



**CONSEJO DE ESTADO  
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO  
SECCIÓN TERCERA  
SUBSECCIÓN C**

**Consejero Ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA**

Bogotá D.C., veintiuno (21) de noviembre de dos mil trece (2013)

**Radicado: 76001-23-31-000-2008-00891-02 (45553)**

**Actor: VICTOR MANUEL GÓMEZ MEJÍA Y OTROS**

**Demandado: RAMA JUDICIAL**

**Acción: REPARACIÓN DIRECTA**

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte demandante, contra el auto del 17 de agosto de 2012 proferido por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, por el cual se decidió el incidente de condena en abstracto tramitado luego de proferirse la sentencia del 19 de marzo de 2010.

**ANTECEDENTES**

1.- Mediante demanda presentada el 21 de agosto de 2008 el señor Víctor Manuel Gómez Mejía y otros, en ejercicio de la acción de reparación directa solicitó la declaratoria de responsabilidad extracontractual de la Nación – Ministerio de Interior y de Justicia y el Consejo Superior de la Judicatura, por los daños y perjuicios ocasionados a los demandantes al haberse declarado por parte de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en auto del 20 de febrero de 2008 la prescripción de la acción penal adelantada contra Diego Luis Serrano Pinilla, procedimiento iniciado por la denuncia que interpuso el aquí demandante contra el señor Serrano Pinilla por haberse apropiado de unas herramientas y materiales de trabajo de su propiedad.

2.- En sentencia del 19 de marzo de 2010 proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca (fls 218-250, c2 exp. 2008-891) declaró a la Nación – Rama Judicial responsable por los perjuicios causados al demandante Víctor Manuel Gómez Mejía. En consecuencia condenó “*en forma genérica*” a la Entidad demandada a pagar la indemnización de perjuicios que se acredite en el trámite del respectivo incidente. Dicha decisión se notificó mediante edicto el día 14 de mayo de 2010 (fl. 256, c2 exp. 2008-



891), y quedó ejecutoriada el 22 de febrero de 2011 (fl. 276, c2 exp. 2008-891). Pese a que la Nación – Rama Judicial interpuso recurso de apelación el mismo fue declarado desierto por el Consejo de Estado en providencia de 9 de diciembre de 2010 (fl 274, c2 exp. 2008-891) al no haberse sustentado oportunamente.

3.- La apoderada de la parte actora, en escrito presentado el 31 de marzo de 2011 (fls. 8-21, c. incidente), promovió incidente de liquidación de la condena en abstracto de acuerdo a lo manifestado en la sentencia del 19 de marzo de 2010. Solicitó que por perjuicios materiales (en la modalidad de daño emergente y lucro cesante) se condene al pago de la suma de \$5.042.086.424 los cuales discriminó así:

PERJUICIOS MATERIALES a la fecha	
1) DAÑO EMERGENTE	\$101'312.059
2) LUCRO CESANTE A LA FECHA	
2.1) Lucro cesante consolidado	\$1.867'503.931
2.2) Lucro cesante futuro	\$3'073.270,434
Total PERJUICIOS MATERIALES a la actualidad	\$5.042'086.424

4.- En auto del 17 de agosto de 2012 el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca decidió el incidente de condena en abstracto, presentado por la parte actora, en dicha providencia se resolvió lo siguiente:

**"PRIMERO.** De conformidad con lo dispuesto en la sentencia del 19 de marzo de 2010, proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca:

**"CONDENAR a la NACIÓN – RAMA JUDICIAL – DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACION JUDICIAL a pagar al demandante VICTOR MANUEL GÓMEZ MEJÍA (afectado directo) por concepto de DAÑO EMERGENTE la suma CIENTO CINCO MILLONES QUINIENTOS SETENTA MIL CIENTO CUARENTA Y TRES pesos Mc/te (\$105.570.143,00)**

**CONDENAR a la NACIÓN – RAMA JUDICIAL – DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL a pagar al demandante VICTOR MANUEL GÓMEZ MEJÍA (afectado directo) por concepto de LUCRO CESANTE la suma DOSCIENTOS OCHO MILLONES QUINIENTOS NOVENTA Y CUATRO MIL OCHOCIENTOS NOVENTA Y SES pesos Mc/te (\$208.594.896).(…)" (fl. 242, cp)**

Dicha decisión se notificó por anotación en estado del 13 de septiembre de 2012, por lo que el término de ejecutoria corrió entre el 14 y 19 de septiembre de 2012 (fl. 702 C.P).



- 5.- Inconforme con el auto de liquidación de la condena en abstracto del señor Víctor Manuel Gómez Mejía, mediante escrito del 18 de septiembre de 2012 la apoderada del accionante Víctor Manuel Gómez Mejía interpuso y sustentó recurso de apelación (fls 249-251 C.1) alegando que no se encontraba de acuerdo en la condena impuesta por concepto de lucro cesante en el auto impugnado.
- 6.- Recibido el expediente en esta Corporación, en auto del 19 de noviembre de 2012 se admitió el recurso de apelación y se dispuso correr traslado a las partes por el término de tres días (fl. 255 C.P).

### CONSIDERACIONES

**Competencia.** Es competente la Sala de Subsección para resolver el recurso de apelación formulado por la parte accionante contra en auto de 17 de agosto de 2012, dictado por el Tribunal Administrativo de Valle del Cauca, en razón a que el mismo se enlista dentro de los pasibles del recurso de apelación, conforme al artículo 181.3 del Código de Procedimiento Administrativo, esto es "el que ponga fin al proceso".

1.- El artículo 172 del Código Contencioso Administrativo<sup>1</sup> establece, por vía de excepción, la disposición normativa consistente en la condena en abstracto, a la cual puede recurrir el Juez Contencioso Administrativo en aquellos eventos en los cuales, pese a conocerse con certeza la causación de un perjuicio –material o inmaterial- a una parte, se carece de la suficiencia probatoria que lleve a determinar la concreta extensión y repercusión patrimonial de la misma, para lo cual se deberán señalar los parámetros a seguir a fin de precisar la condena proferida<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Código Contencioso Administrativo. Artículo 172. Las condenas al pago de frutos, intereses, mejoras, perjuicios y otros semejantes, impuestas en auto o sentencia, cuando su cuantía no hubiere sido establecida en el proceso, se hará en forma genérica, señalando las bases con arreglo a las cuales se hará la liquidación incidental, en los términos previstos en los artículos 178 del Código Contencioso Administrativo y 137 del Código de Procedimiento Civil.

Cuando la condena se haga en abstracto se liquidará por incidente que deberá promover el interesado, mediante escrito que contenga la liquidación motivada y especificada de su cuantía, dentro de los sesenta (60) días siguientes a la ejecutoria de aquel o al de la fecha de la notificación del auto de obediencia al superior, según fuere el caso. Vencido dicho término caducará el derecho y el Juez rechazará de plano la liquidación extemporánea. Dicho auto es susceptible del recurso de apelación.

<sup>2</sup> Sección Tercera, sentencia de 11 de noviembre de 2009, expediente 15485: "Vale destacar que la condena en abstracto se profiere cuando no se tienen las pruebas suficientes para establecer la cuantía para una condena en concreto, para lo cual es necesario que se haya probado el daño causado y



1.1.- Dictada una decisión en tal sentido, que implica no contar con los elementos probatorios suficientes para determinar la cuantía de la condena en concreto, será preciso que la parte beneficiada adelante el trámite de un incidente ante el a-quo a fin de que sea éste quien establezca la materialización de la condena *in genere* decretada, para lo cual el legislador ha establecido un término de caducidad de sesenta (60) días contados a partir de la ejecutoria de la decisión o, en su defecto, de la notificación del auto que da cumplimiento a lo resuelto por el superior, según el caso, para adelantar el trámite incidental.

En este sentido, el incidente de liquidación de la condena se restringirá a concretar la indemnización de perjuicios decretada con antelación en el proceso judicial; es por ello que supone, únicamente, una discusión probatoria<sup>3</sup> en torno a la magnitud del perjuicio a indemnizar.

Así las cosas, se resalta la importancia de determinar con precisión los criterios que debe dictar el Juez fallador a fin de permitir la liquidación de la condena dictada en abstracto. En este sentido, se impone una carga singular de claridad argumentativa, de manera que el razonamiento del Juez en este aspecto no remita a dudas a las partes y al juez que a futuro resolverá la cuestión, lo que se manifiesta, a modo enunciativo, en i) la determinación de cuál es el rubro indemnizatorio a liquidar, ii) los supuestos fácticos —expuestos en el litigio— que servirán para obtener la tasación del perjuicio, iii) los medios probatorios que considere pertinente que se puedan practicar, con respeto en todo caso de la libertad probatoria que rige, para determinar la magnitud del perjuicio, iv) de ser el caso, la exposición de los criterios jurídicos (y jurisprudenciales) que deberá tener en cuenta el Juez al momento de conocer el incidente, y iv) por exclusión,

---

solamente en el incidente se liquidará el monto para establecer la cuantía de la condena, es decir que se requiere que se haya probado el daño". Puede verse también: Sección Tercera, sentencia de 18 de marzo de 2010, expediente 17047; de 9 de junio de 2010, expediente 19849; de la Sub-sección C, de 22 de octubre de 2012, expediente 24070. La Sub-sección B de la Sección Tercera en la sentencia de 14 de abril de 2011 (expediente 20587) consideró: "se observa que en el procesó no reposa prueba que permita la cuantificación del perjuicio estudiado, razón por la cual se condenará en abstracto, y se ordenará que éste sea liquidado a través de incidente, de acuerdo con el procedimiento definido en el Código de Procedimiento Civil, y de conformidad con las fórmulas establecidas para ello en la jurisprudencia del Consejo de Estado, donde se allegarán las pruebas que den cuenta de los gastos causados a esa fecha y de los necesarios a futuro".

<sup>3</sup> Sección Tercera, Sub-sección B, sentencia de 30 de enero de 2013, expediente 22060: " dentro del incidente de liquidación el demandado conserva con oportunidades probatorias".



y en orden a hacer énfasis en el objeto del incidente, la identificación de aquellos aspectos fácticos o jurídicos que no se deberán considerar en la liquidación.

1.2.- Por otra parte, en lo que hace relación a la parte que promoverá el incidente de liquidación, es preciso indicar que, dado el hecho que el asunto de interés en dicho trámite debe consistir en la acreditación probatoria de la magnitud del perjuicio a indemnizar, resulta también claro que respecto de tal parte se predica la imposición de la carga de la prueba, establecida en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil en los siguientes términos:

Código de Procedimiento Civil. Artículo 177. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

De la citada norma se deriva una exigencia de justificación, a partir de la cual se demanda la acreditación de los supuestos fácticos en los que se han fincado las pretensiones o excepciones según el caso<sup>4</sup>, regla ésta entendida por Devis Echandía como *“una noción procesal que contiene una regla de juicio, por medio de la cual se le indica al juez cómo debe fallar cuando no encuentre en el proceso pruebas que le den certeza sobre los hechos que deben fundamentar su decisión, e indirectamente establece a cuál de las partes le interesa la prueba de tales hechos, para evitarse las consecuencias desfavorables”*<sup>5</sup>.

Dicha regla se justifica por diversos motivos, como es, por una parte, en el hecho de que el trámite de instrucción del proceso judicial, en general, tiene por finalidad obtener la verdad en torno a los hechos del asunto litigioso, de manera que mal haría el Juez en

<sup>4</sup> *“Es entonces cuando las reglas de la carga de la prueba le indicarán en cabeza de cuál de las partes recaía la obligación de haber acreditado un determinado hecho y, por consiguiente, a quién corresponderá adscribir, en la sentencia, las consecuencias desfavorables derivadas de su no demostración, pues dichas reglas, precisamente, permiten al fallador cumplir con su función de resolver el litigio cuando falta la prueba, sin tener que abstenerse de dirimir, de fondo, la cuestión, para no contrariar, con un pronunciamiento inhibitorio, los principios de economía procesal y de eficacia de la función jurisdiccional.”* Sección Tercera, Sentencia de 18 de febrero de 2010, expediente 18076.

<sup>5</sup> DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Teoría general de la prueba judicial. Bogotá: Editorial Temis. 2002., pág. 406. A su turno Parra Quijano entiende la carga de la prueba como *“una noción procesal que consiste en una regla de juicio, que le indica a las partes la autorresponsabilidad que tienen para que los hechos que sirven de sustento a las normas jurídicas cuya aplicación reclaman aparezcan demostrados y que, además, le indica al juez cómo debe fallar cuando no aparezcan probados tales hechos”* PARRA QUIJANO, Jairo. Manual de derecho probatorio. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional. 2007, pág. 249.



fundamentar la resolución de la disputa a partir de conjeturas o meras intuiciones expuestas por los intervinientes, ya que es un aspecto conexo con la necesidad de la prueba<sup>6</sup>; pero también puede ser comprendida como un mecanismo de racionalización, en tanto que fija una regla práctica tendiente a determinar el sujeto sobre el cual pesará la obligación de justificar la existencia en la realidad empírica de un determinado suceso, y como consecuencia, permite achacarle a éste las implicaciones negativas que emanan de la insatisfacción de esta exigencia<sup>7</sup>; para decir, entonces, que a falta de prueba de tal hecho no es posible para el Juez proceder a aplicar las normas sustanciales sobre el asunto.

Este último punto tiene una trascendencia que excede el ámbito procesal para insertarse en el contexto de la argumentación jurídica, pues cada uno de los intervinientes en el proceso actúan guiados, bajo la égida de una pretensión de corrección<sup>8</sup> de manera que aspiran o procuran por conseguir que la base fáctica de los

<sup>6</sup> Sobre este punto Taruffo señala: "Al respecto, vale la pena subrayar que le juez sólo puede integrar la narración sirviéndose de hechos judicialmente "verdaderos": toda narración está compuesta de hechos, pero en el proceso interesan sólo las narraciones "verdaderas", es decir, las narraciones compuestas de hechos verdaderos. Lo que no ha sido demostrado, no interesa, dado que el proceso no es un lugar en el que se escriben cuentos o novelas, sino un lugar en que se pretende establecer qué es verdadero y qué no a los efectos de dictar una resolución justa. Se trata, pues, de ver que situación se produce, en el caso en concreto, cuando todos los elementos de juicio disponibles han sido admitidos y valorados críticamente por el Juez, en relación con los hechos a los que cada elemento de juicio se refiere." TARUFFO, Michele. "Tres observaciones sobre "por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar" de Larry Laudan", en *Revista Doxa*. Universidad de Alicante. 2005, No. 28, pp.115-126 (especialmente 125).

<sup>7</sup> Sobre esto señala Taruffo: "En realidad, el principio establece que si no se ha probado un hecho principal, no se puede aplicar la norma sustantiva que asume ese tipo de hecho como una premisa fáctica; por consiguiente, las pretensiones basadas en ese hecho y en la aplicación de esa regla deben ser rechazadas por el tribunal. El principio se aplica en el momento en que se toma la decisión final, cuando el tribunal determina que algunos hechos carecen de pruebas suficientes y tiene que extraer las consecuencias jurídicas pertinentes de esa situación. Una de estas consecuencias es que los efectos negativos que se derivan de la falta de prueba suficiente de un hecho se cargan sobre la parte que formuló una pretensión basada en ese hecho". TARUFFO, Michele. *La prueba*. Madrid, Editorial Marcial Pons. 2008, p.146.

<sup>8</sup> ALEXY, Robert. "La naturaleza de los argumentos sobre la naturaleza del derecho", en ALEXY, Robert. *El concepto y la naturaleza del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2008, p. 63: "Las pretensiones sólo pueden ser elevadas por sujetos capaces de hablar y de actuar. Que el 'derecho' eleva una pretensión significa que lo hacen las personas que ejercen una u otra competencia jurídica". ALEXY, Robert. "La institucionalización de la razón", en *Persona y Derecho*, 43, 2000, p. 219: "En sentido estricto, las pretensiones sólo pueden ser formuladas por sujetos capaces de actuar. Por lo tanto, que el Derecho formule una pretensión de corrección sólo puede significar que aquéllos que la formulan y actúan, en y para el Derecho, lo crean, interpretan, aplican y ejecutan. El legislador y el juez son casos paradigmáticos. Que *formulen* una pretensión significa, en primer lugar, que sus actos institucionales, esto es, las decisiones legislativas y las sentencias judiciales, están vinculados con el acto no institucional de tal *afirmación* de que el acto jurídico es material y procedimentalmente correcto".



enunciados jurídicos alegados en su interés se considere, sin más, como racionalmente acertada, o dicho en otros términos "quien fundamenta algo pretende que su fundamentación es acertada y, por ello, su afirmación correcta"<sup>9</sup>; de manera que mal haría en verse la regla de la carga de la prueba como una exigencia que el ordenamiento jurídico le impone a las partes del proceso sino que esta debe entenderse, de mejor manera, como un presupuesto a satisfacer por cada sujeto procesal a fin de que su argumentación jurídica pueda ser valorada al momento de desatarse el litigio, una vez acreditada la base fáctica sobre la cual ésta se sustenta. En este orden de ideas, se diría que el incumplimiento de la carga de la prueba por un sujeto procesal puede entenderse como la defraudación de la pretensión de corrección.

2.1.- En el presente caso se encuentra que la sentencia de 19 de marzo de 2010 dictada por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca declaró a la Nación – Rama Judicial administrativamente responsable por los perjuicios que le fueron causados al demandante Víctor Gómez Mejía por el hecho de haberse decretado la prescripción de la acción penal a favor del procesado Diego Luis Serrano Pinilla. Dicha decisión se notificó entre el 14 y el 19 de mayo de 2010. Aunque contra la misma la parte demandada interpuso recurso de apelación, tal impugnación fue declarada desierta por el Consejo de Estado, mediante decisión de 9 de diciembre de 2010 (fl 274, c1); en este sentido, cobró firmeza el fallo del Tribunal.

En lo que hace relación a los perjuicios materiales, se encuentra que en la sentencia de 19 de marzo de 2010 se condenó en abstracto "al no existir en el expediente medios de convicción que permitan establecer una condena en concreto a favor el actor por concepto de perjuicios materiales". En este orden de ideas el Tribunal fijó las pautas a seguir a fin de liquidar la condena en el curso de un incidente posterior:

"a. se nombrará un perito, quien será escogido de la lista de auxiliares de Justicia (sic), quien constatará de manera certera y precisa la cuantía de los perjuicios materiales ocasionados al señor Víctor Manuel Gómez Mejía en la modalidad de daño emergente y lucro cesante, que compense, al tenor de lo estipulado en el artículo 16 de la ley 446/98, la pérdida de los elementos constitutivos de su empresa, tales como maquinaria, herramientas y demás elementos hurtados. Se realizará a través de

<sup>9</sup> ALEXY, Robert. Teoría de la argumentación jurídica. 2a ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, p.208. [Traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo].



inspección judicial, si aún existen, y con base a (sic) los documentos probatorios obrantes en el expediente penal correspondiente, para lo cual deberá solicitarse su desarchivo.

b. el perito deberá tener en cuenta lo atinente a la depreciación de los bienes hurtados y la indemnización correspondiente sobre el valor neto a reconocer.

c. El perito deberá tener en cuenta para emitir su dictamen lo estipulado en los artículos 233 y s.s. del C.P.C.”.

2.2.- En la decisión que ahora es recurrida, el Tribunal decidió tasar los perjuicios materiales – en la modalidad de daño emergente en la suma de \$105.570.143, y a título de lucro cesante el monto de \$208.594.896.

La parte que promueve el incidente apeló la decisión centrandó su disenso en la tasación del lucro cesante. Sobre este punto señaló, que en las bases empleadas por el Tribunal en la sentencia no se estableció como parámetro la obligación de “aportar los documentos presentados en la Cámara de Comercio y/o acreditar la calidad de comerciante”. Así mismo alegó lo siguiente:

“8) por ello, se debieron tener en cuenta los ingresos brutos que para el año 1997 se iban a obtener por parte del señor Víctor Manuel Gómez Mejía, como en efecto lo hizo el perito designado por su despacho, los cuales ascendían a \$261.406.080 conforme a las pautas trazadas en la sentencia del 19 de marzo de 2010, tomando el expediente penal.

9) Está igualmente acreditado de que (sic) el señor Víctor Manuel Gómez Mejía, como consta para el año 1996, año inmediatamente anterior a los hechos que dieron origen al proceso penal, era una persona que cumplía con sus obligaciones tributarias (folios 168 y siguientes del cuaderno 3°).

10) Por ello, para este caso en particular no se encuentra fundamento alguno para desechar la aplicación de la regla que prevé el artículo 82 del Estatuto Tributario, para obtener la Renta Presunta, puesto que ante los vacíos y/o deficiencias del Código de Procedimiento Civil y de otros estatutos, finalmente se tiene el Tributario (sic) para casos análogos (artículos 267 del C.C.A. y 5 del C.P.C.).

11) Se debe insistir que en parte alguna en la susodicha sentencia del 19 de marzo de 2010, en que se declaró responsable a la parte demandada al trazarse las pautas para determinar los perjuicios, se exigió que se acreditara la calidad de comerciante o que se debían allegar los correspondientes libros de comercio o soportes contables (...)

Con fundamento en lo antes expuesto solicito en forma respetuosa, que al desatarse el recurso de apelación contra el Auto # 311 del 17 de agosto de 2013, se MODIFIQUE en lo que atañe al monto reconocido por concepto de LUCRO CESANTE por la suma de \$208.594.896, para que en su lugar quede establecido para la fecha del dictamen



rendido por el perito designado señor Miguel Enrique Delgado Canizales, en la suma de \$2.080.589.204, sin perjuicio de su actualización al a fecha en que se decida en segunda instancia" (fls 250, c1).

Fijada la discusión jurídica conforme a lo resuelto por el Tribunal de 17 de agosto de 2012 así como por lo impugnado por la parte que promovió el incidente, la Sala se pronunciará en los términos de lo apelado (haciendo énfasis en el lucro cesante y lo reconocido para el caso en concreto) y de acuerdo con las pruebas obrantes en el proceso.

**2.2.1.- Lucro cesante.** Es el artículo 1614 del Código Civil el que establece la disposición normativa respecto de la indemnización de perjuicios materiales a título de lucro cesante, ubicado dentro del Libro IV del Código relativo a las obligaciones y los contratos. En dicho artículo el Código define el lucro cesante como "la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumpliéndola imperfectamente, o retardado su cumplimiento". A partir de allí, queda claro que la indemnización de perjuicios abarca el aumento patrimonial<sup>10</sup> que fundadamente podía esperar una persona de no ser por haber tenido lugar, en el caso de la responsabilidad extracontractual, el hecho dañoso, por lo tanto este perjuicio se corresponde con la idea de ganancia frustrada<sup>11</sup>. Al respecto esta Corporación ha sostenido:

"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<sup>12</sup>.

<sup>10</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 9 de julio de 2012, expediente 11001-3103-006-2002-00101-01: "[...] los daños patrimoniales futuros sufridos por los deudos de la persona fallecida a raíz del hecho lesivo, consisten en la pérdida de aquellas contribuciones o utilidades económicas que el finado les habría aportado presumiblemente. Ellos constituyen el lucro cesante y su resarcimiento está condicionado a la demostración, entre otros hechos, de la renta que en promedio recibía el occiso y, en particular, de la parte que éste habría destinado de sus propios ingresos a cubrir las necesidades de sus familiares, o a prodigarles una ayuda económica aunque no tuvieran necesidad de ella; es decir que se debe probar la dependencia económica que existía respecto del difunto".

<sup>11</sup> Esta Corporación ha sostenido esta idea de lucro cesante. Puede verse, por ejemplo, la sentencia de 6 de febrero de 1986. C.P.: Julio Cesar Uribe Acosta Rad. 3575, en donde se dijo: "El lucro cesante, [es] entendido como la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia del hecho ilícito".

<sup>12</sup> 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.



Así las cosas, este perjuicio, como cualquier otro, si se prueba, debe indemnizarse en lo causado."<sup>13</sup>

En este sentido, cabe precisar que la indemnización por lucro cesante puede provenir bien sea por un daño causado a una persona (bien sea una lesión o la muerte), caso en el cual el rubro indemnizatorio estará determinado por la mengua que sufrió el sujeto y que le limita total o parcialmente para el ejercicio de actividades productivas<sup>14</sup>; como también puede derivarse este perjuicio cuando los daños son sufridos por cosas muebles o inmuebles de las cuales se genera para la víctima un beneficio lucrativo; en este, y para no entrar en confusión con el daño emergente, la indemnización no pretende reparar los daños de los bienes sino verificar la utilidad líquida que dejó de ganar la víctima<sup>15</sup>. En todo caso, siempre se hace énfasis en la capacidad productiva o de explotación económica para determinar la existencia de tal perjuicio material.

Visto lo anterior así como los hechos de la demanda, es claro que la indemnización por lucro cesante que es cuestionada por el actor, tiene lugar en el último supuesto comentado, esto es, en el lucro cesante derivado por ocurrir un daño sobre las cosas muebles o inmuebles. Perjuicio que, como cualquier otro, requiere ser probado, tanto su existencia o causación, como la magnitud patrimonial del perjuicio causado. En este sentido, no puede ser objeto de indemnización un perjuicio que sea hipotético o meramente eventual, esto es, que no se tenga certeza del mismo, pues para la indemnización del perjuicio es necesario tener certeza, so pena de que este no sea

<sup>13</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 7 de julio de 2011. C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa Exp. 18008.

<sup>14</sup> Sobre este punto destaca Henao lo siguiente: "Cuando fallece una persona, sus deudos tienen derecho a recibir indemnización por el dinero que deja de aportarles el muerto. (...) Cuando la persona es lesionada, el lucro cesante consistirá en el dinero que habría recibido la persona de no haber ocurrido el daño y cuya pérdida o mengua se origina en su incapacidad laboral." HENAO PÉREZ, Juan Carlos. El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés. Bogotá, Editorial Universidad Externado de Colombia. 1° edición, 1998, pp.210 y 212.

<sup>15</sup> HENAO PÉREZ, Juan Carlos. El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés Ob. Cit., p.225. Igualmente Tamayo Jaramillo indica: "La destrucción o deterioro de una cosa puede adicionalmente privar a la víctima de la utilidad o provecho que el bien le producía cuando no había sido inmovilizado. Asimismo, cuando la víctima con su propio dinero repara o reemplaza el bien dañado, este vuelve a producir el rendimiento inicial, pero el damnificado se ve privado de la utilidad o provecho que le habría producido ese capital de no haber tenido que invertirlo en la reparación o reemplazo". TAMAYO JARAMILLO, Javier. Tratado de Responsabilidad Civil. TOMO II. Bogotá, Legis. 2° edición, 2007, p.842.



tenido en cuenta, lo que es aplicable tanto para acreditar su existencia, como para su tasación<sup>16</sup>.

Debe distinguirse tres circunstancias cuando se trata de la liquidación del lucro cesante por los daños sufridos por los bienes muebles o inmuebles, pues se impone diferenciar entre aquella situación en la cual al momento del hecho dañoso i) se afecta una utilidad que se estaba devengando en forma real como consecuencia del uso o explotación del bien afectado con el daño, ii) se afecta apenas una posibilidad de obtener una utilidad que al momento del daño era inexistente pero se esperaba que sucediere, mientras que por último iii) el tercer escenario hace relación a cuando la petición de indemnización se basa en meras conjeturas de obtención de un beneficio económico ausentes de un sustento en la realidad. Sobre la graduación de estos tres eventos la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de justicia se ha referido en los siguientes términos:

**"Vale decir que el lucro cesante ha de ser indemnizado cuando se afinca en una situación real, existente al momento del evento dañino, condiciones estas que, justamente, permiten inferir, razonablemente, que las ganancias o ventajas que se percibían o se aspiraba razonablemente a captar dejarán de ingresar al patrimonio fatal o muy probablemente.**

Por supuesto que en punto de las ganancias frustradas o ventajas dejadas de obtener, una cosa es la pérdida de una utilidad que se devengaba realmente cuando el acontecimiento nefasto sobrevino, la pérdida de un bien con comprobada actividad lucrativa en un determinado contexto histórico o, incluso, la privación de una ganancia que con una alta probabilidad objetiva se iba a obtener circunstancias en las cuales no hay lugar a especular en torno a eventuales utilidades porque las mismas son concretas, es decir, que en verdad se obtenían o podían llegar a conseguirse con evidente cercanía a la realidad; y, otra muy distinta es la frustración de la chance, de una apariencia real de provecho, caso en el cual, en el momento que nace el perjuicio, no se extingue una utilidad entonces existente, sino, simplemente, la posibilidad de obtenerla. Trátase, pues, de la pérdida de una contingencia, de evidente relatividad cuya cuantificación dependerá de la mayor o menor probabilidad de su ocurrencia, y cuya reparación, de ser procedente, cuestión que no deviene objeto de examinarse, debió ser discutida en esos términos en el transcurso del proceso, lo que aquí no aconteció.

<sup>16</sup> Sobre este punto la jurisprudencia ha sostenido: "En cuanto tiene que ver con el *lucro cesante*, la jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido reiteradamente que el mismo, para que proceda su indemnización, debe ser *cierto*, como quiera que el perjuicio eventual no otorga derecho a reparación alguna. El perjuicio indemnizable, entonces, puede ser actual o futuro, pero, de ningún modo, eventual o hipotético. Para que el perjuicio se considere existente debe aparecer como la prolongación cierta y directa del estado de cosas producido por el daño, por la actividad dañina realizada por la autoridad pública". Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 2 de mayo de 2007. C.P.: Mauricio Fajardo Gómez. Radicado: 15989. Igualmente, sentencia de la misma Corporación de 1° de marzo de 2006. C.P.: María Elena Giraldo Gómez. Rad. 17256.



Por último están todos aquellos "sueños de ganancia", como suele calificarlos la doctrina especializada, que no son más que conjeturas o eventuales perjuicios que tienen como apoyatura meras hipótesis, sin anclaje en la realidad que rodea la causación del daño, los cuales, por obvias razones, no son indemnizables."<sup>17</sup> (Resaltado propio).

De estos tres aspectos, es claro que el que, sin duda, es merecedor de reconocimiento indemnizatorio es el primero de estos, es decir, aquel en donde el perjuicio se finca en la afectación de un provecho económico real existente al momento del daño, ya que de esta manera puede el Juez deducir, con ayuda de los medios probatorios correspondientes, un juicio de probabilidad en la causación futura de tal perjuicio<sup>18</sup>, mientras que el segundo evento queda ligado al hecho de acreditar con suficiencia la razonabilidad de los hechos expuestos de los cuales se obtendría una determinada ganancia o provecho, y por último el tercer evento, por su propia característica de ser dudoso, no admite ser indemnizado.

**2.2.2-** En este orden de ideas, pasa la Sala a considerar la liquidación que efectuó el Tribunal por concepto de daño emergente y lucro cesante, recordando que respecto del primero de estos rubros el *a-quo* lo fijó en la suma de \$105.570.143 mientras que el lucro cesante se estableció en \$208.594.896.

El fundamento del Tribunal para establecer el daño emergente fue el informe pericial contable (fls 34-47, c1) en donde se tomó en cuenta la valoración que de los activos fijos hizo el Juzgado Penal en el marco del proceso penal adelantado, suma que para noviembre de 1999 era de \$53.771.354 y que actualizada a la fecha de presentación del

<sup>17</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, Casación de 24 de junio de 2008. M.P.: Pedro Octavio Munar Cadena, Radicado: 11001-3103-038-2000-01141-01-

<sup>18</sup> Ha referido la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia lo siguiente sobre este tópico: "Las más de las veces, el confin entre la certeza y el acontecer ulterior, es extremadamente lábil, y la certidumbre del daño futuro sólo puede apreciarse en un sentido relativo y no absoluto considerada la elemental imposibilidad de predecir con exactitud el desenvolvimiento de un suceso en el porvenir, por lo cual, se remite a una cuestión de hecho sujeta a la razonable valoración del marco concreto de circunstancias fácticas por el juzgador según las normas jurídicas, las reglas de experiencia, la lógica y el sentido común (cas. civ. sentencia de 24 de junio de 1999, exp. 4424). Justamente, la jurisprudencia de esta Corte cuando del daño futuro se trata y, en particular, del lucro cesante futuro, ha sido explícita "en que no es posible aseverar, con seguridad absoluta, como habrían transcurrido los acontecimientos sin la ocurrencia del hecho", acudiendo al propósito de determinar "un mínimo de razonable certidumbre" a "juicios de probabilidad objetiva"...". Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria. Casación de 9 de septiembre de 2010. M.P.: William Namén Vargas. Radicado: 17042-3103-001-2005-00103-01.



dictamen (23 de enero de 2012) ascendía a \$103.521.711, y que a la fecha del auto impugnado alcanzaba el monto de \$105.570.143.

Por otro tanto, en lo que hace referencia al lucro cesante, se encuentra que el dictamen pericial resulta ambiguo en tanto que señaló que existían “dos escenarios diferentes y excluyentes”. Determinó los ingresos económicos conforme a los tres contratos celebrados por el demandante en el año 1997<sup>19</sup> y que arrojaban un monto de \$259.241.564 a continuación pasó a plantear las dos hipótesis de indemnización las cuales difieren a partir del promedio de utilidad para el actor, pues por una parte, empleando el criterio de la renta presuntiva del artículo 82 del Estatuto Tributario, ésta es del 25%, mientras que si se atiende al estado de resultados de julio de 1996 a abril de 1997 el beneficio sería de un 15,59%, cuestión que la Sala expone de la siguiente manera:

<b>Criterio</b>	<b>“Con utilidad según Art. 82 del E.T.”</b>	<b>“Con utilidad según balance que obra en expediente”</b>
<b>Monto</b>	\$2.080.589.204	\$1.297.455.413
<b>Parámetros</b>	Tomó en cuenta: Ingreso mensual \$5.400.866  Interés técnico 0.8674% vigente, IPC, más mes interés legal (6%)  Tiempo liquidación 170 meses entre noviembre de 1997 a enero de 2012	Tomó en cuenta: Ingreso mensual \$3.367.980  Interés técnico 0.8674% mes vigente, IPC, más interés legal (6%)  Tiempo liquidación 170 meses entre noviembre de 1997 a enero de 2012

Posteriormente en auto de 7 de marzo de 2012 el Tribunal solicitó al perito aclarar el contenido del dictamen rendido, al advertir que “el peritaje debe ser certero y preciso, pero el presentado por el auxiliar de la justicia es optativo, pues su conclusión deja al arbitrio del fallador las indemnizaciones liquidadas”. En cumplimiento de lo dispuesto en el anterior proveído el perito aclaró su dictamen, para lo cual señaló lo siguiente:

<sup>19</sup> Se trata de los siguientes contratos: i) suscrito el 24 de enero de 1997 por un valor de \$84.502.080 con fecha de terminación el 30 de diciembre de 1997, con la totalidad del valor ejecutado en el año, ii) suscrito el 17 de marzo de 1997 por un valor de \$126.360.000, con la totalidad del valor ejecutado en el año y, por último, iii) el contrato suscrito el 9 de octubre de 1997 por un valor de \$50.544.000 con un valor ejecutado en el año de \$30.414.000.



"a. Se presentó un balance general firmado por el Contador Público, pero el Estado de Resultados No está signado por el mismo, creando dudas, como soporte financiero, ya que éste último es la base para obtener la rentabilidad del negocio,

b. Que la (sic) fechas de corte de los anteriores Estados Financieros NO es normal, ya que el Estado de Resultados corresponde al periodo comprendido entre Julio de 1996 y Abril de 1997, es decir de 6 meses,

c. Que se solicitó a la DIAN el promedio fiscal de las operaciones similares, obteniendo respuesta negativa porque son índices de cruce de información internos,

d. Que teniendo en cuenta que los contratos del año 1997 figuran aportados al proceso, y se presumen ciertos, y corresponden a un periodo más amplio (El inicial comienza en ENERO 24 de 1997, y el último termina en el año 1998, tomando para el análisis solo la parte que proporcionalmente le correspondería al año 1.997),

e. Que es un indicativo utilizado en la determinación de las utilidades fiscales el señalado en el Artículo 82 del Estatuto Tributario, para casos en donde no hay registros contables,

f. Que el promedio de utilidad contable según los Estados Financieros aportados se determinó PARA SEIS (6) meses en 15,59%, o sea que para un año, cuánto pudo ser? El doble (31,18%)? Un 50% más (23,39%)?,

g. Que el promedio de la Utilidad Fiscal según el artículo 82 del E.T. está determinado en el 25%,

h. Que la utilidad contable normalizada para un año (31,18%?, 23,39%), es SIMILAR a la Fiscal del 25%,

i. Que de acuerdo a lo relacionado anteriormente, especialmente a lo señalado en los literales f y h, y de acuerdo a lo ordenado por el Honorable Magistrado, CONCLUYO que el VALOR DE LAS INDEMNIZACIONES, son las siguientes:

Valor daño emergente actualizado a enero de 2012:

(...)

Daño emergente Actualizado: 103.521.711

2.-) Liquidación indemnización consolidada del lucro cesante:

(...)

Lucro cesante consolidado: \$2.080.589.204

(...)

*Total indemnizaciones calculadas... \$ 2.184.110.915" (fís 87-90, cdno pruebas incidente).*

A su turno, el Tribunal en el auto de 17 de agosto de 2012 (ahora impugnado) fundamentó la tasación del lucro cesante a partir de la declaración de renta y complementarios del año de 1996 del señor demandante, dejando de lado la tesis de la aplicación de la renta presuntiva (instituida en el artículo 82 del E.T.); en los siguientes términos:

"El incidentalista pretende que se tenga como ingreso anual el 25% del valor de los contratos celebrados en el año 1997, conforme a la regla del artículo 82 del Estatuto



Tributario, lo que no es aplicable a él, sino en un proceso de fiscalización, cuando no sea posible la determinación mediante pruebas directas, tales como declaración de renta del contribuyente o de terceros, la contabilidad o los comprobantes internos o externos, pues le correspondía a éste demostrar con los respectivos estados financieros debidamente certificados, o en su defecto con el correspondiente denuncia rentístico del año 1997, el ingreso neto del periodo contable lo cual no se encuentra demostrado con el trámite incidental, aunado que por el valor de los ingresos brutos obtenidos con ocasión de la celebración de contratos estaba obligado a declarar de conformidad con el Decreto 3049 del 23 de diciembre de 1997, por tal razón no se tendrá en cuenta la suma de \$5.445.960,00 como ingreso mensual para el cálculo de este perjuicio.

Teniendo en cuenta la declaración de renta y complementarios del año gravable 1996 del contribuyente Víctor Manuel Gómez Mejía (fl. 172 C.3), este se dedicaba a un actividad económica Cod. 2022 consistente en la fabricación de partes y piezas de carpintería para edificios y construcciones, por lo que se dedicaba a una labor productiva, y para efectos del cálculo de este perjuicio material se tendrá en cuenta la renta líquida obtenida en ese año gravable que fue de \$3.538.000, equivalente a \$294.833,00 mensuales, ingreso que será objeto de actualización conforme a la siguiente fórmula (...)” (fls 239-240, c1).

**2.2.2.1.-** Así las cosas, la Sala no acoge el dictamen pericial practicado dentro del proceso de la referencia dado que el mismo, lejos de constituirse en un medio de prueba que arroje luces sobre cuestiones técnicas o científicas relevantes para el proceso, deviene en confuso además de extralimitarse en su experticia al centrarla en aspectos jurídicos los cuales, como bien es sabido, son de resorte del Juez.

De hecho, debe decirse que el dictamen pericial, como medio de prueba, se encuentra dispuesto en el artículo 233 del Código de Procedimiento Civil y es procedente para “verificar hechos que interesen al proceso y requieran especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos.”, en otras palabras, la función de tal medio de prueba consiste en dar luces en el proceso sobre hechos que, por su configuración, demandan de un saber especializado a fin de tener certeza sobre su existencia y repercusiones en el litigio, y se predica su necesidad dado el limitado conocimiento que sobre tales situaciones tiene el Juez, junto al hecho de requerirse una adecuada lectura de tales situaciones especializadas, lo cual sólo se puede lograr con el suministro de información científica o técnica veraz<sup>20-21</sup>. En otros términos, la prueba pericial no es un

<sup>20</sup> “Cuando la cultura del juzgador no es adecuada para ocuparse de los rasgos técnicos o científicos específicos de los hechos litigiosos es necesario complementarla. Esto significa que hay que recurrir a peritos expertos en diversos ámbitos para ofrecer al juzgador toda la información técnica y científica necesaria para decidir el caso”. TARUFFO, Michele. La prueba, ibíd. Pág. 90.



escenario en donde se pueda validar en el proceso judicial cuestiones meramente hipotéticas o especulativas, pues respecto de dicha prueba también se predica un escrutinio por parte del Juez, para verificar su valoración probatoria.

En efecto, en el caso en concreto se evidencia que el dictamen i) no fue unívoco, pues la primera experticia presentada establecía dos criterios (y dos montos ostensiblemente diferentes) para fijar el lucro cesante dejando a la elección del Juez la determinación del rubro, mientras que ii) al solicitarse la complementación del dictamen, el perito enfatizó en la aplicación, para el caso, de la renta presuntiva establecida en el artículo 82 del Estatuto Tributario, razón por la cual no puede tenerse dicha apreciación como fruto de una valoración técnica y/o científica sobre un estado de cosas en el proceso judicial sino como el razonamiento sobre la aplicación de una norma jurídica.

De hecho, en lo que concierne a los dictámenes periciales fundamentados en el estudio de la contabilidad de una persona, la jurisprudencia de esta Corporación ha dejado en claro que el desarrollo de dicha experticia debe centrarse en la manera como se registraron los hechos económicos así como los registros contables, pero de allí no se deriva, en manera alguna, la posibilidad de que el auxiliar de la justicia invada la esfera competencial del Juez y pase a efectuar valoraciones jurídicas sobre los aspectos contables. Ha dicho la Corporación:

“Ahora bien, sobre la calidad de sus fundamentos, la Sala considera que tratándose de dictámenes periciales sobre la contabilidad, tales fundamentos deben estar referidos, exclusivamente, a la forma en que se registraron los hechos económicos y las explicaciones pertinentes referentes a esos registros contables. Cualquier explicación o interpretación jurídica sobre las normas que regulan los requisitos de relación de causalidad, necesidad y proporcionalidad, no se tendrá en cuenta, toda vez que el perito en derecho es el juez. Por las mismas razones, la valoración de la prueba para establecer el cumplimiento de esos requisitos corresponde al juez. En ese contexto, se procede a valorar el dictamen pericial.”<sup>22</sup>

<sup>21</sup> Vista la función de la prueba pericial en el proceso judicial, resulta una cuestión apenas evidente que no le está asignado a este medio de prueba la conceptualización o discusión de cuestiones jurídicas sobre los hechos de proceso, esto es, no es admisible por vía de tal medio probatorio considerar la aplicación o interpretación de normas jurídicas, pues es al Juez es a quien le corresponde dictaminar, con fuerza autoridad, las consideraciones jurídicas que un caso demanda.

<sup>22</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 10 de marzo de 2011, C.P.: Hugo F. Bastidas Bárcenas. Exp. 17492.



De esta manera, brilla por su ausencia en la experticia cualquier exposición tendiente a demostrar a) la valuación, para el momento del hecho dañoso, de las utilidades o beneficios económicos que generaba para el accionante la actividad lucrativa que desempeñaba, b) de indicar las razones por las cuales tales movimientos económicos periódicos eran certeros y, por lo tanto, se podía esperar, con un criterio de probabilidad objetiva, su posible causación a futuro; lo anterior, por no señalar también c) la ausencia de cualquier tipo de valoración sobre los bienes muebles perdidos por el accionante (constitutivos a la postre en la base fáctica del daño), como es el caso de indicar la vida útil probable de los mismos, para determinar con ello el límite temporal en la tasación de los mismos, pues, también hay que decirlo, la experticia no arroja parámetro temporal alguno que sirva para precisar *hasta cuándo* se debe indemnizar el lucro cesante del actor, lo que redundaría en la indeterminación de la indemnización del perjuicio.

Por lo anterior, la Sala no reconoce valor probatorio al dictamen pericial rendido en el proceso al no contar con la exposición de un sustento técnico que lleve a fundamentar las razones por las cuales cuantificó el perjuicio causado al accionante, sino que por el contrario, se limitó a alegar la posible aplicación de una norma jurídica en el caso, cual es, la renta presuntiva señalada en el artículo 82 del Estatuto Tributario.

Así, al estar sujeto el dictamen pericial a un control de consistencia por parte del juez, al amparo de la sana y razonada crítica, en donde puede verificar una coherencia externa entre la experticia y los demás medios probatorios que obran en el plenario, otra de carácter interno relativa a las premisas técnicas y fácticas expuestas en el informe y su relación con las conclusiones, valorar hasta qué punto el mismo supone una exposición de conocimientos técnicos sobre un estado de cosas y cuando deja de corresponderse con tal cometido, así como que las conclusiones de dicho trabajo sean fruto de determinadas técnicas o conocimientos especializados, ha sido pacíficamente admitido el hecho de que el Juez puede separarse del dictamen pericial al no ofrecerle éste claridad y certeza sobre la información allí consignada, tal como se puede evidenciar tanto en la doctrina de la Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia como la de esta Corporación.



En efecto, el Tribunal de Casación ha referido sobre el hecho de que la asignación del mérito probatorio de un dictamen pericial está en cabeza del Juez, en los siguientes términos:

"En realidad, tratándose del dictamen pericial, cuyo objetivo es ofrecer elementos de juicio que requieren especiales conocimientos técnicos, científicos o artísticos, respecto de los cuales el juez carece, la conducencia del mismo, cuando no es determinada por la ley, puede surgir de las circunstancias específicas controvertidas, de ahí que es al juzgador a quien le corresponde valorar de manera discrecional, pero racionalmente, cuándo necesita asesorarse de los peritos."<sup>23</sup>

Y recientemente la misma Corporación indicó la necesidad de que el dictamen guarde relación con hechos ciertos expuestos a lo largo del litigio:

"para alcanzar eficacia probatoria el dictamen debe estar soportado en hechos veraces, sometidos a contradicción y acreditados adecuadamente, lo que para el caso examinado, esa situación no aconteció, porque se estructuró sobre especificaciones hipotéticas, ya que en las oportunidades procesales autorizadas, la interesada en la prueba no suministró información al respecto, es decir que no dio a conocer los puntos para su desarrollo; tampoco los medios de convicción revelan circunstancias acerca de esa realidad requerida y, más aún, al comentar la actora la finalidad de la compra de los mencionados derechos, no genera certeza de la ocurrencia del daño bajo los supuestos ideados por el experto, en razón a que no tenía un proyecto definido para ejecutar,..."<sup>24</sup>

Por otro tanto, el Consejo de Estado ha aludido al cumplimiento de ciertos requisitos para valorar el dictamen pericial, cuestión que debe ser apreciada por el juez en el marco de la sana y razonada crítica:

"Para su eficacia probatoria debe reunir ciertas condiciones de contenido como son la conducencia en relación con el hecho a probar; que el perito sea competente, es decir, un verdadero experto para el desempeño del cargo; que no exista un motivo serio para dudar de su imparcialidad; que no se haya probado una objeción por error grave; que el dictamen esté debidamente fundamentado y sus conclusiones sean claras firmes y consecuencia de las razones expuestas; que haya surtido contradicción; que no exista retracto del mismo por parte del perito y en fin que otras pruebas no lo desvirtúen.<sup>25</sup> El dictamen del perito debe ser claro, preciso y detallado, en él se deben explicar los exámenes, experimentos e investigaciones efectuadas, lo mismo que los fundamentos técnicos, científicos o artísticos de las conclusiones (numeral 6 del artículo 237 *ibidem*); y durante el traslado del dictamen pericial las partes pueden solicitar que éste se complemente o aclare u objetarlo por error grave (artículo 238 *ejusdem*).

<sup>23</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, Casación de 9 de noviembre de 2009. M.P.: Jaime A. Arrubla Paucar. Exp. 1999-01621.

<sup>24</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, Casación de 9 de marzo de 2012. M.P.: Ruth Marina Díaz Rueda. Exp. 2006-00308.

<sup>25</sup> DEVIS ECHANDÍA, Hernando, Ob. Cit. Págs. 346 a 350 y ss.



A su turno, el artículo 241 *ibidem* señala que al valorar o apreciar el juez el dictamen de los peritos, el juez tendrá en cuenta la firmeza, precisión y calidad de sus fundamentos, la competencia de los peritos y los demás elementos probatorios que obren en el proceso. Con esto se quiere significar que el juez es autónomo para valorar el dictamen y verificar la lógica de sus fundamentos y resultados, toda vez que el perito es un auxiliar de la justicia, pero él no la imparte ni la administra, de manera que el juez no está obligado a "...aceptar ciegamente las conclusiones de los peritos, pues si ello fuese así, estos serían falladores..."<sup>26</sup> <sup>27</sup>

**2.2.2.2.-** Precisadas las razones por las cuales no se acoge lo afirmado en el dictamen pericial pasa la Sala a valorar los demás medios de prueba que militan en el proceso a fin de encontrar fundado el monto de liquidación del lucro cesante.

En cumplimiento de tal cometido, se tiene que en el presente caso los libros de contabilidad no pueden ser valorados ya que como lo indica el mismo dictamen pericial, éstos no han sido llevados conforme al ordenamiento jurídico, cuestión que manifestó el perito en los siguientes términos:

"a. Se presentó un balance general firmado por el Contador Público, pero el Estado de Resultados No está signado por el mismo, creando dudas, como soporte financiero, ya que éste último es la base para obtener la rentabilidad del negocio,

b. Que la (sic) fechas de corte de los anteriores Estados Financieros NO es normal, ya que el Estado de Resultados corresponde al periodo comprendido entre Julio de 1996 y Abril de 1997, es decir de 6 meses..."<sup>28</sup>

Se hace importante remarcar tal situación dado el hecho de que, al tenor del artículo 26 del Código de Comercio, en el registro mercantil –al cual deben estar inscritos quienes se desempeñen como comerciantes- se deben inscribir diversos actos jurídicos

<sup>26</sup> PARRA QUIJANO, Jairo, Manual de Derecho Probatorio, Librería Ediciones del Profesional Ltda., 2004, Pág. 649.

<sup>27</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 3 de marzo de 2010. C.P.: Ruth Stella Correa. Exp. 37269.

<sup>28</sup> Afirmación coincidente con lo que señaló en su momento la Sala de decisión Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Buga en sentencia de 28 de junio de 2007 cuando al referirse a la indemnización de perjuicios en favor de la parte civil (señor Gómez Mejía) indicó: "Resalta la Sala que la perito tuvo en cuenta el factor del IPC dentro del cálculo del lucro cesante, y que su experticia debió realizarse con la adversidad de que no se llevaba en la empresa ofendida debidamente, la contabilidad no se allegaron los libros oficiales que revelarían la utilidad promedio de dicha empresa. Por ello, resulta improcedente la objeción hecha por el apoderado de la víctima frente a este punto, tendiente al incremento de los perjuicios, que el a quo efectivamente hizo, pero que esta Colegiatura modificará por las razones que está exponiendo." (fl 15, cdno segunda instancia proceso penal 2002-00264-01).



relacionados con el comerciante, de donde se resalta, entre otros, los libros de comercio, como lo enseña el mencionado artículo en los siguientes términos:

“Código de Comercio, Art. 26 – El registro mercantil tendrá por objeto llevar la matrícula de los comerciantes y de los establecimientos de comercio, así como la inscripción, así como la inscripción de todos los actos, libros y documentos respecto de los cuales la ley exigiere esa formalidad.

El registro mercantil será público. Cualquier persona podrá examinar los libros y archivos en que fuere llevado, tomar anotaciones de sus asientos o actos y obtener copias de los mismos.”

En relación con la obligación de llevar una contabilidad regular de los negocios que realice el comerciante, el artículo 19 numerales 2, 3 y 4 del mismo Código señalan lo concerniente con los libros de comercio, obligación que, siguiendo la doctrina, *“es impuesta en interés del comerciante, a fin de que pueda seguir diariamente la situación de sus negocios y tener una prueba de sus derechos; en interés del que contrata con él, para facilitarle medios de defensa; por último en interés público, para que en caso de quiebra se pueda reconstruir en su integridad el patrimonio del quebrado, descubrir las simulaciones y las sustracciones”*<sup>29</sup>.

A su vez, el artículo 49 de la misma normatividad, determina que *“Para los efectos legales, cuando se haga referencia a los libros de comercio, se entenderán por tales los que determine la ley como obligatorios y los auxiliares necesarios para el completo entendimiento de aquellos”* de donde se tiene que los libros de comercio son aquellos que la ley defina como tales; razón por la cual se entiende con claridad que al igual que es obligatorio que el comerciante lleve su estado financiero, tal exigencia se extiende a la de establecer los libros de inventario, balances, diario y mayor –por solo citar algunos- tal como se deduce de los artículos 49 al 52 del Código de Comercio<sup>30</sup> y 125

<sup>29</sup> GABINO Pinzón, José. Introducción al Derecho Comercial. Editorial Temis S.A. Bogotá, 1985, página 263.

<sup>30</sup> Código de Comercio. Artículo 49. Para los efectos legales, cuando se haga referencia a los libros de comercio, se entenderán por tales los que determine la ley como obligatorios y los auxiliares necesarios para el completo entendimiento de aquéllos.

Artículo 50. La contabilidad solamente podrá llevarse en idioma castellano, por el sistema de partida doble, en libros registrados, de manera que suministre una historia clara, completa y fidedigna de los negocios del comerciante, con sujeción a las reglamentaciones que expida el gobierno.

Artículo 51. Harán parte integrante de la contabilidad todos los comprobantes que sirvan de respaldo a las partidas asentadas en los libros, así como la correspondencia directamente relacionada con los negocios.



Decreto 2649 de 1993<sup>31</sup> y como lo ha entendido la jurisprudencia de la Sección Cuarta de esta Corporación:

**“Tal y como lo reseñó la actuación administrativa con fundamento en reiterada jurisprudencia de esta Corporación, la ausencia de un catálogo concreto acerca de los libros de contabilidad que debe llevar el comerciante, no es base para considerar que no existe obligación legal de llevar los libros de contabilidad que se derivan de los requerimientos legales consagrados en el Código de Comercio, a los cuales en primer lugar se remiten las normas tributarias, así como a los (requerimientos) señalados en los diferentes reglamentos expedidos por el gobierno en materia de contabilidad y normas tributarias.**

(...)

Es así, como el gobierno ha proferido entre otros decretos, el 2649 de 1.993 (antes del 1798 de 1.990), por medio del cual se reglamenta la contabilidad en general, en cuyo artículo 129 consagra la obligación de oficializar los inventarios, ordenando que al terminar cada ejercicio, debe efectuarse el inventario de mercancías para la venta el cual debe contener una relación detallada de las existencias con indicación de su costo unitario y total, y agrega, que cuando la cantidad y diversidad de artículos dificulte su registro detallado, éste puede efectuarse por resúmenes o grupos de artículos, siempre y cuando aparezcan discriminados en registros auxiliares.

---

Artículo 52. Al iniciar sus actividades comerciales y, por lo menos una vez al año, todo comerciante elaborará un inventario y un balance general que permitan conocer de manera clara y completa la situación de su patrimonio.

<sup>31</sup> Decreto 2649 de 1993. Artículo 125. Los estados financieros deben ser elaborados con fundamento en los libros en los cuales se hubieren asentado los comprobantes.

Los libros deben conformarse y diligenciarse en forma tal que se garantice su autenticidad e integridad. Cada libro, de acuerdo con el uso a que se destina, debe llevar una numeración sucesiva y continua. Las hojas y tarjetas deben ser codificadas por clase de libros.

Atendiendo las normas legales, la naturaleza del ente económico y a la de sus operaciones, se deben llevar los libros necesarios para:

1. Asentar en orden cronológico todas las operaciones, bien en forma individual o por resúmenes globales no superiores a un mes.
2. Establecer mensualmente el resumen de todas las operaciones por cada cuenta, sus movimientos debito y crédito, combinando el movimiento de los diferentes establecimientos.
3. Determinar la propiedad del ente, el movimiento de los aportes de capital y las restricciones que pesen sobre ellos.
4. Permitir el completo entendimiento de los anteriores. Para tal fin se deben llevar, entre otros, los auxiliares necesarios para:
  - a) Conocer las transacciones individuales, cuando estas se registren en los libros de resumen en forma global;
  - b) Establecer los activos y las obligaciones derivadas de las actividades propias de cada establecimiento, cuando se hubiere decidido llevar por separado la contabilidad de sus operaciones;
  - c) Conocer los códigos o series cifradas que identifiquen las cuentas, así como los códigos o símbolos utilizados para describir las transacciones, con indicación de las adiciones, modificaciones, sustituciones o cancelaciones que se hagan de unas y otras;
  - d) Controlar el movimiento de las mercancías, sea por unidades o por grupos homogéneos;
  - e) Conciliar los estados financieros básicos con aquellos preparados sobre otras bases comprensivas de contabilidad.
5. Dejar constancia de las decisiones adoptadas por los órganos colegiados de dirección, administración y control del ente económico.
6. Cumplir las exigencias de otras normas legales.



De igual modo, como lo tiene precisado la doctrina y la jurisprudencia, del artículo 52 del Código de Comercio, que obliga al comerciante al iniciar sus actividades y por lo menos una vez al año a elaborar un inventario y un balance general que permita de manera clara y completa la situación de su patrimonio, surge la obligación legal de llevar el libro de "Inventarios" y "Balances".

Del artículo 53 del Código de Comercio, que exige el asentamiento cronológico de las operaciones, y de la exigencia de aplicación de la partida doble, surge la necesidad de llevar los libros "Diario" y "Mayor".<sup>32</sup> (Resaltado propio).

2.2.2.3.- Por otro tanto, se encuentra que buena parte de la inconformidad con la decisión adoptada por el *a-quo* radica en el hecho de que el Tribunal no observó lo dispuesto en el artículo 82 del Estatuto Tributario, relativo a la renta presuntiva. En la alzada el recurrente se manifestó en los siguientes términos sobre su disenso:

"(...) para este caso en particular no se encuentra fundamento alguno para desechar la aplicación de la regla que prevé el artículo 82 del Estatuto Tributario, para obtener la RENTA PRESUNTA, puesto que ante los vacíos y/o deficiencias del Código de Procedimiento Civil y de otros estatutos, finalmente se tiene el Tributario para casos análogos" (Fl. 250, C.1)

La norma citada por la parte actora, artículo 82 del Estatuto Tributario, dispone siguiente:

"Artículo 82. Cuando existan indicios de que el costo informado por el contribuyente no es real o cuando no se conozca el costo de los activos enajenados ni sea posible su determinación mediante pruebas directas, tales como las declaraciones de renta del contribuyente o de terceros, la contabilidad o los comprobantes internos o externos, **el funcionario que esté adelantando el proceso de fiscalización respectivo**, puede fijar un costo acorde con los incurridos durante el año o período gravable por otras personas que hayan desarrollado la misma actividad del contribuyente, o hayan hecho operaciones similares de enajenación de activos, atendiendo a los datos estadísticos producidos por la Dirección General de Impuestos Nacionales, por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística, por el Banco de la República, por la Superintendencia de Industria y Comercio, por la Superintendencia de Sociedades u otras entidades cuyas estadísticas fueren aplicables.

Su aplicación y discusión se hará dentro del mismo proceso.

Si lo dispuesto en este artículo no resultare posible, se estimará el costo en el setenta y cinco por ciento (75%) del valor de la respectiva enajenación, sin perjuicio de las sanciones que se impongan por inexactitud de la declaración de renta o por no llevar debidamente los libros de contabilidad." (Resaltado propio).

<sup>32</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Sentencia de 6 de febrero de 1998. C.P.: Delio Gómez Leyva. Radicado: 8664.



Vista la alegación de la parte apelante así como la redacción de la norma jurídica que pretende sea observada a efectos de determinar la cuantía de los perjuicios que le fueron irrogados, la Sala encuentra que la misma no es aplicable al *sub lite*.

En efecto, obsérvese que la parte interesada sostiene la aplicación de la renta presunta o presuntiva con sustento en la analogía del Estatuto Tributario para aquellos casos en donde el procedimiento civil y los "otros estatutos" no regulen un determinado aspecto. La Sala no comulga con este criterio en razón al hecho de que no existe vacío normativo en el procedimiento civil (aplicable en materia probatoria en este caso por remisión del artículo 168 del Código Contencioso Administrativo<sup>33</sup>) que deba ser colmado por el Estatuto Tributario, para lo cual basta con traer a colación la regla de la carga de la prueba, delineada en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil y a la cual se aludió *ut supra*.

2.2.2.4.- Por último, el Tribunal fundó la tasación del lucro cesante en la declaración de renta y complementarios del año gravable de 1996, de donde dedujo como monto base de liquidación la suma de \$3.538.000 (proveniente de la renta líquida gravable), visible a folio 172 del cuaderno 3 del proceso penal, cuestión que no es compartida por esta Sala dado el hecho de que se omitió verificar la fuente de causación de los ingresos y erogaciones por parte del señor Gómez Mejía.

En efecto, en dicho documento, luego de identificar que el señor Víctor Manuel Gómez Mejía desarrollaba la actividad económica No. 2022, en el acápite de ingresos se registraron los siguientes montos, para lo cual se transcribirá lo pertinente de tal documento:

②	15. Ventas netas actividad económica principal (gravadas y no gravadas)	IH	4'613.000
	16. Ventas netas otras actividades económicas (gravadas y no gravadas)	II	-0-
	17. Otros ingresos (arrendamientos, etc.) (gravadas y no gravadas)	RJ	3'000.000
	18. TOTAL INGRESOS RECIBIDOS (sume renglones 10 a 17)	RK	7'613.000

<sup>33</sup> Código Contencioso Administrativo. Artículo 168. En los procesos ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo se aplicarán en cuanto resulten compatibles con las normas de este Código, las del Procedimiento Civil en lo relacionado con la admisibilidad de los medios de prueba, forma de practicarlas y criterios de valoración.



19. Menos: Ingresos no constitutivos de renta ni ganancia ocasional (netos)	RL	-0-
---	----	-----

Luego de ello, en el apartado E) "menos costos y deducciones" se consignó como único concepto de costos la suma de \$4'075.000 pertenecientes a "costos de ventas actividades económicas", remarcado con el numeral 21, idéntico rubro que quedó consignado en el numeral 26 titulado "Total costos y deducciones". De esta manera, al abordar lo concerniente a la "Renta" se inscribió lo siguiente:

F) RENTA	27. RENTA LÍQUIDA (renglón 18 menos 19 y 26)	RA	3'538.000
	28. O pérdidas líquidas (renglones 19 y 26 menos renglón 18)	RO	-0-
	29. RENTA PRESUNTIVA (ver instrucción)	RJ	-0-
	30. Menos: Renta exenta (ver instrucción)	RD	-0-
	31. RENTA LÍQUIDA GRAVABLE (al mayor valor de los renglones 27 ó 29 reste el valor del renglón 30)	RE	3'538.000

En este orden de ideas, salta a la vista el yerro en que incurrió el Tribunal pues olvidó el hecho de que en el *sub lite* la indemnización por lucro cesante tiene como base fáctica el presunto hurto de varios de los bienes muebles con que el señor Gómez Mejía desempeñaba su actividad económica relativa a la fabricación de partes y piezas de carpintería para edificios y construcciones, por lo tanto debió excluir lo que percibió el accionante a título de "otros ingresos" (en el numeral 17 del acápite D), pues estos no guardan relación alguna con la indemnización decretada por el Tribunal en la sentencia de 19 de marzo de 2010. Por otra parte, en gracia de discusión, tampoco genera mayor certeza el monto declarado por el actor en su declaración de renta sobre las ventas netas que le reportaba su actividad económica principal, pues, no se encuentra soporte probatorio que genere credibilidad para la Sala.

3.- En este orden de ideas, se considera que no existe el suficiente acervo probatorio que le lleve a aseverar, incluso, la existencia de algún monto del lucro cesante en favor del demandante, pues, como se ha señalado a lo largo de esta providencia, brillan por su ausencia cualquier clase de medios probatorios que indiquen siquiera un monto o porcentaje de provecho económico que derivaba el señor Gómez Mejía de su actividad lucrativa la cual, por lo demás, no se pone en cuestión.



La experticia practicada, la cual fue desechada por esta Sala, carece de cualquier sustento real para dictaminarle el beneficio económico que obtenía el demandante al momento de suceder el hecho dañoso, tan solo se centra en plantear hipótesis alejadas de la realidad probatoria que milita en el proceso, cuestión que da pie para decir que no es admisible la aplicación de la denominada renta presuntiva del artículo 82 del Estatuto Tributario, habida cuenta de las particularidades que rigen en materia tributaria y que – por lo menos en lo que atañe al tema probatorio- son extrañas al proceso contencioso administrativo, amparado en la regla de la carga de la prueba del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil. Por último, también se refuta la postura del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, que basó la valuación del perjuicio a partir de la declaración de renta presentada por el demandante en 1996, las razones para cuestionar tal punto de apoyo residieron en la ausencia de verificación de los ingresos truncados al actor que tiene relación directa con el daño irrogado así como el hecho de que además de lo allí consignado la renta líquida gravable no se sustenta en otros medios probatorios en el proceso.

En este orden de ideas, esta Sala no encuentra prueba alguna que respalde una tasación del perjuicio material – en la modalidad de lucro cesante, empero, habida consideración que la parte incidentante es la única que se ha alzado contra la providencia dictada por el *a-quo*, y considerando la regla de la *non reformatio in pejus*, dispuesta en el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, se resolverá confirmar la decisión adoptada por el Tribunal en el auto de 17 de agosto de 2012.

Por lo anterior, se confirmará la decisión adoptada en la providencia de fecha 17 de agosto de 2012 por el *a-quo*,

En mérito de lo expuesto, la Subsección C de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado,

**RESUELVE**



**PRIMERO: CONFIRMAR** el auto del 17 de agosto de 2012, proferido por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, conforme a lo dispuesto en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: DEVOLVER** el expediente al Tribunal de origen, una vez en firme esta providencia.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**ENRIQUE GIL BOTERO**

*Olga Melida Valle de la Hoz*  
**OLGA MELIDA VALLE DE DE LA HOZ**

**JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA**