

ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA – Condena

SÍNTESIS DEL CASO: La sociedad SAGRO S.A., dedicada a la producción y comercialización de tilapia roja, tenía establecido su domicilio en el municipio de San Francisco –Antioquia, fue atacada por miembros del grupo subversivo del ELN. Con anterioridad, recibieron amenazas del grupo ilegal, las cuales fueron informadas oportunamente al Ministerio de Defensa Nacional, a la Gobernación de Antioquia, al Departamento de Policía y al Comando de la Cuarta Brigada del Ejército Nacional, entidades éstas que se negaron a prestar la seguridad a las instalaciones de la empresa.

FALLA DEL SERVICIO DEL MINISTERIO DE DEFENSA / OMISION DE DEBERES LEGALES Y CONSTITUCIONALES / POSICIÓN DE GARANTE INSTITUCIONAL / PROTECCIÓN A LA POBLACIÓN EN GENERAL / OMISIÓN EN EL DEBER DE PROTECCIÓN Y SEGURIDAD / DAÑOS OCASIONADOS A EMPRESA PISCULTORA POR ATAQUE GUERRILLERO

[E]n el presente caso se configuró una falla del servicio puesto que, si bien ninguna de tales autoridades cometió el hecho dañoso, no es menos cierto que con razonable antelación (tres meses antes del daño) habían sido informadas sobre la acción de los subversivos en inmediaciones de la finca perteneciente a SAGRO S.A. (...) a las instituciones demandadas no les habría de resultar inesperado y sorpresivo el ataque producido, ya que, se insiste, era conocida para ellas y constituía un hecho notorio la situación de violencia que azotaba a la región oriental de Antioquia, además de estar plenamente informadas sobre las extorsiones que el grupo subversivo le estaba haciendo a la compañía piscícola. En ese orden de ideas, era esperable que el grupo subversivo que operaba en la zona atentara contra el patrimonio y el personal mismo de la sociedad SAGRO S.A. como en efecto lo hizo, por lo cual las entidades demandadas debían adoptar medidas eficaces para evitar el resultado dañoso –en un contexto de protección a la población en general-. Precisamente allí, en ese conocimiento de las acciones del frente Carlos Alirio Buitrago del ELN, radicaba la posición de garante institucional que debió ser asumida por el Estado, otorgando la suficiente protección que necesitaban los habitantes de esa zona, especialmente en razón del peligro que corrían quienes venían siendo amenazados por ese grupo guerrillero. Sin embargo, comoquiera que tal intervención no se produjo mientras que sí se negó la Fuerza Pública a ejecutar acciones de protección y defensa dentro de lo permitido por el marco legal de sus competencias, incurrió en una falla del servicio que contribuyó a la producción del daño, circunstancia que desencadenó la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública.”

SUBROGACIÓN LEGAL HASTA POR EL VALOR NO RECONOCIDO POR EMPRESA ASEGURADORA

[A]l operar la indicada subrogación por ministerio de la ley, a favor del asegurador y hasta la concurrencia del importe pagado él, la víctima del siniestro no está legitimada para demandar al responsable del daño, sino por los conceptos y las sumas que no hayan sido cobijadas por el respectivo seguro. En ese orden de ideas, resulta claro que en el presente caso, la sociedad SAGRO S.A. –en liquidación sólo ostenta legitimación en la causa por activa para demandar –en efecto- a la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército y Policía Nacional, por los perjuicios y los montos no cubiertos por Suramericana de Seguros S.A. en virtud de la póliza N° 03000-0371615

CONFIGURACIÓN DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD / CONDENA EN ABSTRACTO POR DAÑO EMERGENTE Y PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD

NO PROCEDE LA CONDENA EN COSTAS – Falla del servicio de la fuerza pública

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: HERNÁN ANDRADE RINCÓN

Bogotá, D.C., catorce (14) de junio dos mil diecisiete (2017)

Radicación número: 05001-23-31-000-2002-03724-01(46648)

Actor: SOCIEDAD AMIGOS DEL AGRO S.A. Y OTROS

Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA

Referencia: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA

***Temas:** Responsabilidad del Estado por atentados perpetrados por grupos al margen de la ley contra particulares; imputación con fundamento en la falla del servicio, omisión del deber de protección y seguridad; subrogación legal por pago de perjuicios a cargo de compañía de seguros; ausencia de prueba del lucro cesante; configuración de la pérdida de oportunidad; condena en abstracto por daño emergente y pérdida de oportunidad.*

Atendiendo la prelación frente a estos asuntos dispuesta en el artículo 16 de la Ley 1285 de 2009¹ y con apoyo en lo decidido por la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado en sesión del 26 de enero de 2017, se deciden los recursos de apelación interpuestos por las partes contra la sentencia de fecha 22 de febrero de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, mediante la cual se profirieron las siguientes declaraciones y condenas:

¹ “Del orden y prelación de turnos. Cuando existan razones de seguridad nacional o para prevenir la afectación grave del patrimonio nacional o **en el caso de graves violaciones de derechos humanos o de crímenes de lesa humanidad**, o de asuntos de especial trascendencia social, Las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia, las Salas, Secciones o Subsecciones del Consejo de Estado, la Sala Jurisdiccional del Consejo Superior de la Judicatura o la Corte Constitucional, señalarán la clase de procesos que deberían ser tramitados y fallados preferentemente. Dicha actuación también podrá ser solicitada por el Procurador General de la Nación”.

“PRIMERO: DECLARAR ADMINISTRATIVAMENTE RESPONSABLE A LA NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA Y EJÉRCITO NACIONAL por los perjuicios ocasionados a la sociedad AMIGOS DEL AGRO S.A., con la destrucción del establecimiento de comercio de su propiedad, con ocasión de la toma guerrillera perpetrada por miembros del grupo guerrillero ELN el día 7 de septiembre de 2000”.

SEGUNDO: COMO CONSECUENCIA DE LO ANTERIOR, CONDENAR A LA NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA Y EJÉRCITO NACIONAL A PAGAR EN ABSTRACTO O IN GENERE, LOS PERJUICIOS MATERIALES EN SU MODALIDAD DE DAÑO EMERGENTE , QUE SE LOGREN DEMOSTRAR EN EL INCIDENTE DE LIQUIDACIÓN QUE SE TRAMITE CON ARREGLO A LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 72 DEL C.C.A. (...).

TERCERO: PROSPERA LA OBJECIÓN POR ERROR GRAVE FORMULADAS POR LAS ENTIDADES DEMANDADAS RESPECTO AL DICTAMEN RENDIDO POR EL PERITO CONTADOR.

CUARTO: NO PROSPERA LA TACHA FORMULADA CONTRA EL TESTIGO RODRIGO LONDOÑO DE LA CUESTA, POR LAS RAZONES EXPUESTAS EN LA PARTE MOTIVA DE ESTA SENTENCIA.

SEXTO: NEGAR LAS DEMÁS PRETENSIONES DE LA DEMANDA”².

I.- ANTECEDENTES

1.1.- La demanda y su trámite.

1.1.1. Mediante escrito presentado el 30 de agosto de 2002, la sociedad Amigos del Agro S.A.- en liquidación (en adelante SAGRO S.A.) instauró demanda en ejercicio de la acción de reparación directa contra la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército y Policía Nacional, con el fin de que se les declarara administrativa y patrimonialmente responsables *“como consecuencia del incumplimiento del deber de seguridad, protección, salvaguardia y custodia de*

² Fls. 856 y 857 del cuaderno de apelación.

sus bienes”, que derivó en una incursión realizada por un grupo subversivo en terrenos de propiedad de la empresa.

Solicitó la parte actora que, consecuentemente, a título de indemnización, se reconocieran *“los valores de los daños y perjuicios patrimoniales en su manifestación de daño emergente y lucro cesante, pasados y futuros, sufridos como consecuencia del daño antijurídico causado por los demandados”*, así como *“todos y cada uno de los perjuicios extrapatrimoniales [o inmateriales] debidamente actualizados al momento del pago, derivado de la pérdida de imagen y exposición al buen nombre comercial de la mencionada sociedad y frustración del desarrollo de su objeto, que llevaron a la liquidación anticipada a consecuencia del daño”*, todo ello estimado en cuantía superior a los \$500'000.000³.

Como **fundamentos de hecho** de sus pretensiones la actora narró, en síntesis, que mediante escritura pública N° 3400 del 17 de diciembre de 1991 se constituyó en la ciudad de Medellín la sociedad SAGRO S.A., con miras a desarrollar un proyecto de producción y comercialización de tilapia roja, tanto en Colombia como en el mercado internacional. Afirmó que el plan empresarial fue sometido a un riguroso estudio de factibilidad y a la ejecución de un programa piloto, cuyas resultas reflejaron una amplia vocación de prosperidad del negocio, lo cual dio vía libre para que se iniciara el desarrollo del plan a gran escala a partir del año 1997.

Señaló que, a efectos de desarrollar el proyecto productivo, la sociedad adquirió un terreno de 290 hectáreas en inmediaciones de los municipios de Sonsón y San Francisco – departamento de Antioquia-, en donde se fueron construyendo, en varias fases, múltiples estanques para la reproducción y engorde de los peces.

Indicó que en el año 2000 comenzó la segunda etapa del proyecto productivo, que ya venía en proceso de desarrollo a gran escala, con resultados satisfactorios y un buen comportamiento en el mercado. Agregó que, entre los años 1994 y 2000, el plan fue adelantado sin ningún problema de seguridad.

Manifestó que, en la madrugada del 13 de mayo de 2000, 80 hombres que se presentaron como miembros del ELN incursionaron en las instalaciones de SAGRO S.A. en inmediaciones del municipio de Sonsón. De allí sustrajeron todos los

³ Fls. 191, 192 y 227 del C1.

elementos existentes y dinamitaron algunas instalaciones, además de secuestrar por el lapso de un día a dos trabajadores de la empresa.

Indicó que, a través de los empleados inicialmente retenidos, el grupo guerrillero le advirtió a SAGRO S.A. que debía pagar cuantiosas sumas de dinero si quería seguir operando en la región, so pena de que todas sus instalaciones fueran destruidas.

Señaló que, pese a estas amenazas, la firma continuó operando con gran esfuerzo para salir adelante, no sin antes solicitar protección a las Fuerzas Armadas de Colombia e informar de los hechos al Ministerio de Defensa Nacional, a la Gobernación de Antioquia, al Departamento de Policía de Antioquia y al Comando de la Cuarta Brigada del Ejército Nacional.

Sostuvo que, en un primer momento, las entidades demandadas se limitaron a remitirse entre ellas las comunicaciones dirigidas por la sociedad y, posteriormente, se negaron a brindar seguridad específica para la empresa, por considerar que no era de su competencia. Según la demanda, el Departamento de Antioquia señaló que el asunto debía ser resuelto por el Ejército Nacional, mientras que dicha institución militar consideró que, no siendo su deber disponer de tropas para proteger puntualmente a SAGRO S.A., debía esta empresa contratar vigilancia privada o acudir a la Policía Nacional, entidad que también había señalado previamente, que la inquietud de la hoy demandante debía ser atendida por el ejército.

Afirmó que la empresa *Cementos Río Claro*, ubicada a siete kilómetros de SAGRO S.A. sí recibió protección del Ejército Nacional y de la Policía Nacional.

Indicó que el 23 de junio de 2000 el ELN ratificó sus amenazas, por lo cual el representante de la sociedad SAGRO S.A. acudió nuevamente ante el Ejército Nacional, sin éxito.

Agregó que el 7 de septiembre de 2000, el ELN finalmente dinamitó las instalaciones de la finca Playa Linda -perteneciente a la empresa-, amedrentó violentamente a los trabajadores y acabó con los estanques, la bomba de agua, los ductos de conducción hídrica, un tractor y las especies acuáticas allí existentes. Afirmó que en el momento del ataque, el gerente de SAGRO S.A. se encontraba en Medellín y que, al ser enterado de los hechos, se contactó telefónicamente con la Cuarta Brigada del Ejército Nacional, unidad que prometió enviar equipos aéreos, lo cual nunca ocurrió.

Manifestó que la irrupción violenta del ELN en la finca Playa Linda minó de manera definitiva la posibilidad de continuar el proyecto productivo de SAGRO S.A., en un momento en que estaba logrando un magnífico posicionamiento en el mercado.

Aseveró que el profundo impacto económico de estos hechos violentos precipitó la entrada en liquidación de la sociedad, dadas las cuantiosas pérdidas patrimoniales sufridas a raíz del ataque.

Concluyó que el Estado colombiano se abstuvo de tomar las medidas necesarias para evitar el hecho dañoso, a pesar de que había sido anunciado de manera reiterada.

1.1.2. La demanda fue admitida por el Tribunal Administrativo de Antioquia mediante providencia del 5 de septiembre de 2002 y se notificó a las entidades demandadas en el mes de marzo de 2003⁴. Asimismo, la adición de la demanda –*que añadió solicitudes probatorias*- fue admitida por el *a quo* el 14 de julio de 2003⁵.

1.2 Las contestaciones a la demanda

1.2.1. El Ministerio de Defensa - Ejército Nacional- señaló que no le constaban los hechos relativos al éxito comercial que prometía el proyecto productivo de la demandante y negó que fuera su obligación brindarle protección individual y particular a una sociedad privada. En punto a este aspecto expresó que, de haberse accedido a la solicitud de protección específica elevada por SAGRO S.A., se habría quebrantado el principio constitucional de igualdad y caído en la postura errada según la cual el Estado debía ser un ente paternalista y protector.

Manifestó que el acto violento perpetrado por el ELN no había ocurrido por falta de protección estatal, dado que los cuerpos armados oficiales no tenían la obligación de permanecer en los predios de SAGRO S.A. ni de ninguna otra empresa particular.

⁴ Fls 230 al 245 del C1.

⁵ Fl. 274 del C1.

Señaló que la situación generalizada de violencia que ha vivido el país en los últimos decenios, ha generado que todos los habitantes sean víctimas potenciales del “terrorismo” –según sus palabras-, en punto a lo cual subrayó que las obligaciones de la Fuerza Pública eran de medio y no de resultado.

Sostuvo que era carga de la parte actora demostrar la omisión atribuible al Ejército Nacional, para lo cual no le bastaba con probar la posición de garante y la “no acción”, sino que debía, además, acreditar que el Estado tenía la posibilidad real y concreta de impedir el daño. Con base en esta postura, afirmó a lo largo de su contestación el carácter “relativo” de las obligaciones de protección y seguridad que el ordenamiento le ha asignado a las Fuerzas Armadas.

Por otro lado, se opuso al decreto del dictamen pericial solicitado por la parte actora, por cuanto, según lo señalado en la demanda, dicha prueba debía fundarse supuestamente en un concepto técnico inicial que se adujo como adjunto al libelo, pero que no fue trasladado a la parte pasiva con los demás anexos⁶.

1.2.2. A su turno, la Policía Nacional manifestó que el hecho dañoso no le era atribuible, toda vez que había sido perpetrado por un tercero al margen de la ley. En tal virtud propuso las excepciones de “hecho de un tercero e inexistencia de responsabilidad”, en virtud de las cuales también expresó que la actuación de los grupos insurgentes no acarrea de manera indefectible la responsabilidad patrimonial del Estado, especialmente si los actos de la insurgencia eran generalizados e imprevisibles.

En su defensa, trajo a colación varios extractos jurisprudenciales relativos a la improcedencia de exigirle al Estado el logro de objetivos imposibles y la evitación de todos los daños que puedan sufrir los administrados⁷.

1.3. Mediante auto del 19 de septiembre de 2003, el Tribunal Administrativo de Antioquia abrió el proceso a pruebas y, una vez concluido el período probatorio, en providencia de 27 de septiembre de 2011 corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que, si lo consideraba pertinente, rindiera concepto de fondo⁸.

⁶ Fls. 246 al 261 del C1.

⁷ Fls. 266 al 270 del C1.

⁸ Fls. 275, 276 y 712 del C1.

En sus alegatos, la parte actora reiteró los hechos y pretensiones de la demanda y manifestó que estos elementos habían sido plenamente acreditados en el proceso, al igual que la falla del servicio del Estado, consistente en no haber brindado protección y seguridad a la empresa SAGRO S.A., ni haber tomado las medidas pertinentes para impedir los ataques que venían siendo anunciados por el ELN y fueron perpetrados finalmente, por ese grupo subversivo. En tal sentido, subrayó que las autoridades demandadas tenían conocimiento previo del plan que tenían los insurgentes para atacar las instalaciones de la mencionada sociedad y bloquear violentamente el desarrollo de su actividad económica, de suerte que el hecho dañoso resultaba previsible y evitable para las fuerzas estatales.

En todos estos aspectos insistió la parte demandante a lo largo de su escrito de conclusiones⁹.

El Ministerio Público y los demás sujetos procesales, guardaron silencio.

1.4. La sentencia apelada¹⁰.

Cumplido el trámite legal correspondiente, el Tribunal Administrativo de Antioquia profirió fallo el 22 de febrero de 2012, oportunidad en la cual accedió a las pretensiones de la demanda en los términos transcritos al inicio de esta sentencia.

A tal decisión arribó el *a quo* por considerar que las autoridades demandadas se habían sustraído del cumplimiento de sus funciones, al abstenerse injustificadamente de brindar protección y seguridad a los trabajadores y los bienes de la sociedad SAGRO S.A., pese a que habían sido ampliamente informadas sobre las incursiones que el ELN había hecho en la indicada empresa, antes de perpetrar los actos violentos del 7 de septiembre del año 2000.

Reprochó que las instituciones demandadas se hubieran mantenido inanes ante las solicitudes formuladas por el representante de SAGRO S.A. bajo el argumento –esgrimido por la parte pasiva- de que la sociedad comercial debía contratar más bien el servicio de vigilancia privada para contrarrestar los ataques que ya venía

⁹ Fls 793 al 823 del C1.

¹⁰ Fls. 836 al 857 del cuaderno de segunda instancia.

sufriendo a manos del ELN. En punto a estas aseveraciones, el Tribunal recalcó que, si bien, la jurisprudencia había desarrollado el principio de la denominada “*relatividad de la falla*”, lo cierto era que esta figura no podía ser aplicada en el *sub lite*, puesto que aquí el hecho dañoso resultaba previsible para las instituciones del Estado, de suerte que surgía para éstas la obligación legal de actuar y, al haber sido desatendido tal llamado de la ley, les era atribuible la responsabilidad pregonada en el libelo.

Subrayó que en el plenario obraba prueba de que la Fuerza Pública hacía presencia en los municipios antioqueños aledaños al sitio del ataque, no obstante lo cual, la falla del servicio no se derivaba de su supuesta ausencia en la región sino de la negligencia que mostraron las autoridades al desoír las peticiones de auxilio elevadas por la empresa demandante. Sobre el particular, dijo:

“... en el presente caso, la sociedad se enfrentaba a un problema de orden público de gran envergadura, situación que por ningún motivo podía delegarse en manos de grupos de seguridad privada, pues es la misma Constitución la que asigna al Ejército Nacional la función de preservar y conservar el orden público en todo el territorio nacional. Además, por tratarse de un conflicto de alta intensidad y teniendo en cuenta la zona en la cual estaba ubicada la compañía, esto es, el Magdalena Medio, en la cual los grupos guerrilleros y paramilitares ejercían una presencia constante, se exigía por parte de las Fuerzas Armadas, mayores acciones tendientes a contrarrestar los efectos de la presencia de dichos grupos en la región (...), el Ejército y la Policía tenían el deber de atender la solicitud de protección de la sociedad (demandante), más aún cuando las incursiones ya se habían presentado con anterioridad”¹¹.

En lo relativo a los perjuicios, el Tribunal de primera instancia resolvió imponer *condena en abstracto* por concepto de *daño emergente*, al encontrar que la causación de ese perjuicio estaba acreditada en el plenario, pero no así la cuantía exacta de las pérdidas, de modo que el establecimiento del valor respectivo debía hacerse mediante incidente, bajo las reglas procesales dispuestas para tal fin.

A renglón seguido, señaló que no había lugar a conceder indemnización por concepto de *lucro cesante* en la medida en que las probanzas de la actuación

¹¹ Fl. 854 del cuaderno de segunda instancia.

evidenciaban que la empresa no percibía aún ganancias en el momento del hecho dañoso, por lo cual, los estimativos futuros hechos por la parte actora en su escrito de demanda no tenían el carácter de daño cierto sino sólo una naturaleza “*eventual o contingente*”, no susceptible de indemnización alguna.

Por otro lado, el sentenciador de primer grado declaró próspera la objeción por error grave presentada contra el dictamen pericial rendido en la actuación, por encontrar que dicha prueba técnica carecía de soportes y fundamentos que explicaran con suficiencia las cifras tasadas por concepto de perjuicios materiales. En punto a ello, señaló que los balances de la empresa y los testimonios del proceso reflejaban pérdidas netas entre los años 1998 y 2000, lo cual no guardaba concordancia con las “*utilidades*” referidas en la experticia ni con el cálculo que con fundamento en ellas realizó el perito. Asimismo, señaló que la estimación del *daño emergente*, hecha en el dictamen, carecía de respaldo probatorio puesto que no obraba el inventario detallado de los bienes destruidos por los subversivos.

1.5. Los recursos y el trámite en segunda instancia.

Inconformes con la anterior decisión, las partes interpusieron sendos recursos de apelación, los cuales fueron concedidos el 17 de septiembre de 2012 y admitidos por esta Corporación a través de auto del 26 de abril de 2013¹².

1.5.1. La Nación – Ministerio de Defensa – **Ejército Nacional** afirmó que la sentencia debía ser revocada puesto que en el momento del ataque perpetrado por el ELN, la entidad estatal estaba cumpliendo con sus funciones de defensa de la soberanía, la independencia y la integridad nacionales.

Señaló que sus obligaciones eran de medio y no de resultado, de modo que no estaba llamada a garantizar en términos absolutos la protección de todos y cada uno de los ciudadanos y sus bienes, al punto que la propia Corte Constitucional ha sostenido que no es posible creer que la consagración del derecho a la vida en la Carta Política obre como una fórmula mágica sobre la realidad política y social del país. Bajo esta línea concluyó que, frente al daño derivado de actos violentos perpetrados por terceros, la falla del servicio no podía predicarse de un Estado ideal, sin tener en cuenta la realidad colombiana.

¹²Fis. 916 y 926 del cuaderno de segunda instancia.

Tras reproducir *in extenso* algunos extractos jurisprudenciales referentes a las pruebas necesarias para declarar la responsabilidad estatal por actos cometidos por la insurgencia, señaló que en el presente caso dichas pruebas no habían sido allegadas, de modo que el hecho dañoso no le era imputable al Estado¹³.

1.5.2. Por su parte, la **Policía Nacional** manifestó que no podía ser declarada responsable por el daño, ya que no incurrió en omisión alguna y que, si bien tiene el deber de proteger a los habitantes del territorio, tal función no puede considerarse como absoluta.

Argumentó que si bien, en la época de los hechos el país atravesaba por una fuerte ola de violencia insurgente, no lo es menos que en el caso concreto del ataque sufrido por la firma SAGRO S.A., ésta tenía el carácter de empresa privada, de modo que estaba en la obligación de velar por su propia seguridad y proveerse de los servicios de una empresa especializada igualmente particular, ya que conocía de antemano los riesgos de la zona y los asumió al montar sus instalaciones en inmediaciones de Sonsón y San Francisco, departamento de Antioquia. En tal sentido agregó que el seguro *todo-riesgo* que la sociedad demandante había contratado, demostraba que era conocedora de los peligros existentes en su zona de operaciones.

Recalcó que los servicios a cargo de la Policía y el Ejército eran de naturaleza pública y no individual, aspecto que le fue señalado a la demandante en las respuestas a sus peticiones de protección. Añadió que, en todo caso, las dos instituciones oficiales armadas hacían presencia efectiva en el territorio antioqueño a pesar de no contar con recursos humanos ni técnicos suficientes, en punto a lo cual sostuvo que, no obstante las frecuentes operaciones de la Fuerza Pública en esa región, el ELN perpetró un ataque de carácter sorpresivo, por lo cual el hecho no le era imputable al estamento policial, menos aun cuando la sociedad SAGRO S.A. continuó sus labores en la zona a pesar de no contar con servicio de protección individualizado¹⁴.

1.5.3. A su turno, **la parte actora** centró su inconformidad en las decisiones adoptadas por el *a quo* respecto a los perjuicios materiales y en la prosperidad de

¹³ FIs 904 al 915 del cuaderno de apelación.

¹⁴ FIs. 890 al 896 del cuaderno de apelación.

la objeción por error grave formulada por la parte pasiva contra el dictamen pericial.

Con respecto a los reparos que en la primera instancia mereció la indicada experticia, la actora señaló que el perito había aclarado de manera satisfactoria y suficiente los puntos de inquietud que le había expuesto el Ejército Nacional, especialmente en lo relacionado con el punto de equilibrio y el crecimiento proyectado para la empresa, por lo cual el dictamen hacía posible establecer como hecho cierto que, al menos la primera fase de producción de la empresa, cumpliría en el futuro con la factibilidad esperada. En punto a ello también señaló que el comportamiento del mercado de tilapia en los años posteriores al hecho dañoso, demostrado en el dictamen, permitía concluir que SAGRO S.A. habría tenido éxito empresarial de no haberse presentado el ataque insurgente descrito en la demanda.

Manifestó que la parte objetante no solicitó prueba alguna que sustentara sus observaciones, pese a lo cual se le declaró próspera la objeción, con lo cual se premió una conducta procesal que, en su sentir, no se ajustó a los presupuestos de ley.

Refirió que la relación de los bienes destruidos en el ataque estaba demostrada en los balances entregados al perito, de modo que estaba probada la cuantía del daño emergente. De igual manera señaló que la prueba relativa al comportamiento del mercado de tilapia en la época del hecho dañoso, así como los visos de crecimiento de la producción, reportados por SAGRO S.A. antes de la incursión armada, demostraban sin hesitación alguna, el *lucro cesante*, para cuya acreditación la ley no exigía certificar las utilidades anteriores al daño, ya que dicho perjuicio sólo consistía en la ganancia o provecho que la víctima hubiera dejado de reportar como consecuencia del evento dañoso. En este punto concluyó que no era correcta la apreciación hecha al respecto por el *a quo*, puesto que las pruebas valoradas por dicho sentenciador en el análisis respectivo sólo reflejaban el estado que presentó la sociedad después del ataque del ELN, vale decir, al final del ejercicio correspondiente al año en que se perdieron los bienes y las unidades de explotación, por cuenta del atentado guerrillero.

Señaló que la explicación suministrada por el revisor fiscal y posterior liquidador de la compañía, demostraba cómo las cifras que venía reportando la empresa se

afectaron con ocasión del atentado, aspecto que despejaba con suficiencia las dudas planteadas en la sentencia impugnada y las dinámicas empresariales que, en su sentir, no lograron ser entendidas por el *a quo*. En razón de ello consideró, finalmente, que el lucro cesante solicitado en la demanda no tenía carácter eventual, sino cierto, en contraposición a lo afirmado en el fallo objeto de alzada¹⁵.

1.5.4. Mediante providencia del 14 de junio de 2013¹⁶ se dio traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera su concepto.

La parte demandante reiteró todos y cada uno de los argumentos expuestos en su recurso de apelación¹⁷.

A su vez, la Policía Nacional alegó la configuración del “*hecho de un tercero*” como causal eximente de responsabilidad en este caso, al tiempo que señaló la ausencia de prueba de la falla del servicio y de los elementos que permiten la aplicación de la teoría del *riesgo excepcional*, que habría hecho procedente la declaratoria de responsabilidad del Estado. Adicionalmente, insistió en que la sociedad afectada ha debido contratar los servicios de seguridad brindados por una empresa privada de vigilancia¹⁸.

Las demás partes y el Ministerio Público guardaron silencio¹⁹.

La Sala, al no encontrar causal de nulidad alguna que pudiera invalidar lo actuado, procede a resolver de fondo el presente asunto sometido a su conocimiento.

II. CONSIDERACIONES

2.1. Competencia.

La Sala es competente para conocer del asunto, en razón de los recursos de apelación interpuesto por las partes en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia el 22 de febrero de 2012, en proceso con vocación de doble instancia ante esta Corporación, pues las pretensiones de la

¹⁵ FIs. 860 al 888 ibídem.

¹⁶ Fl. 960 ibídem.

¹⁷ FIs 929 al 958 ibídem. Memorial presentado antes de correrse el traslado respectivo.

¹⁸ FIs. 961 al 966.

¹⁹ Fl. 973.

demanda superan los quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes exigidos para la fecha de interposición del recurso²⁰.

2.2. Ejercicio oportuno de la acción.

En el *sub examine*, la responsabilidad administrativa que se impetra en la demanda se originó en los perjuicios sufridos por los demandantes a raíz del atentado cometido por un grupo subversivo en contra de la sociedad SAGRO S.A. el día 7 de septiembre del año 2000, razón por la cual, por haberse interpuesto la demanda el 30 de agosto de 2002²¹, se impone concluir que se presentó dentro del término establecido en la ley para tal efecto (artículo 136 del C.C.A.).

2.3. Legitimación en la causa

2.3.1. De la legitimación de SAGRO S.A. en liquidación

Como quedó señalado en los antecedentes expuestos, acudió al proceso en calidad de demandante la sociedad Amigos del Agro SAGRO S.A. en liquidación, empresa que acreditó sus respectivas calidades con el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Medellín el 18 de julio de 2002, instrumento que, a su vez, indica que la firma SAGRO S.A. entró en liquidación el 10 de diciembre de 2001²².

Asimismo, encuentra la Sala que el poder judicial respectivo fue conferido por el señor León Jaime Aristizábal, persona señalada en el mencionado certificado de existencia y representación legal, como liquidador de SAGRO S.A.

Cabe señalar que de conformidad con el artículo 222 del Código de Comercio, al entrar una sociedad en proceso de liquidación, conserva su capacidad jurídica para los actos que son necesarios para dicho efecto, vale decir, mantiene su facultad para ejercer derechos y contraer obligaciones –aunque ya no las relacionadas con su objeto social- y no desaparece del mundo jurídico mientras no

²⁰ La cuantía del proceso supera la exigida para que esta Corporación pueda conocer en segunda instancia respecto de un proceso de reparación directa, esto es 500 S.M.L.M.V., tomando las pretensiones acumuladas, según lo dispuesto en los artículos 134E del C.C.A. y 20 del C.P.C. aplicable en la fecha de presentación de la demanda.

²¹ Fl. 228 del C1.

²² Fl. 2 del C1.

se registre legalmente la cuenta final de su liquidación. Al respecto, la jurisprudencia de esta Corporación ha precisado:

*“Cuando una sociedad se encuentra en liquidación, no puede iniciar nuevas operaciones para desarrollar su objeto social, pero sí continuar y culminar las pendientes al sobrevenir el estado de liquidación. **Ello implica que la sociedad continúa existiendo**, no obstante que varía la destinación de su patrimonio inicialmente utilizado para realizar el objeto social...*

“(...)

“De acuerdo con los artículos 247 y 248 del C. de Co., la distribución del eventual remanente entre los socios debe hacerse constar en acta protocolizada en la notaría del lugar del domicilio social, junto con el inventario de bienes sociales y la actuación judicial, en cada caso. Esa acta debe ser aprobada por la Asamblea o Junta de Socios respectiva, al igual que las cuentas de los liquidadores que luego de la incomparecencia de los asociados a dos reuniones debidamente convocadas para la referida aprobación, se entienden aceptadas y no pueden ser impugnadas. Una vez aprobadas las cuentas finales de liquidación, se entrega a cada asociado lo que le corresponde...

“(...)

*“La aprobación de dichas cuentas finales, debidamente inscrita en el registro mercantil (art. 28, N° 9), marca la terminación del proceso de liquidación, de manera que **durante el interregno transcurrido entre el inicio del mismo y el momento inmediatamente anterior a su terminación, la sociedad continúa existiendo...**”²³ (Destaca la Sala).*

En torno a la legitimación de las sociedades en liquidación para acudir a la vía judicial en calidad de demandantes, vale la pena referir el criterio expuesto por la

²³ Consejo de Estado – Sección Cuarta. Sentencia del 30 de abril de 2014. C.P. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez. Expediente N° 05001-23-31-000-2007-02998-01(19575).

H. Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil, Corporación que, en efecto, al analizar dicho asunto en particular, explicó²⁴:

“...una sociedad en liquidación, ‘aunque disuelta, sobrevive, despréndase como corolario de ello que no puede predicarse la inexistencia. Está dotada de personalidad jurídica y, por ende, perfectamente susceptible de ser un sujeto procesal. Puede demandar y ser demandada’²⁵.

*“Es más, de acuerdo con la jurisprudencia antes citada, aún después de haberse publicado en el registro mercantil el último acto del proceso liquidatorio, es posible que se prolongue la existencia de la personalidad societaria para **resguardar los derechos de los asociados o de terceros**.*

*“En ese orden de ideas, como la Compañía (...) aún existe, pues no figura en el registro mercantil que se haya extinguido, sino que ‘se encuentra en estado de disolución y liquidación’ [folio 16], entonces es incontrovertible que es sujeto de derechos y obligaciones, por lo que **goza de capacidad para ser parte y comparecer al proceso por medio de su liquidador**” (Énfasis fuera de texto).*

Aplicados al presente caso los anteriores criterios normativos y jurisprudenciales, resulta clara la legitimación en la causa por activa de SAGRO S.A. en liquidación, esto es, su vocación para intervenir como demandante en el presente asunto y para invocar, en tal virtud, la titularidad de los derechos que alega como lesionados por las entidades demandadas, puesto que en el momento de presentación de la demanda, habiendo entrado en proceso de liquidación, aún no se encontraba extinta.

Frente a este mismo punto, es de señalar que de conformidad con el artículo 60 del CPC, si en el curso del proceso sobreviene la extinción de personas jurídicas, los sucesores del derecho debatido pueden comparecer para que se les reconozca dicho carácter, no obstante lo cual, **“en todo caso, la sentencia producirá efectos respecto de ellos aunque no concurran”.**

²⁴ Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil. Sentencia del 5 de agosto de 2013. Rad. N° Rad.: 66682-31-03-001-2004-00103-01.

²⁵ Cita transcrita: “Corte Suprema, Sala de casación Civil. Sentencia 072 de 21 de julio de 1995”.

Por lo anterior, en el evento en que la sociedad SAGRO S.A. en liquidación –*la cual, se reitera, existía como persona jurídica al instaurarse la demanda*- se haya extinguido durante el curso del presente juicio, hay lugar a proferir sentencia de fondo, la cual producirá efectos respecto de los sucesores de los derechos alegados en el libelo.

2.3.2. Subrogación legal por pago de seguro

En lo relativo al resarcimiento del *daño emergente* y el *lucro cesante* que se alegan como sufridos por la empresa SAGRO S.A. a raíz de los hechos acaecidos el 7 de septiembre de 2000, advierte la Sala que sobre tales conceptos fue reconocida una indemnización por parte de la compañía *Suramericana de Seguros S.A.*, la cual, como quedó señalado en el acápite de los hechos probados, realizó una cobertura de siniestro a favor de la sociedad hoy demandante por la suma total de \$710'399.608, cantidad que, según la respectiva acta de liquidación y recibo del pago, suscrita el 2 de febrero de 2001, comprendió precisamente las dos modalidades de perjuicio material aquí indicadas. En efecto, el mencionado pago fue reconocido en virtud de la póliza N° 03000-0371615 y amparó el siniestro consistente en el ataque y los incendios provocados “*por terceros*” el 7 de septiembre del año 2001, en lo que la misma aseguradora denominó actos de “*terrorismo*”.

En el proceso reposa el oficio de respuesta emitido por la firma corredora de seguros Willis Colombia S.A. –documento que fue aportado a esta actuación por la sociedad demandante-, la cual señaló que la indemnización pagada por Suramericana de Seguros S.A. a favor de SAGRO S.A., comprendió las sumas de \$319'828.692 por concepto de “daño material” y \$390'570.916 por concepto de lucro cesante²⁶.

Frente a esta circunstancia, la Sala estima pertinentes las siguientes precisiones:

De conformidad con el artículo 1666 del Código Civil, la subrogación es “*la transmisión de los derechos del acreedor a un tercero, que le paga*”. Asimismo, el artículo 1667 del mismo Código señala que “*se subroga un tercero en los*

²⁶ Fl. 521 del C1.

derechos del acreedor, o en virtud de la ley o en virtud de una **convención** del acreedor”.

En concordancia con estos postulados, el artículo 1096 del Código de Comercio dispone que el “asegurador que pague una indemnización se subrogará, por ministerio de la ley y **hasta concurrencia de su importe**, en los derechos del asegurado contra las personas responsables del siniestro. Pero estas podrán oponer al asegurador las mismas excepciones que pudieren hacer valer contra el damnificado”.

Sobre este aspecto, así regulado por la normatividad civil y comercial, se ha pronunciado esta Subsección en los siguientes términos²⁷:

*“En relación con la subrogación en materia de seguros, se tiene que **los derechos de los que disponía el asegurado, como ejercer la acción judicial correspondiente y formular a través de ella pretensiones contra quienes considere responsables del daño ocasionado, se trasladan a la compañía aseguradora cuando esta última hubiere indemnizado en virtud del contrato de seguro celebrado entre las partes. Así lo sostuvo la Sala en un caso similar al que ahora se debate:***

*‘... La figura de la subrogación, en tratándose del derecho de seguros, se halla contemplada en el artículo 1096 del código de comercio, norma que resulta aplicable al asunto que nos ocupa, dado que **la posibilidad legal de la aseguradora para tomar el lugar de quien fue su asegurado indemnizado deviene de la celebración y cumplimiento de un contrato comercial oneroso, aleatorio y conmutativo.***

(...)

‘La norma exige que, para que opere la subrogación, la aseguradora pague una indemnización, supuesto éste que se halla acreditado como se señaló líneas atrás y, en tal virtud, los derechos de los que disponía el asegurado, como ejercer la acción judicial correspondiente y formular a través de ella pretensiones contra quienes considere responsables del daño causado, se

²⁷ Consejo de Estado – Sección Tercera – Subsección A. Sentencia del 24 de febrero de 2016. C.P. Marta Nubia Velásquez Rico. Expediente N° 76001-23-31-000-2001-00248-01(35633)

defieren a la compañía aseguradora que lo indemnizó (...)”²⁸ (Énfasis fuera de texto).

Se sigue de lo anterior que, al operar la indicada subrogación **por ministerio de la ley**, a favor del asegurador **y hasta la concurrencia del importe pagado él, la víctima del siniestro no está legitimada para demandar al responsable del daño, sino por los conceptos y las sumas que no hayan sido cobijadas por el respectivo seguro.**

En ese orden de ideas, resulta claro que en el presente caso, la sociedad SAGRO S.A. –en liquidación **sólo ostenta legitimación en la causa por activa** para demandar –en efecto- a la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército y Policía Nacional, **por los perjuicios y los montos no cubiertos por Suramericana de Seguros S.A.** en virtud de la póliza N° 03000-0371615.

Bajo esta conclusión serán analizados por la Sala los hechos demostrados en el presente caso, así como los aspectos atinentes a la indemnización de perjuicios.

2.4. Lo probado en la actuación.

De conformidad con el material probatorio obrante en el expediente, la Sala encuentra debidamente acreditados los siguientes hechos:

- Que mediante escritura pública N° 3400 del 17 de diciembre de 1991 fue constituida la Sociedad Amigos del Agro S.A. – SAGRO S.A., cuyo objeto social consistiría, entre otras actividades, en la producción, comercialización y exportación de *“productos agrícolas, pecuarios, acuícolas y pesqueros de toda índole”*. Así se evidencia en el certificado de existencia y representación de la indicada compañía, expedido por la Cámara de Comercio de Medellín²⁹.
- Que la sociedad SAGRO S.A. era la propietaria del predio rural identificado con matrícula inmobiliaria N° 0180071720, ubicado en la vereda *Playa Linda* del municipio de San Francisco – Antioquia, tal como consta en el respectivo

²⁸ Cita transcrita: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 23 de julio de 2014, exp. 32.486 M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

²⁹ Fls. 2 y 3 del C1.

folio expedido por la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Marinilla, de ese mismo departamento³⁰.

- Que en misiva presentada el 26 de mayo de 2000, el señor Juan Camilo Jaramillo Gómez -en su condición de representante legal de la firma SAGRO S.A.-, le solicitó al Ministerio de Defensa Nacional que dispusiera efectivos de la Fuerza Pública para que fueran asegurados “los bienes y los empleados” de la mencionada compañía, “mediante vigilancia permanente y reacción oportuna”, todo lo cual, en vista de que SAGRO S.A. había recibido un ataque leve y amenazas del ELN el día 13 de mayo del mismo año 2000.

Refirió el empresario que, en su irrupción inicial, el grupo subversivo había destruido la edificación y la cava de congelación de SAGRO S.A., además de intentar hacer otros destrozos y secuestrar por un día a dos empleados. La solicitud con sello de radicación fue aportada a este proceso³¹.

- Que otras peticiones en el mismo sentido y por los mismos hechos, fueron elevadas por el citado gerente de SAGRO S.A. el 8 de junio de 2000 ante el Departamento de Policía de Antioquia, el Gobernador de esa entidad territorial, la Cuarta Brigada del Ejército Nacional y el Comando de las Fuerzas Militares de Colombia³².
- Que inicialmente, las mencionadas solicitudes fueron intercambiadas entre sí por las entidades destinatarias, durante el mes de junio del año 2000. En efecto, mientras que el Ministerio de Defensa dio traslado de la petición de SAGRO S.A. al Comando General de las Fuerzas Militares y a la Dirección General de la Policía Nacional, ésta última entidad remitió, por su parte, la petición de la actora, a la Cuarta Brigada del Ejército Nacional, unidad que, a su vez, envió la solicitud a la Décima Cuarta Brigada de la misma Fuerza. Todas estas autoridades le informaron a la empresa demandante sobre las mencionadas remisiones mutuas de correspondencia³³.
- Que en comunicación de fecha 4 de julio de 2000, el Comando de la Décima Cuarta Brigada del Ejército Nacional le señaló al gerente de SAGRO S.A. que

³⁰ Fl 145 del C1.

³¹ Fls. 7 y 8 del C1.

³² Fls. 4 al 15 del C1.

³³ Fls. 18 al 22 del C1.

no le estaba permitido a la institución militar “destinar tropas para la seguridad permanente e individual a personas (sic) y sus bienes”, por lo cual era preciso, según su dicho, que la empresa acudiera a la Policía Nacional y al Departamento Administrativo de Seguridad DAS, a lo cual agregó:

“Ante la dificultad o deficiencia del Estado para cubrir en SEGURIDAD a todas y cada una de las personas y sus bienes, éste permite a las empresas contar con su propia seguridad privada; o contratar el servicio de seguridad con una empresa de vigilancia privada, lo cual está regulado en el Decreto 356 de 1994 (...).

De otra parte, y como quiera que las operaciones militares se desarrollan siguiendo el procedimiento señalado en los reglamentos castrenses y para lo cual se requiere contar con informaciones precisas sobre posibles acciones y ubicación del enemigo, éstas se desarrollarán en esa región con las tropas disponibles, recomendando en caso dado, dirigirse al Comando de la Fuerza de Tarea Cóndor con asiento en esa jurisdicción y con misión de combatir a todo tipo de agente generador de violencia en esa región...”³⁴ (subraya la Sala).

- Que el 24 de julio de 2000 la Dirección Operativa de la Policía Nacional le manifestó al representante legal de SAGRO S.A. la imposibilidad de brindarle la ayuda que previamente había solicitado. Al respecto, manifestó la entidad:

“... le quiero aclarar que el servicio de la Policía Nacional es un servicio público y no se presta en forma individual, ya que de ser así, estaremos contrariando nuestra misión Constitucional.

“Debemos tener en cuenta, además de la cantidad de servicios que estamos obligados a cumplir, con un reducido número de recursos humanos (...), razones que nos explican el impedimento de personalizar nuestro servicio, por lo que sugiero la contratación de vigilancia privada...”³⁵.

³⁴ FIs. 16 y 17 del C1.

³⁵ FIs. 24 y 25 del C1.

- Que en los días 25 de mayo y 28 de junio de 2000, el señor Juan Camilo Jaramillo Gómez interpuso denuncia ante la Inspección Quinta de Policía de Medellín, por los constreñimientos, amenazas y acciones realizadas por el ELN “en varias oportunidades”, contra las personas y los bienes de la empresa SAGRO S.A.³⁶.
- Que en denuncia presentada el 13 de septiembre de 2000 ante la misma Inspección de Policía, el señor Juan Camilo Jaramillo Gómez, obrando como gerente de SAGRO S.A., manifestó (se transcribe de manera literal):

“... el día jueves 7 de septiembre de este año, cerca a las 8:00 de la mañana se presentó un grupo de cerca de 200 hombres del frente Carlos Alirio Buitrago del ELN en la finca Playa Linda ubicada en el municipio de Sonsón [Ant.] en las márgenes del río Claro, reunieron al personal de la finca, le manifestaron que allí no se podía trabajar debido a que los propietarios se negaban a cumplir con las exigencias económicas del grupo, que a partir de ese momento cualquier persona que se presentara en esta finca sería fusilada, posteriormente procedieron a dinamitar la bomba que mueve el agua, los ductos que conducen el agua de otra quebrada, dinamitaron asimismo la bodega con sus contenidos y dos contenedores (...), sacaron también todos los estanques donde se mantienen los reproductores y los peces pequeños (...), soltaron el pescado al río, antes de retirarse les manifestaron a los trabajadores que si alguno de los administradores del proyecto se presentaba en la zona lo matarían sin mediar palabra (...), en la salida tuvieron un enfrentamiento con miembros del ejército, no es más”³⁷.

- Que el Batallón de Infantería N° 3 – Batalla de Bárbula, informó en el mes de agosto del año 2003 que para ese momento, tres Compañías militares operaban en la zona de ocurrencia de los hechos, a lo cual agregó que la presencia de efectivos uniformados en cercanías a la empresa de cemento *Río Claro* –la cual se ubicaba a corta distancia de la finca *La Playita*, como lo indicó un testigo que más adelante referirá la Sala-, obedecía a la necesidad de asegurar la comunicación con las unidades que operaban sobre la autopista Medellín – Bogotá. Agregó el informe, que el Batallón no prestaba

³⁶ FIs. 27 y 29 del C1.

³⁷ FI 28 del C1.

servicios de seguridad privada a la cementera *Río Claro* y que en sus archivos no poseía información alguna atinente a la incursión del ELN en la empresa SAGRO S.A.³⁸.

- Que mediante comunicación de fecha 7 de septiembre de 2000, el gerente de SAGRO S.A. informó a la empresa *Suma Corredores de Seguros* sobre el ataque perpetrado en la finca de Playa Linda y le solicitó gestionar la reclamación pertinente ante la “*compañía de seguros*”³⁹.
- Que en liquidación realizada el 2 de febrero de 2001 con base en la póliza N° 03000-0371615, la compañía *Suramericana de Seguros S.A.* estableció la suma de \$710'399.608 como “*pago final (...) del siniestro de terrorismo del 7 de septiembre*”. Se hizo constar en ese mismo documento, que la sociedad SAGRO S.A. recibió el total de esa indemnización, cuya cobertura comprendió los conceptos de lucro cesante y “*daños materiales*”⁴⁰.

Los testimonios rendidos en el proceso

- En audiencia del 8 de marzo de 2006, rindió testimonio en esta actuación el señor Juan Camilo Jaramillo Gómez quien, como ya se señaló, fungía como representante legal de SAGRO S.A. para la época de los hechos, cargo que abandonó en el mes de abril del año 2001, según su versión. Indicó el testigo que durante el año 2000, miembros del frente Carlos Alirio Buitrago del ELN extorsionaron a la empresa al exigir el pago de \$200'000.000 so pena de acabar con el personal y las instalaciones. De igual manera sostuvo que fue él quien tuvo que contestar las llamadas telefónicas que efectuaban los miembros del ELN para insistir en las amenazas y que, durante el año 2000, sufrieron otros dos ataques de ese grupo irregular, en los cuales las destrucciones fueron parciales y leves, aunque intimidatorias. Con respecto a los hechos acaecidos el 7 de septiembre de 2000, relató:

“... alrededor de las 8 de la mañana de ese día, un transportador que trabajaba para nuestra compañía me llamó desde la planta cementera a contarme que había entrado hasta la piscícola de propiedad de SAGRO

³⁸ FIs. 395 y 396 del C1.

³⁹ FI. 530 del C1.

⁴⁰ FI. 531 del C1.

y allí lo había recibido un grupo de hombres que se identificaron como de la guerrilla, lo bajaron de su camión y luego de interrogarlo lo hicieron devolver hasta la planta cementera. Javier Londoño me manifestó que los guerrilleros estaban destruyendo la piscícola en su totalidad y tenían retenido al personal que allí trabajaba, que a él lo habían dejado ir porque no tenía vínculos contractuales con la compañía, estaban quemando unos contenedores que teníamos como bodegas auxiliares para el pescado, estaban volando la bodega, matando y liberando el pescado de los estanques (...). Cuando colgué esa llamada con Javier, me comuniqué inmediatamente con la Cuarta Brigada y su director de operaciones me manifestó que se iba a comunicar con la base aérea de Rionegro y con los militares que permanecían en Río Claro para repeler el ataque, durante todo el día estuvimos comunicados con la cementera, desde la cual nos manifestaron que los guerrilleros seguían en la finca, que los militares que permanecían en la cementera los habían visto desde lejos y que calculaban su número en más de 300, no tuvimos al final del día ninguna ayuda y la piscícola fue destruida prácticamente en su totalidad. A las llamadas que hice a los organismos de seguridad durante el día no tuve más respuestas, aun cuando les manifestaba que el grupo guerrillero seguía haciendo presencia en la finca...⁴¹.

En su declaración, el señor Juan Camilo Jaramillo Gómez manifestó que la planta de cemento *Río Claro*, ubicada en cercanías de la finca Playa Linda, contaba con vigilancia provista por la Policía Nacional, la cual fue reforzada con personal del Ejército tras los ataques del ELN en las instalaciones de SAGRO S.A.⁴².

Al ser interrogado sobre el conocimiento que debía tener en cuanto a que no era función de la Fuerza Pública brindar seguridad privada y, tras mencionar las respuestas que en tal sentido le habían enviado las autoridades hoy demandadas, el testigo manifestó:

“... luego de conocer los comunicados trasladé las respuestas a la Junta Directiva de la Compañía y en este decidimos contratar los servicios de un asesor en seguridad para que nos orientara, la conclusión que

⁴¹ Fl. 440 del C1.

⁴² Fl. 444 del C1.

sacamos es que proteger una finca de tal extensión y en esos predios no era una tarea que grupos de seguridad privada estuvieran listos a prestar y que lo que necesitábamos no era presencia permanente de un grupo armado privado, sino el patrullaje y la visibilidad de la Fuerza Pública acompañando la zona, para disuadir al grupo armado del ELN de permanecer en ella”⁴³.

- Igualmente obra en el proceso el testimonio rendido por el ciudadano Jorge Esteban Álvarez Arbeláez, quien para la época del hecho dañoso se desempeñaba como revisor fiscal de SAGRO S.A. Ante la pregunta relativa a las razones por las cuales la empresa no pudo alcanzar las producciones mensuales que había proyectado, el interrogado manifestó:

“... básicamente la razón es por la suspensión fortuita de las actividades por los hechos ocurridos en mayo, junio y septiembre del año 2000, por tres visitas que hizo la guerrilla y las destrucciones que hicieron y la desatención reiterada de la Fuerza Pública, eso frustró el proceso productivo (...).

“Cuando digo que desatendió la solicitud de protección (...), fue por las cartas de solicitud que hizo la gerencia a la Fuerza Pública, Fuerzas Armadas y Policía Nacional, no sé en cuál orden pero sé que en varias de estas entidades la demora en la respuesta que fue cercana a los dos meses, en una respuesta (...) para mí sorprendente, que fue la no responsabilidad de ellos como fuerza pública en casos particulares...”⁴⁴.

- Por su parte, la testigo María Isabel Zuluaga Duarte, quien laboró como profesional en distintas dependencias de SAGRO S.A. hasta su entrada en liquidación, refirió los hechos perpetrados por el ELN en los siguientes términos:

“... eso fue en mayo del 2000, tuvimos un atentado de la guerrilla del ELN, en el que (...) hicieron daños físicos en la casa de habitación, otras cosas físicas, creo que parte donde teníamos un cabo, pero

⁴³ Fl. 445 del C1.

⁴⁴ Fl. 452 del C1.

cosas que no eran directamente con la producción (...), de pronto vaciaron dos o tres estanques pero no los volaron. Eso nos trajo inconvenientes en ese momento porque era algo que nosotros realmente no estábamos (sic) preparados, nunca tuvimos una amenaza (...), como a mitad de año hubo otra situación, no recuerdo exactamente, creo que ahí fue cuando se llevaron a los técnicos como un día y medio y ya una amenaza directa, muy directa, pero la producción seguía, los técnicos sí se vinieron para Medellín, la piscícola la manejaban personas de la zona (...) y en septiembre ya sí fue como el golpe fuerte donde ya sí hubo atentado directo a las instalaciones de la producción piscícola y se perdió todo...”⁴⁵.

2.5 Análisis de la sala.

2.5.1. El contexto de la situación fáctica demostrada en el proceso

Los hechos acreditados en esta actuación ocurrieron en el departamento de Antioquia, cuya ubicación geográfica en medio de dos Cordilleras y en los valles de los dos ríos más importantes del país -*el Magdalena y el Cauca*-, aunada a su amplia actividad industrial, su marcada influencia sobre el Urabá, Córdoba y Chocó y su óptima infraestructura vial -*que la comunica con el Eje Cafetero, la capital de la República y la Costa Atlántica*-, la convierten en una región de alto valor estratégico, lo cual ha propiciado la presencia de grupos guerrilleros desde la década del sesenta, así como la afluencia de carteles narcotraficantes, delincuencia común y grupos paramilitares, especialmente desde la década del ochenta. Estos fenómenos mantuvieron en niveles notoriamente altos los índices de violencia y homicidios en el departamento, por más de tres décadas⁴⁶.

En lo que respecta al grupo subversivo denominado *Ejército de Liberación Nacional – ELN*, informes de la ACNUR⁴⁷ documentan que su expansión tuvo cabida merced a la depredación de los recursos por parte de las firmas petroleras, lo cual facilitó el surgimiento de los frentes *Noroccidental, José Antonio Galán, Compañero Tomás y Che Guevara* entre 1986 y 1987, así como los frentes *María Cano, Bernardo López Arroyabe, Capitán Mauricio y Héroes y Mártires de Anorí*, constituidos a partir de 1991. Particularmente, el frente *Carlos Alirio Buitrago* fue

⁴⁵ Fls. 465 y 466 del C1.

⁴⁶ Agencia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados ACNUR. “*Diagnóstico departamental de Antioquia*”. Enlace: http://www.acnur.org/t3/uploads/media/COI_2161.pdf?view=1.

⁴⁷ *Ibidem*.

instaurado en 1986 para operar en el oriente y en el Magdalena Medio, al lado de los subversivos del bloque *José Antonio Galán*.

Para el año 2000, la confrontación armada en Antioquia registraba una tendencia al alza, dado el incremento de la Fuerza Pública en la región lo cual registró un mayor número de combates⁴⁸. En la zona oriental del departamento –a la cual pertenecen los municipios de Sonsón y San Francisco- aumentaron considerablemente los homicidios en ese año, debido a que los grupos paramilitares incursionaron con el fin de desalojar a la guerrilla asentada en esos territorios, estratégicos por su cercanía a la autopista Medellín – Bogotá, su capacidad industrial y su gran potencial en materia de energía eléctrica. En este marco, el ELN registró 69 acciones durante el año 2000 y 43 en el año 2001, actividad que se fue reduciendo durante los años siguientes hasta llegar casi a la ausencia total en la región, no sin hacer notar la fuerza que tuvo este grupo guerrillero en el oriente Antioqueño entre 1998 y 2003 puesto que, de todas las acciones que emprendió en el departamento durante dicho lapso, el 50% tuvo lugar en la región oriental⁴⁹.

Luego, si bien la Fuerza Pública logró reducir al ELN en Antioquia a partir de 2003, no es menos cierto que para el año 2000, en el oriente del departamento eran altos los índices de violencia, a los cuales contribuyó de manera importante dicho grupo insurgente, en su lucha por contrarrestar el despliegue paramilitar y la acción misma de los cuerpos armados del Estado.

En este marco o estado de cosas tuvo ocurrencia el hecho dañoso examinado en el *sub examine*, razón por la cual, la responsabilidad administrativa de las autoridades demandadas será analizada teniendo en cuenta este contexto.

2.5.2. El daño antijurídico y su imputación a las entidades demandadas

En el presente caso se encuentra demostrado el daño antijurídico aducido en la demanda, consistente en la destrucción de las instalaciones y fuentes de producción de la empresa SAGRO S.A. a manos del frente *Carlos Alirio Buitrago* del ELN, el 7 de septiembre del año 2000. En efecto, el material probatorio obrante

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ Observatorio del Programa Presidencial de Derechos Humanos y DIH. “*Panorama actual del oriente antioqueño*”, años 1997-2003. Enlace: http://historico.derechoshumanos.gov.co/Observatorio/Publicaciones/documents/2010/Estu_Regionales/orienteantioqueno.pdf.

en el proceso permite establecer que el acto generador del daño fue cometido por miembros del indicado grupo subversivo, en el marco de las acciones violentas que, se reitera, se presentaban en el departamento de Antioquia para la época de los hechos.

Los testimonios de los señores Juan Camilo Jaramillo Gómez y María Isabel Zuluaga Duarte –*quienes fungían como gerente y contadora de SAGRO S.A., respectivamente*- indicaron que en la mencionada fecha -7 de septiembre de 2000-, el aludido grupo irregular incurrió violentamente en la estación piscícola de la compañía, causó destrozos graves en la planta física y destruyó los contenedores, la bodega y los estanques en donde se hallaban los peces. Asimismo, señalaron que en dos oportunidades anteriores, durante los primeros meses del año 2000, el mismo frente subversivo había proferido amenazas y ejecutado acciones contra la compañía, a más de conminarla a pagar una extorsión so pena de destruir completamente sus instalaciones y recursos. De conformidad con tales declaraciones testimoniales, tanto en las advertencias previas como en los actos violentos cometidos el 7 de septiembre de 2000, los perpetradores se identificaron como miembros del frente *Carlos Alirio Buitrago del ELN*.

En el proceso también reposan algunas piezas del trámite de reclamación de siniestro que el entonces gerente de SAGRO S.A. adelantó ante la Compañía de Seguros Suramericana S.A., a raíz del ataque sufrido por la empresa el 7 de septiembre de 2000. Tales documentos evidencian que la indicada aseguradora otorgó la cobertura del siniestro tras catalogarlo como acto de “*terrorismo*”, por lo cual dispuso su indemnización en los ítems de *daño emergente y lucro cesante*. Este aspecto es indicativo de que, al adelantar las verificaciones pertinentes, la firma de seguros halló probada la ocurrencia del evento dañino, vale decir, los destrozos materiales causados por el mencionado grupo guerrillero, lo cual, valorado en conjunto con las pruebas testimoniales referidas en líneas precedentes, permite establecer el acaecimiento del daño antijurídico.

El caudal probatorio también revela que el 8 de junio de 2000, tres meses antes de los hechos hoy analizados por la Sala, el representante legal de SAGRO S.A. solicitó ayuda de la Fuerza Pública ante el Ministerio de Defensa, la Cuarta Brigada del Ejército Nacional y el Departamento de Policía de Antioquia, dadas las

amenazas y acciones previas que para esa época ya había realizado el ELN en contra de la sociedad comercial.

Al advertir que la petición de SAGRO S.A. se encaminaba en concreto a que se destinaran uniformados para la vigilancia permanente y específica de la empresa, las fuerzas oficiales hoy demandadas –*tanto la Policía como el Ejército Nacional*– le indicaron al gerente solicitante que los servicios de defensa y seguridad a cargo del Estado eran de carácter público, por lo cual no les era posible atender a su llamado, aunque sí le sugerían contratar a una firma privada especializada que les prestara vigilancia individual.

La Décima Cuarta Brigada del Ejército Nacional le señaló, además, que para las operaciones militares era menester “*contar con informaciones precisas sobre posibles acciones y ubicación del enemigo*”, en orden a que las reacciones frente a los ataques armados pudieran desarrollarse con las “*tropas disponibles*”, por lo cual le “*recomendaba*” al gerente de SAGRO S.A. que, “*en caso dado*”, se dirigiera al Comando de la Fuerza de Tarea Cóndor⁵⁰.

En su declaración testimonial, el señor Juan Camilo Jaramillo Gómez manifestó que a la hora del ataque del 7 de septiembre de 2000, contactó por vía telefónica al Director de Operaciones de esa misma Brigada militar, quien le aseguró que se comunicaría con los uniformados que permanecían en “*Río Claro*” a fin de repeler la irrupción subversiva, pese a lo cual ningún socorro le llegó a la hoy demandante durante los hechos ni con posterioridad a ellos.

De lo anterior se sigue, sin hesitación alguna, que en el presente caso se configuró una falla del servicio puesto que, si bien ninguna de tales autoridades cometió el hecho dañoso, no es menos cierto que con razonable antelación (tres meses antes del daño) habían sido informadas sobre la acción de los subversivos en inmediaciones de la finca perteneciente a SAGRO S.A., aspecto que en lugar de fundar una negativa de protección –*como aconteció*–, ha debido alertar a las unidades militares y policivas para ejecutar acciones de despliegue en la zona a fin de impedir o siquiera contrarrestar el avance y la incursión del ELN, máxime cuando, además de contar con la información previa presentada por la sociedad hoy demandante, las entidades tenían conocimiento de que el territorio sujeto a

⁵⁰ Fl. 17 del C1.

su vigilancia estaba ampliamente ocupado por la insurgencia y venía siendo escenario de confrontaciones violentas entre fuerzas irregulares.

En efecto, de conformidad con el artículo 217 de la Constitución Política, las Fuerzas Militares tienen como fin primordial la defensa de la **integridad territorial** y del orden constitucional, en tanto que el artículo 218 de la misma Carta, establece que la Policía Nacional está instituida para el *“mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas”*, así como para asegurar la **convivencia pacífica** entre los habitantes de Colombia.

Estas funciones superiores deben ser cumplidas por la Fuerza Pública en atención a dichos mandatos constitucionales, más allá de los términos que emplee el ciudadano que acuda a su protección, vale decir, al margen de los eventuales desaciertos o de las inexactitudes en que incurra el administrado cuando comparezca ante ellas para informar sobre el peligro que corre su vida o su integridad por la presencia de grupos o personas al margen de la ley. Por lo anterior, en el presente caso, si bien la gerencia de SAGRO S.A. solicitó del Estado una vigilancia de carácter *“específico”*, individual y permanente, según sus propias palabras, lo cierto es que este aspecto no debió ser óbice para que, tanto la Policía como el Ejército Nacional, desplegaran cuadrantes y tropas, no con el fin de proteger los intereses particulares de una empresa sino para custodiar, con miras al interés general, una zona que, sabían, era asediada por el ELN.

En efecto, no desconoce la Sala que la defensa y seguridad del territorio, así como el mantenimiento del orden para la convivencia pacífica, son funciones constitucionales que, atribuidas a la Fuerza Pública, deben desarrollarse en un ámbito igualmente público, esto es, orientado al interés general, con alcances y propósitos dirigidos indistintamente a todos los administrados en igualdad de condiciones, lo cual se contrapone a la búsqueda o cuidado de bienes e intereses individuales o particulares, aspecto que no es ni debe ser tarea de las fuerzas estatales, ya que ello obraría en grave desconocimiento del principio de igualdad y soslayaría la naturaleza pública de las funciones que la Carta les atribuye a tales entidades. Se sigue de lo anterior que, los cuerpos armados del Estado sólo deben obrar en cuanto el ordenamiento les encomienda la defensa del territorio – *para el caso del Ejército Nacional-* y el aseguramiento de la convivencia pacífica – *fin primordial de la Policía Nacional-*, mientras que, por su parte, la vigilancia

privada es un servicio con vocación comercial autorizado por la ley⁵¹, que opera en función de intereses estrictamente individuales o, en otros términos, en un ámbito meramente particular que, incluso, sólo beneficia a quien tenga la capacidad económica de proveérselo. En este punto no está de más agregar que, en no pocas oportunidades, los esquemas de seguridad privada han derivado en perversiones deleznales y palmariamente contrarias al orden constitucional, como lo ha sido, v.gr., la justicia privada aplicada por los grupos de autodefensa u organizaciones paramilitares, fenómenos que también deben ser prevenidos y conjurados por las Fuerzas del Estado, tal como lo ordena el estatuto superior.

Así pues, sin perjuicio de la anterior distinción –entre las obligaciones constitucionales de defensa del territorio y aseguramiento de la convivencia pacífica, por una parte, y los servicios de vigilancia y seguridad privada, por la otra-, si las Fuerzas Armadas tenían información sobre el paso frecuente del ELN por la zona geográfica en la cual estaba localizada la empresa SAGRO S.A., han debido ejecutar actos encaminados a la defensa del territorio y a neutralizar las acciones insurgentes, al margen de los equívocos en que hubiera podido incurrir el mencionado gerente al solicitar protección y vigilancia para el patrimonio y el personal de su empresa y no para toda la región. En ese sentido, la respuesta del Estado, naturalmente no habría de consistir en la prestación de vigilancia privada, pero tampoco resultaba ajustado a derecho que se sustrajera de sus funciones constitucionales y omitiera desplegar acciones para verificar y conjurar las acciones del ELN en la zona rural de Sonsón y San Francisco. Por ello, ante el llamado de SAGRO S.A. y la información de que el ELN estaba implementando extorsiones y actos de vandalismo en ese sector de Antioquia, la Fuerza Pública ha debido orientarse, mediante actos positivos, al cumplimiento de sus funciones, lo cual, si bien no necesariamente significaba la destinación de efectivos para custodiar la sede de la empresa particular, sí debió comprender la disposición de agentes uniformados para garantizar el orden en la zona aledaña, no con el fin de custodiar los intereses individuales de SAGRO S.A. sino para proteger a todos los habitantes, visitantes y transeúntes de esa región en general.

Por esta razón, en consonancia con el contexto ya reseñado, resulta claro que a las instituciones demandadas no les habría de resultar inesperado y sorprendente el ataque producido, ya que, se insiste, era conocida para ellas y constituía un *hecho*

⁵¹ Ley 61 de 1993 y Decreto 356 de 1994.

*notorio*⁵² la situación de violencia que azotaba a la región oriental de Antioquia, además de estar plenamente informadas sobre las extorsiones que el grupo subversivo le estaba haciendo a la compañía piscícola. En ese orden de ideas, era esperable que el grupo subversivo que operaba en la zona atentara contra el patrimonio y el personal mismo de la sociedad SAGRO S.A. como en efecto lo hizo, por lo cual las entidades demandadas debían adoptar medidas eficaces para evitar el resultado dañoso –*en un contexto de protección a la población en general*-. Precisamente allí, en ese conocimiento de las acciones del frente *Carlos Alirio Buitrago* del ELN, radicaba la **posición de garante institucional**⁵³ que debió ser asumida por el Estado, otorgando la suficiente protección que necesitaban los habitantes de esa zona, especialmente en razón del peligro que corrían quienes venían siendo amenazados por ese grupo guerrillero.

Sin embargo, comoquiera que tal intervención no se produjo mientras que sí se negó la Fuerza Pública a ejecutar acciones de protección y defensa dentro de lo permitido por el marco legal de sus competencias, incurrió en una falla del servicio que contribuyó a la producción del daño, circunstancia que desencadenó la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública.

Cabe destacar que, tratándose de los daños sufridos por las víctimas de hechos violentos cometidos por terceros, esta Sección del Consejo de Estado ha considerado que tales daños pueden ser imputables al Estado cuando, entre otras cosas cuando, ***i*)** en la producción del hecho dañoso intervino o tuvo participación la Administración Pública a través de una acción u omisión constitutivas de falla del servicio; *ii*) o, *iii*) porque en razón de las especiales circunstancias que se vivían en el momento, el hecho era previsible y no se realizó actuación alguna dirigida a evitarlo⁵⁴.

⁵² En cuanto tiene que ver con el concepto de “hecho notorio”, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado que “*el hecho notorio además de ser cierto, es público, y sabido del juez y del común de las personas que tienen una cultura media. Y según las voces del artículo 177 del C. de P.C. el hecho notorio no requiere prueba; basta que se conozca que un hecho tiene determinadas dimensiones y repercusiones suficientemente conocidas por gran parte del común de las personas que tiene una mediana cultura, para que sea notorio*”. Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 27 de noviembre de 1995, Exp. 8045, C.P. Diego Younes Moreno.

⁵³ Como lo ha referido la jurisprudencia, la *posición de garante institucional* es aquella que “*surge no ante la generación de un riesgo con determinada actividad, sino por el hecho de pertenecer a determinada institución, de ahí su denominación. Al ser parte de un estamento –Estado–, nace una relación de especial protección, que se configura entre los asociados del conglomerado y el funcionario vinculado, este último llamado a encargarse, por razones de solidaridad, de la defensa y auxilio de los primeros, en aras de evitar que en el curso de la vida social sean dañados en su vida, integridad, honra y bienes*”. Al respecto, consultar entre otras, la sentencia proferida por la Sección Tercera de esta Corporación el 9 de julio de 2014, Exp. 44333, M.P. Enrique Gil Botero.

⁵⁴ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencias de 8 de noviembre de 2016, Exp. 40.341, del 26 de febrero de 2015, Exp. 30.885 y del 26 de agosto de 2015, Exp. 36.374, entre otras.

Respecto de los deberes de seguridad y protección del Estado para con las personas residentes en el territorio nacional, esta Sección del Consejo de Estado, de tiempo atrás, ha precisado que el Estado debe responder patrimonialmente a título de falla del servicio por omisión en el deber de prestar seguridad a las personas, cuando: **a) Se deja a la población a merced de los grupos de delincuencia, sin brindarles protección alguna, en especial cuando se tiene conocimiento de que los derechos de esa población vienen siendo desconocidos por grupos organizados al margen de la ley;** **b)** se solicita protección especial, con justificación en las especiales condiciones de riesgo en que se encuentra la persona; **c)** no se solicita expresamente dicha protección pero es evidente que las personas la necesitaban, en consideración a que existían pruebas o indicios conocidos que permitieran asegurar que se encontraban amenazadas o expuestas a sufrir graves riesgos contra su vida, en razón de sus funciones⁵⁵.

Bajo esta misma línea, la Subsección C de esta Sección del Consejo de Estado ha planteado varios criterios para valorar la falla del servicio con base en la cual cabe endilgar la responsabilidad patrimonial al Estado: *i)* que con anterioridad y posterioridad a la ocurrencia de los hechos hubiese “*conocimiento generalizado*” de la situación de orden público de una zona, que afecte a organizaciones y a personas relacionadas con éstas; *ii)* que se tuviere conocimiento de “*circunstancias particulares*” respecto de un grupo vulnerable; *iii)* que exista una situación de “*riesgo constante*”; *iv)* que haya conocimiento del peligro al que se encuentre sometida la víctima debido a la actividad profesional que ejerza, y; *vi)* que no se hubiesen desplegado las acciones necesarias para precaver el daño⁵⁶.

En términos generales, cabe señalar que la jurisprudencia del Consejo de Estado, en este punto, se ha servido de este criterio de imputación **-posición de garante institucional-**, para declarar la responsabilidad del Estado por falla del servicio en supuestos en los cuales se esperaba una conducta activa de la Administración pública en la protección de los ciudadanos que se han visto afectados por la acción de grupos criminales, lo que ha supuesto un significativo avance, ya que al

⁵⁵ Al respecto, consultar la sentencia emitida por esta Subsección el 11 de agosto de 2011 dentro del expediente N° 19001-23-31-000-1998-58000-01(20325), relativo al homicidio del alcalde del municipio de Jambaló – Cauca. Igualmente, ver, entre otras, sentencias de 11 de octubre de 1990, Exp. 5737; 15 de febrero de 1996, Exp. 9940; 19 de junio de 1997, Exp. 11.875; 30 de octubre de 1997, Exp: 10.958 y 5 de marzo de 1998, Exp. 10.303. más recientemente, consultar sentencias de esta Subsección proferidas el 26 de agosto de 2015, Exp. 36.374 y el 8 de noviembre de 2016, Exp. 40.341, entre otras.

⁵⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencias del 31 de enero de 2011, Exp. 17.842 y del 1° de febrero de 2016, Exp. 48.842, ambas con ponencia del Consejero Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

margen de que causalmente el daño haya sido producto del actuar de un tercero, el mismo en esos casos específicos se ha declarado imputable a la organización estatal como consecuencia del desconocimiento de la posición de garante institucional mencionada⁵⁷.

En similar sentido al derecho interno, en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos la Corte IDH ha precisado que, en relación con las violaciones y daños provocados por el hecho de particulares, el Estado está llamado a responder dependiendo de las circunstancias de cada caso concreto, de acuerdo al grado de previsibilidad del evento dañino y de los medios que tenía para contrarrestarlo. Sobre el particular ha discurrido de la siguiente manera:

“Lo decisivo es dilucidar si una determinada violación a los derechos humanos reconocidos por la Convención ha tenido lugar con el apoyo o la tolerancia del poder público o si éste ha actuado de manera que la trasgresión se haya cumplido en defecto de toda prevención o impunemente. En definitiva, de lo que se trata es de determinar si la violación a los derechos humanos resulta de la inobservancia por parte de un Estado de sus deberes de respetar y de garantizar dichos derechos, que le impone el artículo 1.1 de la Convención”⁵⁸
(negrillas adicionales).

Bajo esa perspectiva reitera la Sala que, el no haber implementado la Administración medidas de prevención y protección eficaces en los alrededores de los municipios de Sonsón y San Francisco – departamento de Antioquia, facilitó la consumación del hecho, razón por la cual el daño antijurídico resulta imputable a las autoridades demandadas, con fundamento en lo que se viene de señalar.

2.6. Indemnización de perjuicios

Como ya se señaló, la parte actora reclamó en la demanda la indemnización de los perjuicios materiales en sus modalidades de *daño emergente* y *lucro cesante*,

⁵⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 4 de diciembre de 2007, Exp. 16894, M.P. Enrique Gil Botero; sentencia del 26 de marzo de 2009, Exp. 17994, M.P. Enrique Gil Botero, sentencia del 11 de agosto de 2011, Exp. 20.753, entre muchas otras.

⁵⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos CIDH, *Caso Velásquez Rodríguez v. Honduras*, sentencia de 29 de julio de 1988, párr. 173 y, en similar sentido, consultar, *Caso Masacre de Pueblo Bello*, sentencia del 31 de enero de 2006, párr. 123.

así como la reparación de los *perjuicios extrapatrimoniales* consistentes en la lesión al buen nombre comercial de la empresa y a la frustración del desarrollo de su objeto social, todo ello de acuerdo a lo que resultara demostrado en el proceso.

Los *perjuicios extrapatrimoniales* fueron denegados en la sentencia apelada, pese a lo cual la parte actora no formuló reparo alguno sobre el particular en su recurso de alzada, de suerte que este punto no será abordado por la Sala en la presente instancia.

En cuanto a los *perjuicios materiales*, para su acreditación se allegaron varios documentos relativos a los estados financieros de SAGRO S.A. y al comportamiento que, según se indica, presentó el mercado de la tilapia en la época de los hechos y en años posteriores. Con todo, la prueba de la cuantía de tales *perjuicios* se pretendió configurar a través de un dictamen pericial que fue objetado por las entidades demandadas, objeción que fue acogida por el *a quo* y constituyó uno de los puntos de inconformidad de la parte demandante en su recurso de apelación.

Por lo anterior, previo a resolver lo pertinente acerca de los *perjuicios materiales* que deberán ser indemnizados por la parte pasiva, la Sala entrará a dilucidar los puntos de controversia que fueron expuestos en torno al dictamen pericial ya referido.

2.6.1. Sobre la objeción por error grave, formulada contra el dictamen pericial rendido en el proceso

-. La parte actora solicitó en la demanda la indemnización de *“los daños y perjuicios patrimoniales en su manifestación de daño emergente y lucro cesante, pasados y futuros”*, e hizo consistir dicho lucro cesante, en *“la frustración del proyecto de explotación piscícola que generó para SAGRO S.A. la pérdida de unos ingresos reales a futuro”*, los cuales fueron estimados en una cuantía *“superior a los \$10.000’000.000”*, causados, según su dicho, en un lapso de nueve años⁵⁹.

En el acápite probatorio del libelo, indicó:

⁵⁹ Fls. 191, 209 y 211 del C1.

“... me permito presentar como prueba el dictamen pericial rendido por el experto (...) FRANCISCO OCHOA O., a fin de que se tenga como valoración del monto de los perjuicios pasados y futuros (...).

“Como varios de los conceptos o rubros aún no se consolidan y otros tantos, por el transcurso del tiempo, requerirán actualización a la fecha de esta prueba, solicito que conforme a los parámetros en el informe pericial que presentamos y las pruebas recogidas en el proceso, se ordene la práctica de un dictamen pericial y sean designados peritos especializados en valoración de empresas y estimación de perjuicios, con el fin de cuantificar el rubro especificado...”⁶⁰.

En el expediente no figura el dictamen que la demandante dijo haber aportado y que anunció como suscrito por el señor *Francisco Ochoa*. No obstante, el Tribunal *a quo* decretó la práctica de la experticia solicitada, sin evidenciar la falencia referida ni disponer nada más allá de la obligación de comunicar la designación del perito y el otorgamiento de término para su posesión.

-. El 3 de agosto de 2005 el auxiliar de la justicia designado aportó al proceso la prueba pericial⁶¹, cuyo objeto, según el profesional, habría de consistir en una “*valoración de la empresa*”. Con todo, el perito orientó su dictamen a la fijación del valor de los perjuicios materiales presuntamente sufridos por la firma SAGRO S.A.

Afirmó el experto que las actividades emprendidas por él en la práctica de la prueba, habían consistido en el análisis de la información contenida en el expediente, la verificación de los estados de resultado registrados entre 1999 y 2001 y el examen de los “*balances, flujos de caja, estados de cambio en la situación financiera, estados de flujos de efectivo, entre otros*”. Agregó que el trabajo también implicó determinar la tendencia de crecimiento de la empresa “*a nivel de ingresos vs. costos*”⁶²

Al referirse al desarrollo del dictamen, expresó:

“Dado que la información suministrada en el informe presentado por la parte actora no es totalmente concreta y muy difícil de verificar, como lo

⁶⁰ Fls. 225 y 226 del C1.

⁶¹ Fls. 311 al 374 del C1.

⁶² Fl. 312

es el inventario a la fecha del siniestro, entre otros, se procede a hacer una valoración de la empresa con los datos objetivos que obran en el expediente, incluyendo en este informe el valor total de la empresa, los cuales contienen tanto el lucro cesante como el daño emergente, teniendo en cuenta lo siguiente:

- Historia reciente de las utilidades.
- Condición general de la compañía (...).
- La demanda en el mercado por el tipo de negocio en particular.
(...)
- El potencial de las utilidades futuras⁶³.

A continuación, concluyó que el lucro cesante ascendía a los \$3.893'969.240,68, en cuyo sustento anexó un cuadro de "indexación" de dicho perjuicio, en el cual fijó como base la suma de \$28'301.221 que imputó al "valor de las ventas" correspondientes al mes de enero del año 2001, y partió de dicho monto para realizar las subsiguientes operaciones de indexación, hasta completar un lapso de nueve años.

Asimismo, afirmó que los "daños materiales" arrojaban un valor de \$1.496'263.463, previa indexación, suma que comprendía los siguientes ítems:

ACTIVO	VALOR
<i>Inventario</i>	\$138'277.834
<i>Diferidos seguros</i>	\$7'477.566
<i>Propiedad, planta y equipo</i>	\$366'198.850
<i>Valorizaciones</i>	\$567.651
<i>Preoperativos</i>	\$344'222.773
<i>Corrección monetaria diferida</i>	\$188'026.294
SUB-TOTAL	\$1.044'770.968
MAS INDEXACIÓN	\$1.496'263.463

- En memorial conjunto de fecha 16 de agosto de 2005, las entidades demandadas solicitaron la aclaración del dictamen, al considerar que el perito había omitido verificar y constatar la información directamente en los libros de

⁶³ Fl. 314.

contabilidad y los originales de los balances de SAGRO S.A., además de abstenerse de consultar al liquidador de la empresa.

Cuestionaron que el dictamen refiriera por separado el *lucro cesante* y los “*daños materiales*”, cuando el primero de tales conceptos se subsumía dentro del otro. Asimismo, reprocharon que el perito omitiera señalar los datos objetivos que había tenido en cuenta para hacer los cálculos, pese a que en el mismo dictamen reconocía que la información suministrada por la parte actora estaba incompleta y era difícil de verificar.

Solicitaron, además, que se aclarara el punto relativo al “*margen de utilidad*”, teniendo en cuenta que el dictamen reconocía que la empresa no había obtenido utilidades por no haber llegado al punto de equilibrio. Asimismo, reclamaron explicación de las razones por las cuales la prueba técnica no había tenido en cuenta los gastos propios de cualquier empresa, ni los márgenes de pérdida que conllevaba la actividad desarrollada por SAGRO S.A.

En ese mismo escrito, formularon **objeción por error grave** contra el mencionado dictamen, en cuyo sustento afirmaron que la finalidad de esa prueba, en los términos solicitados en la demanda, era la actualización de los perjuicios previamente calculados en una experticia que supuestamente fue aportada con el libelo. En punto a ello, señalaron que la liquidación inicial de tales perjuicios nunca fue tomada como medio probatorio ni trasladada a la parte demandada, lo cual desconoció las garantías del debido proceso y el derecho de contradicción, máxime cuando dicho peritazgo inicial sería la base para el dictamen decretado en el curso del proceso.

Consideraron que el perito designado por el Tribunal se había limitado a transcribir fórmulas aritméticas sin indicar ni explicar su fundamento, y no aportó documento alguno que sustentara los montos obtenidos a título de *lucro cesante* y “*daños materiales*”. En particular, sobre el daño emergente, afirmaron que al no obrar inventario alguno de los bienes y recursos existentes en el momento del hecho dañoso, no era posible determinar la cuantía real de los perjuicios, de suerte que las sumas fijadas en el dictamen resultaban exorbitantes y no le aportaban al juzgador ninguna herramienta que le permitiera tener certeza sobre la veracidad de tales montos.

De igual manera, afirmaron que la prueba pericial sólo contenía interpretaciones propias del auxiliar de la justicia y juicios personales de valor que no le eran permitidos⁶⁴.

-. Por su parte, la sociedad demandante solicitó que el dictamen fuera adicionado en el sentido de incluir en el rubro del daño emergente, las pérdidas de los bienes denominados *intangibles*, así como los valores que pagó SAGRO S.A. por concepto de *“liquidación de personal, cierre de la empresa, mayores costos financieros en el período (...) corrido desde enero de 2000 a la fecha y los demás que puedan constatarse en dicha contabilidad”*. Adicionalmente, requirió al perito para que aclarara si en la estimación de ventas realizada para calcular el lucro cesante, había tenido en cuenta la primera etapa de producción de la empresa, o bien, la segunda etapa, la cual estaba proyectada para incrementar la producción a partir del año 2003 y fue frustrada por cuenta del hecho dañoso.

Por último, formuló otras preguntas también aclaratorias, en relación con los bienes muebles y el número de tilapias existentes en el momento de ocurrencia del daño⁶⁵.

-. Mediante escrito del 16 de junio de 2008, el perito presentó la aclaración y complementación del dictamen pericial⁶⁶. Frente a las observaciones de las entidades demandadas, manifestó que su trabajo se había fundamentado en los balances y estados de resultados que obraban en el proceso, de suerte que no era admisible afirmar que la experticia no había tenido en cuenta la información contable de SAGRO S.A. Asimismo, señaló que las cifras plasmadas en el peritazgo por concepto de *lucro cesante* y *daño emergente* se ajustaban a los cálculos realizados, aunque debían cambiar *“al realizar la complementación del dictamen”*.

En relación con la ausencia de ganancias de SAGRO S.A. en los reportes de las vigencias anteriores al hecho dañoso, el perito señaló:

“Precisamente, la empresa no había llegado al punto de equilibrio, pero al mostrar una tendencia de crecimiento, quiere decir, que llega un momento en que deja de arrojar pérdidas y comienzan a obtenerse

⁶⁴ FIs. 376 al 380 del C1.

⁶⁵ FIs. 388 al 390 del C1.

⁶⁶ FIs. 567 al 597 del C1.

*ganancias, por eso se utilizó la proyección de utilidades dejadas de percibir con este factor a nueve años*⁶⁷.

Agregó que, de conformidad con los informes elaborados por el Ministerio de Agricultura acerca del comportamiento del mercado de tilapia, las empresas dedicadas a esa actividad habían reflejado óptimos niveles de crecimiento y márgenes de utilidad, dato que fue tomado por el perito para establecer la *tendencia al crecimiento* de SAGRO S.A. y el consiguiente *lucro cesante*, el cual fue estimado en \$4.299'600.422, para lo cual estableció como base la suma de \$28'624.883, señalada nuevamente como valor de las "ventas" que habrían de registrarse en el mes de enero del año 2001.

Con respecto a las solicitudes de aclaración formuladas por la parte actora, atinentes al *daño emergente*, el perito afirmó:

"Analizados nuevamente los estados financieros, se observa un aumento de capital autorizado para el año 1999, lo cual se refleja en los activos y que son llevados a una cuenta de intangibles, siendo así las cosas, para esa (sic) se deben tomar entonces el valor de los intangibles, menos el valor del terreno, el cual estiman en \$250'000.000, mas el valor de los inventarios registrados a diciembre de 1999 y que pasan con saldo cero para el 2000.

Lo anterior se determina así:

<i>- Valor bienes dañados:</i>	<i>2.663.285.298</i>
<i>- Menos valor del terreno:</i>	<i>250.000.000</i>
<i>- Más valor del inventario:</i>	<i>138.277.834</i>
<i>Total daño emergente:</i>	<i>\$2.551.563.132</i> ⁶⁸ .

- A efectos de dilucidar lo atinente a la objeción planteada contra el dictamen pericial, la Sala precisa lo siguiente:

⁶⁷ Fl. 568 del C1.

⁶⁸ Fl. 569 C1.

De conformidad con el artículo 238 del C. de P.C., la objeción que las partes pueden formular contra el dictamen pericial, procede por “*error grave que haya sido determinante de las conclusiones a que hubieren llegado los peritos o porque el error se haya originado en éstas*”. Vale decir, debe tratarse de un error de tal magnitud que, “*de no haberse presentado, otro hubiera sido el sentido del dictamen rendido por los peritos*”⁶⁹, por lo cual, el error debe ser tan significativo que las conclusiones a las cuales conduzca, sean ostensiblemente equivocadas⁷⁰.

En torno a los presupuestos de este mecanismo de contradicción probatoria, esta Corporación ha señalado:

“...la objeción por error grave procede no por la deficiencia del dictamen ante la falta de fundamentación o sustento técnico y científico o por la insuficiencia o confusión de los razonamientos efectuados por los peritos, sino por su falencia fáctica intrínseca, a partir de la cual no puede obtenerse un resultado correcto, por cuanto parte de premisas falsas o equivocadas en relación con el objeto mismo materia de la experticia, ‘(...) pues lo que caracteriza desaciertos de ese linaje y permite diferenciarlos de otros defectos imputables a un peritaje, (...) es el hecho de cambiar las cualidades propias del objeto examinado, o sus atributos, por otras que no tiene; o tomar como objeto de observación y estudio una cosa fundamentalmente distinta de la que es materia del dictamen, pues apreciando equivocadamente el objeto, necesariamente serán erróneos los conceptos que se den y falsas las conclusiones que de ellos se deriven, de donde resulta a todas luces evidente que las tachas por error grave a las que se refiere el numeral 1º del artículo 238 del Código de Procedimiento Civil (...) no pueden hacerse consistir en las apreciaciones, inferencias, juicios o deducciones que los expertos saquen, una vez considerada recta y cabalmente la cosa examinada. Cuando la tacha por error grave se proyecta sobre el proceso intelectual del perito, para refutar simplemente sus razonamientos y sus conclusiones, no se está interpretando ni aplicando correctamente la norma legal y por lo mismo es inadmisibles para el juzgador, que al considerarla entraría en un balance o

⁶⁹ PARRA J. (2011), *Manual de Derecho Probatorio*. Bogotá: Editorial ABC. (p. 594).

⁷⁰ Sentencia proferida el 18 de febrero de 2015 por la Subsección a de la Sección Tercera del Consejo de Estado, dentro del proceso No. 25000-23-26-000-1998-02725-02(29794), M. P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

contraposición de un criterio a otro criterio, de un razonamiento a otro razonamiento, de una tesis a otra, proceso que inevitablemente lo llevaría a prejuzgar sobre las cuestiones de fondo que ha de examinar únicamente en la decisión definitiva’ (G. J. tomo LXXXV, pág. 604)⁷¹⁷² (Énfasis fuera de texto).

De lo anterior se sigue que, para que prospere la objeción por error grave, la experticia debe haber cambiado las cualidades del objeto examinado o haber tomado como objeto de estudio una cosa fundamentalmente distinta de la que es materia del dictamen. Bajo esta óptica, no es posible establecer la existencia de *error grave* cuando los razonamientos y las conclusiones obtenidas por el perito, simplemente no hayan estado respaldadas por avanzados estudios o por medios probatorios adicionales a los presentados en el peritazgo.

En el presente caso la Sala observa que, tanto el decreto como la práctica del dictamen pericial obrante en el expediente se surtieron con algunas inconsistencias que le impiden servir para el propósito que se dispuso. Asimismo, los datos consignados en el dictamen se pretendieron soportar con varias probanzas que, con todo, no revelan, explican ni sustentan con total veracidad ni suficiencia las cantidades obtenidas por el perito, lo cual les resta certitud a tales resultados y conclusiones finales, tal como pasa a explicarse.

En efecto, como ya se anotó, según lo señalado expresamente por la sociedad demandante, el objeto del dictamen pericial consistía en “*cuantificar*” los perjuicios materiales que ya habían sido calculados en una experticia inicial, supuestamente presentada con el escrito de demanda, pero cuyos valores requerían actualización. En este punto, la parte actora subrayó que el dictamen solicitado para su decreto, debía ser rendido “*conforme a los parámetros*” del informe pericial que se anunció como anexo a la demanda.

Pese a que el aludido concepto técnico inicial no fue aportado a la actuación –y así lo hizo ver la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional en su contestación de la demanda-, el *a quo* dispuso el decreto de la experticia solicitada

⁷¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, auto de septiembre 8 de 1993, expediente 3446, citada en sentencia del 31 de octubre de 2007, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, expediente 25177, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

⁷² Sentencia proferida el 27 de marzo de 2014 por la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado, dentro del proceso No. 25000-23-26-000-1998-03066-01(20912), M. P. Danilo Rojas Betancourth.

sin percatarse de la referida falencia. Posteriormente, al rendir la prueba, el auxiliar de la justicia designado reiteró que el objeto solicitado era la actualización del valor de los perjuicios “*teniendo en cuenta los parámetros del dictamen presentado con (...) la demanda*”, no obstante lo cual, modificó este aspecto al anunciar que dicho objeto consistía esencialmente en una “*valoración de la empresa*”, para terminar, finalmente, imputando unas sumas de dinero a los conceptos de “*lucro cesante*” y lo que denominó “*daños materiales*”.

Al respecto, no desconoce la Sala que ninguna de las partes interpuso recurso alguno contra el auto mediante el cual fue decretado el dictamen, por lo cual no cabe en la presente instancia, reparar en lo que debió decidirse durante la etapa probatoria del proceso. Sin embargo, la circunstancia señalada pone de manifiesto que, desde el comienzo, el objeto de la experticia careció de claridad y precisión, lo cual se reflejó en todo el contenido de ese medio probatorio.

Así, habida cuenta que el perito designado no tuvo, en realidad, unos valores para actualizar, procedió a fijarlos con sus propios cálculos con fundamento en la “*historia reciente de las utilidades*”, las condiciones generales y económicas de la compañía y la “*demanda en el mercado*”, ítems que, según su dicho, reposaban en los estados financieros y demás documentos aportados al expediente.

Con todo, ni el dictamen ni las pruebas que le sirvieron de sustento, explican la conclusión según la cual SAGRO S.A. presentaba “*tendencia al crecimiento*”, a pesar de que los balances de la empresa, correspondientes a los años 1998, 1999 y 2000 –obrantes en el proceso–, arrojaron estado de pérdida en todas esas vigencias y no reflejaron la obtención de utilidades.

Al respecto, el perito señaló en su escrito de aclaración que los márgenes de utilidad o pérdida de empresas similares, fueron referidos en un informe de diagnóstico, elaborado por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural. Sin embargo, el mencionado informe –adjunto a la aclaración del dictamen y puesto en conocimiento de las partes por auto del 2 de febrero de 2010⁷³– señaló que el mercado de pescado, tras sufrir una caída en 1999 debido a múltiples factores, comenzó a recuperarse a partir del año 2001 pero sin llegar a alcanzar en el año 2004, los niveles logrados antes del indicado descenso. En este punto cabe resaltar que, en ese mismo documento, el Ministerio de Agricultura refirió que

⁷³ Fls. 672 y 673

entre los años 1999 y 2004, el departamento de Antioquia dejó de ser un productor importante de tilapia para pasar a registrar niveles apenas marginales, además de lo cual, por si fuera poco, el mercado colombiano de ese producto no alcanzó niveles muy competitivos en el país ni en el ámbito internacional, entre otras causas, por el ingreso masivo de pescado proveniente de otras naciones⁷⁴.

Por lo tanto, no se advierte de qué manera era posible señalar y mucho menos proyectar con certeza el crecimiento de una empresa que no había reportado utilidades en las últimas vigencias, cuando además, a la luz de lo consignado en el diagnóstico del Ministerio, el crecimiento de su actividad económica no sobrepasaría los niveles marginales en el departamento de Antioquia, durante los períodos posteriores a la fecha del hecho dañoso.

Asimismo, como quedó señalado anteriormente, el dictamen arrojó la suma de \$3.893'969.240,68 como valor total del lucro cesante causado durante un período de nueve años contados desde la fecha de los hechos. Sin embargo, para la obtención de esa cantidad, el perito partió de la base de que en el mes de enero del año 2001 –*vale decir, con posterioridad al hecho dañoso*– las ventas alcanzaron los \$28'305.000, aun cuando el balance respectivo, aportado con la demanda, señaló que los ingresos operacionales de SAGRO S.A. para la vigencia 2001, fueron cero (\$0)⁷⁵. A más de no precisar este punto en su aclaración, el auxiliar de la justicia modificó el valor de base, en cuanto fijó en la segunda oportunidad la suma de \$28'624.883 como valor de las ventas de tilapia en enero de 2001, lo cual le permitió obtener un lucro cesante final de \$4.299'600.422. El perito también pretendió soportar estos datos con el informe del Ministerio de Agricultura, el cual, se reitera, no suministró bases para establecer tales cuantías por concepto de ventas de tilapia, en una empresa constituida en el departamento de Antioquia.

Con respecto al *daño emergente*, advierte la Sala que la metodología adoptada en el dictamen para su cálculo fue modificada en el escrito de aclaración, en el cual, además, se introdujo un valor que no fue el reflejado en el balance correspondiente. En efecto, al rendir la experticia inicial, el perito sumó varios ítems correspondientes a los activos del año 1999 (a saber: inventarios, “*diferidos seguros*”, valorizaciones, preoperativos y “*propiedad, planta y equipo*”), mientras que en la aclaración respectiva realizó operaciones diferentes, no soportadas en

⁷⁴ Fls 571 al 584 del C1.

⁷⁵ Fl. 72 del C1.

ninguna prueba, y refirió la suma de \$2.663'285.298 como valor de los “*bienes dañados*”, sin identificarlos ni discriminar su precio individual, pero sí restándole \$250'000.000 como “*valor del terreno*”, cuando en el balance del año 1999 dicho ítem estaba tasado en \$244'718.791⁷⁶.

Se sigue de lo anterior que el dictamen pericial no demuestra la certitud de las cifras que expuso como valor de los perjuicios materiales, por cuanto, de algunas de las pruebas aducidas por el perito –como el informe del Ministerio de Agricultura y los balances ya señalados- no afloran en realidad los datos y cantidades que plasmó en su experticia, lo cual afecta necesariamente la totalidad de los cálculos que debía hacer. Tal circunstancia constituye una falencia fáctica intrínseca, de conformidad con las normas y los criterios jurisprudenciales referidos en líneas precedentes, por lo cual se declarará la prosperidad de la objeción formulada por las entidades demandadas contra la aludida prueba, que naturalmente, no será tenida en cuenta para establecer la cuantía de la indemnización que se le habrá de reconocer a la parte demandante en el presente asunto.

2.6.2. Los perjuicios materiales causados a la demandante

2.6.2.1. Daño emergente

La parte actora refirió en el libelo que el *daño emergente* sufrido por SAGRO S.A., había consistido en “*aquellas sumas pasadas y futuras que salieron o saldrán del patrimonio o se establecieron como pérdida a consecuencia del daño, así como todos aquellos valores que se pagaron o pagarán para atender las consecuencias de dicho daño*”⁷⁷.

Tal como quedó visto en el acápite de los hechos probados del proceso, los testimonios vertidos en la primera instancia –en particular, las declaraciones de los señores Juan Camilo Jaramillo Gómez y María Isabel Zuluaga Duarte- evidenciaron que, en su incursión, el grupo irregular ELN destruyó los estanques piscícolas, los contenedores y las bodegas de SAGRO S.A., además de sustraer y liberar los peces albergados en tales estanques y criaderos⁷⁸.

⁷⁶ Fl. 56 del C1.

⁷⁷ Fl.213 del C1.

⁷⁸ Fl. 440, 465 y 466 del C1.

Si bien, en el proceso reposan los balances de la sociedad demandante, en los cuales se reflejan los activos y el patrimonio que tenía SAGRO S.A. en el año 2001, lo cierto es que tales documentos no son suficientes para establecer en este proceso la cantidad cierta y precisa de cada clase de elementos destruidos, así como tampoco el valor que tenían en la fecha de ocurrencia del hecho dañoso, razón por la cual la determinación de la cuantía del daño emergente deberá realizarse mediante incidente, al tenor de lo previsto en el artículo 172 del Código Contencioso Administrativo.

En dicho trámite incidental deberán recaudarse las pruebas periciales, documentales, testimoniales y las demás que sean necesarias para establecer la cantidad de peces, estanques, contenedores, bodegas, mobiliario y enseres destruidos por el ELN el 7 de septiembre de 2001 en la planta piscícola de SAGRO S.A., así como el valor que para esa fecha tenían dichos elementos. De igual manera se deberá determinar el valor de los costos en que incurrió SAGRO S.A. para recuperar, pagar o cubrir tales daños materiales.

Con todo, se debe tener en cuenta que, en el evento en que el monto que se establezca por concepto de la indemnización del daño emergente, no supere la suma de \$319'828.692, actualizada a la fecha en que se resuelva el respectivo incidente, no se le impondrá condena alguna a las entidades demandadas con destino al patrimonio de SAGRO S.A., en virtud de la subrogación legal que operó a favor de la compañía Suramericana de Seguros S.A., de conformidad con lo señalado en el acápite relativo a la legitimación en la causa por activa.

2.6.2.2. Lucro cesante

El artículo 1614 del Código Civil define el lucro cesante como ***“la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplido imperfectamente, o retardado su cumplimiento”***.

La doctrina ha explicado la noción de *lucro cesante*, señalando que consiste en lo que el bien lesionado *“deja de producir en razón del hecho dañino”*, en punto a lo cual *“sólo se indemniza lo que él (el empresario) dejó de ganar, utilidad líquida, que normalmente se establece con base en un peritaje”*⁷⁹.

⁷⁹ HENAO, Juan Carlos. *“El daño, análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés”*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.

Para el profesor Javier Tamayo Jaramillo, “*hay lucro cesante cuando un bien económico que debía ingresar en el curso normal de los acontecimientos, no ingresó ni ingresará en el patrimonio de la víctima*”, en tanto que la *ganancia* a la cual se refiere la norma del Código Civil, consiste en la *utilidad lucrativa* representada en dinero o bienes, provenientes del trabajo o de un capital⁸⁰.

Igualmente ha sido nutrida la jurisprudencia referente al concepto y a las características o condiciones del *lucro cesante*, particularmente su carácter cierto. Al respecto, esta Subsección ha señalado:

*“En cuanto al lucro cesante esta Corporación ha sostenido reiteradamente, que se trata de la **ganancia frustrada** o el provecho económico que deja de reportarse y que, de no producirse el daño, habría ingresado ya o en el futuro al patrimonio de la víctima. **Pero que como todo perjuicio, para que proceda su indemnización, debe ser cierto**, como quiera que el perjuicio eventual no otorga derecho a reparación alguna”⁸¹ (Énfasis fuera de texto).*

En consonancia con lo anterior y, en pronunciamiento más reciente, dijo esta Sala:

*“...el perjuicio material a indemnizar, en la modalidad de lucro cesante, debe ser cierto y, por ende, **edificarse en situaciones reales**, toda vez que **el perjuicio eventual o hipotético, por no corresponder a la prolongación real y directa del estado de cosas producido por el daño, no es susceptible de reparación**”⁸² (Se destaca).*

Vale la pena referir que, de conformidad con la jurisprudencia de esta Corporación, el examen de las circunstancias particulares de la víctima y de la actividad que desarrollaba, resulta determinante para establecer el carácter cierto del perjuicio reclamado. En punto a ello, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha explicado:

⁸⁰ TAMAYO, Javier. “*Tratado de responsabilidad civil*”. Tomo II –pp. 474 y 475. Bogotá, Legis, 2007.

⁸¹ Consejo de Estado, Sala de Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 21 de mayo de 2007. Exp. 15989. C.P.: Mauricio Fajardo y de 1 de marzo de 2006. Exp. 17256. M.P.: María Elena Gómez Giraldo.

⁸² Sección Tercera – Subsección A. Sentencia del 10 de agosto de 2016. C.P. Marta Nubia Velásquez Rico. Expediente N° 2087833 44001-23-31-002-2008-00134-01 (42794).

*“...queda claro que la indemnización de perjuicios abarca el **aumento patrimonial que fundadamente podía esperar una persona...***

(...)

*“Puede tratarse también de la pérdida de utilidad que no siendo actual, la **simple acreditación de su existencia** es suficiente en cuanto a su certeza, lo que configura el lucro cesante futuro o anticipado, así como debe tenerse en cuenta, (1) **las circunstancias del caso en concreto y las “aptitudes” de quien resulta perjudicado**, esto es, **si la ventaja, beneficio, utilidad o provecho económico se habría o no realizado a su favor** o (2) **si la misma depende de una contraprestación de la víctima que no podrá cumplir como consecuencia del hecho dañoso, de manera que se calcula a su favor el valor entre el beneficio, utilidad o provecho económico y el valor por la víctima debido (...); (4) **debe existir cierta probabilidad objetiva que resulte del curso normal de las cosas y del caso en concreto (...)** pero no cabe reconocer cuando se trata de una mera expectativa...”⁸³.***

-. En los fundamentos fácticos de la demanda, la parte actora señaló que el lucro cesante dejado de pagar por la compañía de seguros ascendía a los \$232'802.290, monto que debía ser sumado a los “*beneficios dejados de percibir*” por SAGRO S.A. entre los años 2001 y 2009, los cuales se estimaban en \$10.000'000.000 o la cifra máxima que pudiera demostrarse en el proceso, calculada “*para una capacidad productiva de 240 toneladas tilapia mes (sic)*”⁸⁴.

Como ya se anotó, el Tribunal *a quo* denegó el reconocimiento del lucro cesante por considerar que para la fecha de ocurrencia del daño, SAGRO S.A. aún no percibía ganancias por su actividad económica, de forma que el perjuicio solicitado sólo tenía carácter eventual o hipotético, sin vocación alguna para ser indemnizado.

En su alzada, la sociedad demandante argumentó que el comportamiento del mercado de tilapia en los años posteriores al hecho dañoso, así como la

⁸³ Sección Tercera. Sentencia del 7 de septiembre de 2015. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Expediente N° 54001-23-31-000-1999-01081-02 (34158).

⁸⁴ FI 214 del C1.

producción reportada por SAGRO S.A. en las vigencias previas al daño, evidenciaban los ingresos y ganancias que la empresa debió percibir a partir del año 2001, lo cual le daba al lucro cesante un carácter cierto.

Reposan en el plenario los balances generales de SAGRO S.A., correspondientes a los años 1999 al 2001, y la copia de la contabilidad general de la empresa, reportada en los períodos de 1998 a 2001⁸⁵. Como quedó señalado anteriormente, los indicados balances evidenciaron que los resultados de ejercicio arrojados en todas estas vigencias, fueron de “pérdidas”, cuyo cálculo fue de -\$1.234'123.697 al cierre del año 1998 y, de - \$1.724'568.882 al finalizar 1999. Asimismo, la contabilidad del año 1998 registró como pérdida anterior, vale decir, acumulada hasta la vigencia de ese año, la suma de \$1.009'794.135⁸⁶.

Los documentos contables evidencian, igualmente, que mientras en el año 1998 los ingresos operacionales de SAGRO S.A. ascendieron a los \$103'833.075, en el año 1999 ese mismo ítem reportó un valor de \$98'279.481. Por otro lado, al cerrar el período del año 2000, los ingresos operacionales de la empresa completaron la suma de \$233'843.317 aunque no se obtuvieron por la venta de pescado, como en los años anteriores, sino únicamente por la actividad de “pesca”, según los términos plasmados en el reporte contable. Por último, las pérdidas del ejercicio correspondiente a dicho período, fueron de -\$2.483'747.142⁸⁷.

-. Ahora bien, como anteriormente se refirió, al expediente fue allegado un informe rendido por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural sobre el diagnóstico de la cadena de piscicultura en Colombia. Según este instrumento, aunque entre 1989 y 1999 la producción de pescado (entre tilapia, trucha y cachama) tuvo un crecimiento del 26.6%, esta actividad sufrió una caída considerable en el año 2000, debido a diferentes factores, entre ellos los problemas de orden público que afectaron significativamente la oferta, pero también la recesión económica registrada en 1999 –en la cual el PIB cayó a menos 4.2% -, el aumento del desempleo por encima del 20%, la disminución de los niveles generales de ingreso y la importación masiva de tilapia, principalmente desde Ecuador⁸⁸.

⁸⁵ Fls. 48 al 108 del C1.

⁸⁶ Fl. 334 del C1,

⁸⁷ Fl 363 del C1.

⁸⁸ Fls. 574 y 575 del C1.

El Ministerio también anotó que, con ocasión de ese fenómeno importador, los precios de la tilapia cayeron considerablemente en el mercado nacional, de modo que disminuyeron sus niveles de producción, y que, a la par con ello, aun cuando la actividad piscícola del país comenzó a recuperarse a partir del año 2001, no llegó a alcanzar los niveles que había registrado antes del año 1999, debido, principalmente, al *“ingreso masivo de importaciones de bienes sustitutos de productos de la piscicultura”*⁸⁹.

El mismo diagnóstico oficial puso de manifiesto que, para el período 1999 a 2004, los departamentos con mayor potencial en la producción de tilapia fueron, en su orden, Huila, Valle, Tolima, Meta y Putumayo, mientras que el departamento de Antioquia había pasado a *“registrar volúmenes marginales del cultivo de tilapia”*, al punto que en el año 2002 *“solamente se obtuvieron 241 Tm”*⁹⁰, cifra señalada por SAGRO S.A. como capacidad productora de la empresa, pero reflejada en el mencionado informe como producción marginal de todo el departamento de Antioquia.

Así las cosas, encuentra la Sala que no se acreditó en la presente causa el *lucro cesante* reclamado en la demanda, pues se echa de menos su **carácter cierto** en la medida en que, por una parte, la empresa SAGRO S.A. venía reportando pérdidas constantes al menos desde los tres años anteriores al hecho dañoso, y por otro lado, el mercado de tilapia en Colombia - especialmente en Antioquia-, si bien reportaba márgenes de crecimiento, éstos fueron precarios debido principalmente a la alta competitividad de los productos extranjeros. En este punto, si bien la situación de orden público del país pudo contribuir a la caída de la producción a partir del año 1999, este descenso también obedeció, con no menos importancia, a factores macroeconómicos relacionados con las mencionadas importaciones, el desempleo y el descenso del PIB a porcentajes negativos.

Bajo estas circunstancias, demostradas en el proceso con los balances, la contabilidad y el diagnóstico general anteriormente reseñado, es claro que **el curso normal de las circunstancias** que se venían presentando antes del hecho dañoso –*acaecido el 7 de septiembre del año 2000*- no permiten tener por establecido que SAGRO S.A. hubiera percibido *ganancias* o *utilidades* después de esa fecha, más aun, la dinámica de las constantes pérdidas, aunada a la ya

⁸⁹ *Ibidem*.

⁹⁰ Fl. 577 del C1.

descrita situación del mercado, revela que en ese momento era todavía incierto, incluso, que la empresa fuera a alcanzar el punto de equilibrio en el mediano plazo, lo cual, si bien no lleva a descartar o a desechar totalmente esa posibilidad, sí le imprime al *lucro cesante* un carácter meramente **eventual** o hipotético, razón por la cual la Sala comparte lo que en este punto concluyó el Tribunal de primer grado en la sentencia apelada y, por consiguiente, habrá de negar el reconocimiento del mencionado perjuicio.

2.6.2.3. Pérdida de oportunidad

Ahora, sin dejar de reconocer lo anterior la Sala advierte que, aun cuando el material probatorio obrante en el proceso no da cuenta del carácter cierto del lucro cesante, sí otorga elementos de juicio para que proceda en el presente caso el reconocimiento de indemnización por el perjuicio denominado *pérdida de la oportunidad*, concebido por la doctrina y la jurisprudencia como un daño de naturaleza autónoma, dadas sus particulares características.

En efecto, el tratadista Javier Tamayo Jaramillo refiere que la pérdida de la oportunidad surge cuando la víctima “*se encuentra en una situación en la que el hecho del agente le impide tener la posibilidad de que el azar le otorgue un beneficio o le evite un daño*”, y de las condiciones existentes es igualmente previsible que el beneficio se produzca o no. Explica el doctrinante esta categoría de daño por vía de ejemplo, y anota:

*“El concepto de daño cierto ha encontrado grandes tropiezos en lo que la doctrina y la jurisprudencia han denominado pérdida de una oportunidad (...). Se presenta esta situación, v.gr., cuando un abogado que descuida un proceso que se pierde, pero cuyo éxito no podía asegurarse aun sin culpa del abogado. Lo mismo puede predicarse del participante en un concurso o competencia cuya oportunidad de participación se extingue por culpa de un tercero. Es decir, el único daño consiste en no poder disfrutar la posibilidad de ganar una competencia que, como consecuencia lógica, **también podía haber perdido.***

A primera vista podría decirse que no hay lugar a indemnización, ya que el daño no es cierto, puesto que no habría la seguridad de que la víctima hubiera obtenido el beneficio esperado en caso de no haber mediado la conducta ilícita del demandado. Sin embargo, nosotros estamos de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia contemporáneas, que consideran que en tales circunstancias hay lugar a indemnizar (...). En

efecto, el que tiene la posibilidad de ganar algo dispone de un bien económico que inclusive a veces puede enajenarse, como cuando se vende un derecho litigioso o un billete de lotería (...). **El daño consiste no en la pérdida del premio o de la pretensión, sino en la pérdida de la oportunidad de conseguirlos**⁹¹.

En punto a lo anterior, vale la pena reiterar lo que al respecto ha precisado la jurisprudencia de la Sección Tercera de esta Corporación, especialmente en cuanto a la importancia de diferenciar entre la frustración del beneficio propiamente dicho y la pérdida de la oportunidad o esperanza de alcanzarlo: ambos perjuicios son indemnizables, pero bajo conceptos y por causas diferentes. En torno a esta delimitación, se ha dicho:

“... no puede perderse de vista que lo perdido o frustrado es la oportunidad en sí misma y no el beneficio que se esperaba lograr o la pérdida que se pretendía eludir, los cuales constituyen rubros distintos del daño. En consecuencia, la oportunidad difuminada como resultado del hecho dañoso no equivale a la pérdida de lo que estaba en juego, sino a la frustración de las probabilidades que se tenían de alcanzar el resultado anhelado, probabilidades que resultan sustantivas en sí mismas y, por contera, representativas de un valor económico incuestionable que será mayor, cuanto mayores hayan sido las probabilidades de conseguir el beneficio que se pretendía, habida consideración de las circunstancias fácticas de cada caso.

*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’...*⁹² (Énfasis fuera de texto).

⁹¹ TAMAYO, Javier. Op. cit. P-357.

⁹² Sentencia de agosto 11 de 2010, Expediente 18.593. Providencia reiterada en fallo de fecha 25 de agosto de 2011. C.P. Mauricio Fajardo Gómez, exp. N° 25000-23-26-000-1997-03994-01(19718). Véase al respecto, igualmente, la sentencia proferida por esta Subsección el 1° de agosto de 2016. C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. Expediente N° 19001-23-31-000-2001-01429-01(35116).

Ahora, en reiterada jurisprudencia⁹³ también se ha señalado que para la configuración de la *pérdida de oportunidad*, se debe verificar, en cada caso concreto, la existencia de tres criterios:

“(i) Certeza respecto de la existencia de una oportunidad que se pierde, aunque la misma envuelva un componente aleatorio (...)”⁹⁴.

“(ii) Imposibilidad definitiva de obtener el provecho o de evitar el detrimento, vale decir, la probabilidad de obtener la ventaja debe haberse convertido en inexistente, pues si la consolidación del daño dependiera aún del futuro, se trataría de un perjuicio eventual e hipotético, no susceptible del reconocimiento de una indemnización que el porvenir podría convertir en indebida”⁹⁵(...).

“(iii) La víctima debe encontrarse en una situación potencialmente apta para pretender la consecución del resultado esperado, es decir que debe analizarse si el afectado realmente se hallaba, para el momento en el cual ocurre el hecho dañino, en una situación tanto fáctica como jurídicamente idónea para alcanzar el provecho por el cual propugnaba, posición jurídica que ‘no existe cuando quien se pretende damnificado, no llegó a emplazarse en la situación idónea para hacer la ganancia o evitar la pérdida’”⁹⁶.

En el presente caso, considera la Sala que la demanda hoy analizada, si bien no lo expresa de manera textual, sí lleva contenida la pretensión de reconocimiento de la *pérdida de oportunidad*. En efecto, la sociedad SAGRO S.A. subrayó en los fundamentos facticos del libelo que, para el año 2000, su producción de tilapia marchaba con expectativas óptimas debido a que las ventas venían presentando incrementos desde el año anterior. En tal sentido afirmó que, tras haber acometido una infraestructura orientada a alcanzar una capacidad productiva de 240 toneladas mensuales y la subsiguiente obtención de ganancias, los logros en ventas reflejados en el período 1999-2000 le permitieron vislumbrar esa meta en

⁹³ Ver, entre otras, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 11 de agosto de 2010, Expediente No. 18593.

⁹⁴ Cita textual del fallo: A este respecto se ha sostenido que “... la chance u oportunidad, es una posibilidad concreta que existe para obtener un beneficio. El incierto es el beneficio pero la posibilidad de intervenir es concreta, pues existe de forma indiscutible. Por eso sostenemos que existe daño jurídicamente indemnizable cuando se impide esa oportunidad o esa chance: se presenta el daño... Las dificultades pueden presentarse en la evaluación, porque lógicamente ésa no puede ser la del beneficio que posiblemente se habría obtenido sino otra muy distinta” (énfasis añadido). Cfr. MARTÍNEZ RAVÉ, Gilberto y MARTÍNEZ TAMAYO, Catalina, *Responsabilidad civil extracontractual*, Temis, Bogotá, 2003, p. 260.

En similar sentido, Trigo Represas señala que “[E]n efecto, si la chance aparece no sólo como posible, sino como de muy probable y de efectiva ocurrencia, de no darse el hecho dañoso, entonces sí constituye un supuesto de daño resarcible, debiendo ser cuantificada en cuanto a la posibilidad de su realización y no al monto total reclamado.

La pérdida de chance es, pues, un daño cierto en grado de probabilidad; tal probabilidad es cierta y es lo que, por lo tanto, se indemniza (...) cuando implica una probabilidad suficiente de beneficio económico que resulta frustrada por el responsable, pudiendo valorársela en sí misma con prescindencia del resultado final incierto, en su intrínseco valor económico de probabilidad” (subrayas fuera del texto original). Cfr. TRIGO REPRESAS, Félix Alberto, *Pérdida de chance*, cit., p. 263.

⁹⁵ HENAO, Juan Carlos, *El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, pp. 159-160.

⁹⁶ Cita textual del fallo: ZANNONI, Eduardo, *El daño en la responsabilidad civil*, Astrea, Buenos Aires, 1987, pp. 110-111.

un futuro cercano, pero que tal esperanza resultó frustrada, precisamente con el ataque armado perpetrado por los subversivos el 7 de septiembre de 2001⁹⁷.

Frente a lo anterior se advierte que, aun cuando las pruebas del proceso, se reitera, no permiten establecer el carácter cierto del *lucro cesante*, no se debe desconocer que esos mismos elementos probatorios aportan –como se verá– datos y elementos útiles para determinar la causación de la mencionada *pérdida de oportunidad*, que para el caso concreto consiste en la posibilidad que habría tenido la sociedad demandante de alcanzar el punto de equilibrio y continuar activa en el mercado de tilapia, sector que, si bien no llegó a posicionarse con mucha fuerza a nivel nacional ni internacional, sí se mantuvo vigente en la economía interna y registró ciertos niveles de crecimiento, al menos hasta el año 2004, último período analizado por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural en el diagnóstico anteriormente referido.

En efecto, a la par con las pérdidas de ejercicio de SAGRO S.A. entre los años 1998 y 2000, los balances y los libros contables de la empresa también evidenciaron que en el año 2000 sus ingresos operacionales fueron superiores a los registrados entre 1998 y 1999, además de lo cual, se destinaron recursos en estos dos períodos, para la construcción de estanques piscícolas y otras instalaciones⁹⁸. Así las cosas, con tal incremento de los ingresos operacionales evidenciado en el año 2000 y las inversiones hechas por la compañía piscícola para la ampliación de su planta de producción, aunados a la recuperación y posterior crecimiento del mercado de tilapia en Colombia a partir de 2002–pues aunque tuvo índices modestos y factores adversos, se mantuvo con constancia– era al menos posible que SAGRO S.A. pudiera alcanzar el punto de no pérdida y adquiriera un posicionamiento más libre de riesgos, en el mercado al que pretendía ingresar.

Habidas estas circunstancias, la Sala le reconocerá a la sociedad demandante la indemnización de la pérdida de oportunidad, en los términos hasta aquí señalados.

Ahora bien, en punto a los parámetros que se deberán seguir para establecer el valor de la indemnización, la Sala acude a las pautas establecidas por la Sección Tercera de esta Corporación al tener en cuenta que, “... a la vista de que no

⁹⁷ FIs. 197 y 198 del C1.

⁹⁸ FIs 327 y 346 del C1.

*existen criterios consolidados en cuanto a la liquidación del daño de pérdida de oportunidad (...), resulta procedente sistematizar unos parámetros mínimos que de modo pedagógico e ilustrativo permitan orientar al juez en la fijación de su cuantía*⁹⁹.

Así, de conformidad con lo dicho en tal pronunciamiento,

“...el alcance restrictivo de las indemnizaciones por pérdida de oportunidad, al estar circunscrita a un rubro diferente de los perjuicios materiales e inmateriales o clasificada en un tipo único de perjuicio, encierra en algunas ocasiones, el desconocimiento del principio de la reparación integral y, en otras, el de enriquecimiento sin causa, lo cual lleva a la Sala al convencimiento de que es preciso elaborar un baremo para poder cuantificar de forma equitativa y justa los casos de pérdida de oportunidad ...”

Si bien, la sentencia aquí referida estableció los indicados parámetros para aplicarlos en materia de salud, los mismos resultan válidos para el caso que hoy analiza esta Sala, dado que operan de igual manera, con independencia de que sea otra la naturaleza del beneficio cuyo alcance fue frustrado por la *pérdida de la oportunidad*.

Así pues, a la luz de la indicada jurisprudencia¹⁰⁰, la adecuada liquidación de dicho perjuicio se ajustaría a las siguientes pautas, las cuales serán acogidas en el presente caso:

- a) *“...su estimación no solo será menor a la que procedería si se indemnizara el perjuicio final, (...) sino proporcional al porcentaje de posibilidades que tenía la víctima...”*.
- b) *“La expectativa se cuantificará en términos porcentuales, teniendo en cuenta que está ubicada en un espacio oscilante entre dos umbrales, esto es, inferior al 100% y superior al 0%, ya que por tratarse de una probabilidad no podría ser igual o equivalente a ninguno de los dos extremos...”*.
- c) *“El porcentaje de probabilidades de la expectativa legítima truncada debe establecerse a través de los diferentes medios de prueba que obran en el proceso -regla general-. Ahora, **si no se puede determinar dicho porcentaje de la pérdida de oportunidad -perspectiva cuantitativa-, pese a encontrarse acreditado el daño antijurídico cierto y personal -perspectiva cualitativa-, deberá el juez de la responsabilidad, tal***

⁹⁹ Consejo de Estado – Sección Tercera. Sentencia del 5 de abril de 2017. C.P. Ramiro Pazos Guerrero. Expediente N° 170012331000200000645-01

¹⁰⁰ Ibídem.

como lo ha señalado la doctrina¹⁰¹, bien sea a) declarar en abstracto la condena y fijar los criterios necesarios para que, mediante un trámite incidental, se realice la cuantificación del perjuicio, o bien b) acudir a criterios de equidad¹⁰², eje rector del sistema de reparación estatal, -artículo 230 de la Constitución Política y 16 de la Ley 446 de 1998¹⁰³-, a fin de reparar en forma integral el daño imputable a los demandados” (Se destaca).

- d) *“...si no es posible fijar científica y técnicamente el porcentaje de probabilidades, la cuantificación del porcentaje de posibilidades truncadas se determinará excepcionalmente (...) en un 50% (...), en virtud de la equidad y la igualdad procesal que debe prohiarse entre las partes, no importa si el porcentaje de posibilidades frustradas haya podido fluctuar entre el 0.1 y el 99%, habida cuenta de que, sin haber podido aplicar la regla general, bastará que se hayan acreditado los elementos de la pérdida de oportunidad, es decir que se constate cualitativamente un truncamiento de la oportunidad que afecte el patrimonio de los demandantes para que proceda la reparación por excepción. Dicha excepción se justifica porque **aunque haya ausencia cuantitativa del porcentaje de probabilidad de la expectativa legítima truncada, dicha expectativa sigue de todas maneras representado un menoscabo a un bien material o inmaterial que fue arrancado del patrimonio de la víctima y, por ello, debe ser reparada**” (Énfasis fuera de texto).*

En el asunto objeto de análisis, dado que los medios probatorios del proceso no son suficientes para determinar la cuantía o el porcentaje cierto de la pérdida de oportunidad, la condena respectiva se impondrá en abstracto, a fin de que, mediante incidente, se disponga la práctica de un dictamen pericial a cargo de un profesional en economía o administración de empresas que tenga conocimientos estadísticos y de cálculo de probabilidad, para que establezca, con base en los reportes financieros y contables de SAGRO S.A. entre 1998 y 2000 y en los índices de crecimiento del mercado de tilapia entre 2000 y 2004, descritos en el diagnóstico del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural que obra en el expediente –sin perjuicio de que el perito pueda emplear elementos de convicción adicionales-, los siguientes aspectos:

¹⁰¹ Cita transcrita: “TAMAYO JARAMILLO, *Tratado de Responsabilidad Civil*, 2007, p. 338 y 341; Martínez Rave, *La Responsabilidad Civil Extracontractual en Colombia*, 1986, p. 126; HENAO, Juan Carlos. *El Daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, pp. 42 y 43”.

¹⁰² *Esta Sala ha aplicado a otros casos la equidad como fundamento para cuantificar el perjuicio por la pérdida de oportunidad: Ver. Consejo de Estado, Sala Plena de Sección Tercera, sentencia de 12 de julio de 2012, rad. 15,024, M.P. Danilo Rojas Betancourth*

¹⁰³ “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”.

1) *El tiempo –expresado en años y/o meses- que le habría tomado a SAGRO S.A. lograr el punto de equilibrio, teniendo en cuenta el ritmo de producción presentado entre 1998 y 2000, las ventas registradas en éste último período y los índices de crecimiento de tilapia en Antioquia y en Colombia, a partir del año 2001.*

2) *El valor de las ventas probables que habría logrado registrar la empresa hasta el año en que hubiera alcanzado el punto de equilibrio o de no pérdida, teniendo en cuenta las condiciones que presentaba SAGRO S.A. antes del hecho dañoso.*

Este último resultado será actualizado a la fecha en que se resuelva el incidente. El **cincuenta por ciento (50%)** del valor obtenido constituirá el monto de la condena que se le deberá imponer a las entidades demandadas, por la pérdida de oportunidad sufrida por la sociedad demandante SAGRO S.A.

2.7 Condena en costas.

Comoquiera que para el momento en que se profiere este fallo, el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 indica que sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes haya actuado temerariamente y, debido a que ninguna procedió de esa forma en el presente caso, no habrá lugar a su imposición.

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

FALLA

MODIFICAR la sentencia apelada, esto es la proferida el 22 de febrero de 2012 por el Tribunal Administrativo de Antioquia, la cual quedará así:

PRIMERO: DECLARAR la responsabilidad patrimonial de la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional y Policía Nacional por el daño antijurídico sufrido por la sociedad AMIGOS DEL AGRO S.A., a raíz de la destrucción de su planta de producción, perpetrada por un grupo al margen de la ley el día 7 de septiembre de 2000.

SEGUNDO: CONDENAR a la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional y Policía Nacional a pagar a la sociedad AMIGOS DEL AGRO S.A. –

SAGRO S.A. en Liquidación, la *pérdida de oportunidad* y el *daño emergente* derivados de la incursión guerrillera que tuvo lugar en su planta de producción el 7 de septiembre de 2000. El valor de dichos perjuicios será establecido mediante incidente, de conformidad con lo señalado en la parte motiva de esta providencia y en lo que no se haya subrogado por ministerio de la ley la compañía de seguros Suramericana S.A.

TERCERO: DECLARAR que prospera la objeción por error grave, formulada por las entidades demandadas respecto al dictamen rendido en el proceso.

CUARTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

QUINTO: Para el cumplimiento de esta sentencia, expídanse copias con destino a las partes, con las precisiones del artículo 115 del Código de Procedimiento Civil y con observancia de lo preceptuado en el art. 37 del Decreto 359 de 22 de febrero de 1995. Las copias destinadas a la parte actora serán entregadas al apoderado judicial que ha venido actuando.

SEXTO: Sin condena en costas.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

HERNÁN ANDRADE RINCÓN

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA