al señor HECTOR GONZALO MONROY ARIAS, el equivalente a 30 SMMLV.

**TERCERO: DENIEGANSE** las demás pretensiones de la demanda.

**CUARTO:** Sin condena en costas.

**QUINTO: CÚMPLASE** lo dispuesto en esta providencia, en los términos establecidos en el artículo 192 del CPACA.

**COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.**

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala de Decisión No. 6 del Tribunal Administrativo de Boyacá, en sesión de la fecha.

  
**FELIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS**  
Magistrado

  
**FABIO IVÁN AFANADOR GARCÍA**  
Magistrado

  
**LUIS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA**  
Magistrado

**HOJA DE FIRMAS**

Medio de control: Reparación Directa  
Demandante: Héctor Gonzalo Monroy Arias  
Demandado: Superintendencia de Notariado y registro y otros  
Radicación: 15001233300020150057300

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO  
DE BOYACÁ  
NOTIFICACION POR ESTADO  
El auto anterior se publica por estado  
No 117 de hoy. 01 100 2017  
EL SECRETARIO 