

ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / APELACIÓN DE LA SENTENCIA / DECOMISO DE MERCANCÍA IMPORTADA / CONTRABANDO DE MERCANCÍA / FALTA DE ENTREGA DE LA MERCANCÍA / REMATE DE LA MERCANCÍA / IRREGULARIDAD EN LA DILIGENCIA DEL REMATE DE BIEN / FALTA DE AUTORIZACIÓN DE LA ORDEN JUDICIAL / FALLA DEL SERVICIO / FALLA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR FALLA DEL SERVICIO / CONFIGURACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO

[S]e probó que el Fondo Rotatorio de Aduanas era el depositario legal de las mercancías de propiedad [del demandante], incautadas por presunto contrabando. Se acreditó que esa entidad, sin orden judicial y sin encontrarse en el evento establecido en la ley –art. 64 Decreto 51 de 1987–, enajenó y remató los bienes. También se demostró que cuando el Juzgado Primero de Instrucción Penal Aduanero de Barranquilla declaró la legalidad de la mercancía y ordenó su devolución, el Fondo Rotatorio de Aduanas no devolvió los bienes. En consecuencia, el Fondo Rotatorio de Aduanas, como depositario legal de las mercancías, incurrió en falla del servicio, pues incumplió la obligación de devolver los bienes (art. 2253 CC, art. 4 D. 1151 de 1976 y art. 1º D. 1520 de 1984) que estaban bajo su custodia jurídica y material y los remató sin orden judicial. Por ello, se confirmará la sentencia apelada.

FUENTE FORMAL: DECRETO 1151 DE 1976 - ARTÍCULO 4 / DECRETO 51 DE 1987 - ARTÍCULO 64 / DECRETO 1520 DE 1984 - ARTÍCULO 1 / CÓDIGO CIVIL - ARTÍCULO 2253

PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / FINALIDAD DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / OBJETO DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA

La reparación directa es el medio de control idóneo para perseguir la declaratoria de responsabilidad patrimonial del Estado cuando el daño invocado proviene de un hecho, omisión, operación administrativa o cualquier otra actuación estatal distinta a un contrato estatal o un acto administrativo , en este caso por una falla que se imputa a una entidad pública (art. 90 CN y art. 86 CCA).

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 90 / CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTÍCULO 86

CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / TÉRMINO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / CONTABILIZACIÓN DEL TÉRMINO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA

El término para formular pretensiones, en procesos de reparación directa, según el artículo 136.8 CCA es de dos años, que se cuentan a partir del día siguiente del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente de inmueble por trabajo público o por cualquier otra causa. La demanda se interpuso en tiempo -7 de septiembre de 1989- porque el demandante tuvo conocimiento del daño reclamado desde el 18 de agosto de 1988, fecha en que el almacenista del Fondo Rotatorio de Aduanas de Barranquilla informó que la mercancía retenida había sido rematada [...].

FUENTE FORMAL: CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTÍCULO 136 NUMERAL 8

COMPETENCIA DEL JUEZ DE SEGUNDA INSTANCIA

Como la sentencia fue recurrida por ambas partes, la Sala resolverá sin limitaciones, en los términos del artículo 357 CPC.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTÍCULO 357

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO / RESPONSABILIDAD CIVIL / RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL POR EL HECHO PROPIO / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR DAÑO CAUSADO POR AGENTE DEL ESTADO / CONCEPTO DE DAÑO / HECHO DAÑOSO / FALLA DEL SERVICIO / FALLA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA / CARGA DE LA PRUEBA POR EL ACCIONANTE / ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

En el ámbito de los particulares, la responsabilidad es la consecuencia de la libertad. La persona debe asumir los resultados de su conducta, por acción u omisión, ilícita y culpable, que cause un daño (arts. 73, 633 y 2341 CC; arts. 4, 6 y 14 CN). Este postulado también se extiende al campo del derecho público. La ilicitud, esa contradicción del hecho humano –activo o por omisión– adquiere, sin embargo, una connotación particular. Cuando se ejerce una función pública, administrativa por ejemplo, no se está desplegando una faceta de la libertad humana, sino que se está en el ámbito del ejercicio de la autoridad. Y como las competencias devienen de una autorización normativa previa (principio de legalidad), el juez de la responsabilidad civil del Estado parte de un punto de vista diferente: la atribución legal. El Estado responde por el actuar de sus agentes, en principio, no solo por infringir la Constitución, la ley y el contrato, sino también por omisión o extralimitación en el ejercicio de funciones de sus agentes (art. 6 CN). La culpa o falta o falla (según el uso extendido en derecho administrativo) es también un elemento estructurante fundamental de la responsabilidad civil del Estado. Sin embargo, en este, el punto de partida no es solo la libertad del agente, se exige valorar esa acción u omisión contraria al ordenamiento jurídico (convencional, constitucional, legal, reglamentario, regulatorio o contractual), a partir del principio de legalidad. Según este postulado, ninguna autoridad puede ejercer competencia alguna que no haya sido previamente atribuida por las normas correspondientes, y su infracción será el parámetro de evaluación de su conducta (por acción u omisión). Por último, el daño es, sin embargo, el mismo: ese desmedro patrimonial, fruto nocivo del hecho ilícito. Ilicitud, culpabilidad y daño, son pues también los presupuestos de la responsabilidad civil del estado. Y, por supuesto, entre el daño y el hecho ilícito debe acreditarse una relación de causa a efecto, como lo establece claramente el art. 90 CN. No es, pues, en este campo el derecho administrativo “autónomo”, sino que es tributario –desde una perspectiva particular, desde luego– del derecho común (art. 2 CC). No hay normas especiales (art. 5.1 Ley 57 de 1887 y art. 3 Ley 153 de 1887), sino una mixtura, una mezcla particular de las dos tradicionales ramas del derecho. La responsabilidad civil del Estado es, pues, el lugar de encuentro del derecho público y del derecho privado: de la soberanía y de la autonomía de la voluntad; del principio de legalidad y de la libertad. Por ello, la falla del servicio es, ha sido, y seguirá siendo, la fuente principal y común de la responsabilidad civil del Estado, que se presenta por un incumplimiento en el funcionamiento normal del servicio, el desconocimiento de una obligación a cargo del Estado o, en términos generales, la violación de la ley. Bajo este régimen de responsabilidad subjetiva, al demandante le corresponde demostrar (i) un daño, (ii) una conducta activa u omisiva de la administración y (iii) la relación de causalidad entre esta y aquél. La

conducta constitutiva de falla del servicio debe ser tardía, irregular, ineficiente o ausente.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO CIVIL - ARTÍCULO 2 / CÓDIGO CIVIL - ARTÍCULO 73 / CÓDIGO CIVIL - ARTÍCULO 633 / CÓDIGO CIVIL - ARTÍCULO 2341 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 4 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 6 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 14 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 90

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la responsabilidad del Estado por falla del servicio, cita: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 3 de marzo de 1975, rad. 1389, C. P. Carlos Portocarrero Mutis; sentencia de 30 de marzo de 1990, rad. 3510, C. P. Antonio José De Irisarri Restrepo.

FONDO ROTATORIO DE LA ADUANA NACIONAL / DECOMISO ADUANERO / DECOMISO DE MERCANCÍA IMPORTADA / CONTRABANDO DE MERCANCÍA / SECUESTRO DE MERCANCÍAS / FALTA DE ENTREGA DE LA MERCANCÍA / REMATE DE LA MERCANCÍA / IRREGULARIDAD EN LA DILIGENCIA DEL REMATE DE BIEN / FALTA DE AUTORIZACIÓN DE LA ORDEN JUDICIAL / PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO ADUANERO

Para la fecha de los hechos, el Fondo Rotatorio era un establecimiento público adscrito al Ministerio de Hacienda y Crédito Público encargado, entre otras, de recibir y mantener, en calidad de depositario, todas las mercancías que fueran retenidas por las autoridades competentes por presunto contrabando y cumplir las obligaciones legales para los depositarios; enajenar las mercancías que la autoridad competente hubiera declarado de contrabando y aquellas que de acuerdo con la ley pudieran ser vendidas antes de la decisión o devolverlas cuando la autoridad lo ordenara, según el artículo 4 literales j,k,m. del Decreto 1151 de 1976. Conforme al Estatuto Penal Aduanero vigente para la fecha de los hechos, Decreto 51 de 1987, la decisión sobre la enajenación de las mercancías la tomaría el juez siempre que existiera prueba de la materialidad del delito y ello se comunicaría al Fondo Rotatorio de Aduanas, según el artículo artículo 63. Una vez comunicada la orden del juez, el Fondo debía dar preferencia a la venta directa y entregaría el dinero recaudado a quien ordenara la autoridad judicial. La entidad depositaria podía enajenar directamente, lo más pronto posible las cosas perecederas, como los equipos de computación y sus elementos periféricos, de acuerdo con el artículo 64. Si no era posible la venta directa, el juez ordenaría el remate de la mercancía, conforme a las normas del CPC, sobre la base del avalúo judicial, por conducto del Fondo Rotatorio de Aduanas o del Banco Popular Martillo, como lo ordenaba el artículo 65 del estatuto. Como el secuestro de bienes que ejercen entidades públicas no tiene una regulación especial de derecho público, son aplicables las disposiciones del derecho privado sobre el acto jurídico del depósito, contenidas en el CC y el CPC. En ausencia de una disposición especial, debe acudirse a la que tenga carácter general. Según el artículo 2253 CC el depositario está obligado a la restitución de la misma cosa o cosas individuales que se han confiado en depósito.

FUENTE FORMAL: DECRETO 1151 DE 1976 - ARTÍCULO 4 LITERALES J, K y M / DECRETO 51 DE 1987 - ARTÍCULO 63 / DECRETO 51 DE 1987 - ARTÍCULO 64 / DECRETO 51 DE 1987 - ARTÍCULO 65 / CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL / CÓDIGO CIVIL - ARTÍCULO 2253

NEGACIÓN DEL PERJUICIO MORAL / FALTA DE PRUEBA / ACREDITACIÓN DEL PERJUICIO MORAL

La demanda solicitó 1.000 gramos oro por perjuicios morales. La sentencia de primera instancia negó el reconocimiento de estos perjuicios, por falta de prueba. En el proceso declararon [...] –amigos [del demandante] – que dieron cuenta de su actividad económica, pero no declararon sobre el perjuicio moral solicitado en la demanda. Como no obran pruebas que acrediten ese perjuicio, se confirmará la sentencia apelada en ese aspecto.

DICTAMEN PERICIAL / CONTENIDO DEL DICTAMEN PERICIAL / PROCESO COGNOSCITIVO DEL DICTAMEN PERICIAL / CONCLUSIONES DEL DICTAMEN PERICIAL / OBJECCIÓN POR ERROR GRAVE EN EL DICTAMEN PERICIAL

El artículo 233 CPC dispone que la peritación constituye un medio de prueba a través del cual se constatan hechos relevantes para el litigio, que exigen de especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos. La ley procesal determina que la pericia debe contener dos partes relacionadas entre sí: el proceso cognoscitivo y las conclusiones. El primero supone una relación detallada de las operaciones practicadas y de sus resultados, exigencia lógica que implica brindar una explicación clara sobre cuáles fueron los instrumentos, materias y sustancias empleadas, que constituyen el soporte y garantía de credibilidad de sus conclusiones. El segundo, impone que tales conclusiones se ajusten a los principios de la ciencia, arte o técnica aplicada y respondan de forma concreta, clara, ordenada y sin ambigüedades a todos los puntos sometidos a su consideración por las partes. Las conclusiones del dictamen deben tener justificación no solo en la opinión del experto, sino en soportes que ofrezcan respaldo a su labor. Estos soportes brindan firmeza al dictamen y el perito puede acudir a exámenes o investigaciones que le permitan elaborar un concepto preciso y detallado, tal como lo prevé el artículo 237.6 CPC. El artículo 241 CPC establece que el juez deberá analizar su conducencia en relación con el hecho que se pretende probar; la competencia del perito, esto es que sea un experto en la materia técnica analizada; que no haya motivos para dudar de su imparcialidad; que no se acredite objeción por error grave; que esté debidamente fundamentado, con conclusiones claras y precisas; que se haya permitido su contradicción y que otras pruebas no lo desvirtúen. En concordancia, el artículo 238.6 CPC dispone que las partes podrán objetar el dictamen pericial por error grave. El error grave debe ser determinante en las conclusiones a las que llegaron los peritos y de tal magnitud que el juez no puede tenerlo en cuenta en la sentencia, pues el perito cambió las cualidades del objeto examinado o tomó por objeto una cosa fundamentalmente distinta a la que es materia de estudio.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTÍCULO 233 / CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTÍCULO 237 NUMERAL 6 / CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTÍCULO 241 / CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTÍCULO 238 NUMERAL 6

RECONOCIMIENTO DEL PERJUICIO MATERIAL EN LA MODALIDAD DE DAÑO EMERGENTE / CÁLCULO DEL DAÑO EMERGENTE

La demanda solicitó [...] por el valor de la mercancía rematada, por daño emergente. La sentencia de primera instancia reconoció [...] por este concepto. [...] El dictamen que sustentó el precio avaluado en las providencias del proceso penal aduanero fue puesto a disposición de las partes –entre ellas, Pedro José Cortés como investigado, y la Dirección General de Aduanas– y no lo objetaron. Como está acreditado, entonces, que la mercancía tenía un valor de [...], a la

fecha de ejecutoria de la sentencia que terminó el proceso penal aduanero, la Sala tomará ese valor y lo actualizará según la siguiente fórmula [...].

NEGACIÓN DE LA TASACIÓN DEL LUCRO CESANTE / FUNDAMENTACIÓN DEL DICTAMEN PERICIAL / INEFICACIA DEL DICTAMEN PERICIAL / DICTAMEN PERICIAL INCOMPLETO

La demanda solicitó la suma que resultara probada en el proceso por lucro cesante. La sentencia de primera instancia negó este perjuicio. [...] La Sala advierte que los porcentajes y cifras en la experticia y su aclaración y ampliación no tienen fundamento ni soporte, pues los peritos no allegaron documentación que respalde lo afirmado o que permita establecer la forma en que obtuvieron esos montos. El dictamen no evidencia un verdadero estudio de la utilidad y rentabilidad que pudo haber generado la venta de los repuestos retenidos, es decir, no hay procedimiento contable alguno que de cuenta de los valores tomados por los peritos. No se discriminaron los costos asociados a la importación de la mercancía (fletes, aranceles, impuestos, seguros, transporte, etc.), ni los gastos de funcionamiento en que incurría Pedro José Cortés para vender los repuestos. En tal virtud, la Sala no acoge el dictamen pericial porque carece de fundamento y soporte y no tiene eficacia probatoria a la luz de lo dispuesto en los artículos 233 y 241 del CPC. Por ello, confirmará la sentencia apelada en este aspecto.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTÍCULO 233 / CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTÍCULO 241

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN C

Consejero ponente: GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE

Bogotá D. C., veinticinco (25) de junio de dos mil veintiuno (2021)

Radicación número: 08001-23-31-000-1989-05631-01(38186)

Actor: PEDRO JOSÉ CORTÉS

Demandado: DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES -DIAN-

Referencia: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA (APELACIÓN SENTENCIA)

LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA DE LA DIAN-Esa entidad surgió de la función de otras entidades. COMPETENCIA DEL SUPERIOR-Se decide sin limitación por apelación de ambas partes. RESPONSABILIDAD POR EL HECHO ILÍCITO EN EL ÁMBITO ESTATAL-Ilícitud, culpabilidad y daño en responsabilidad civil del Estado. PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y LIBERTAD-Fundamentos de la responsabilidad civil del Estado. FALLA DEL SERVICIO-Concepto y elementos. SECUESTRO DE BIENES POR ENTIDADES PÚBLICAS-Aplican las normas del depósito del Código Civil. RETENCIÓN DE

MERCANCÍAS POR EL FONDO ROTATORIO DE ADUANAS-Deber de custodia y administración. ENAJENACIÓN DE MERCANCÍA POR VENTA DIRECTA O REMATE-Procedía, previa definición de la legalidad de los bienes y por orden judicial. FALLA DEL SERVICIO-Por rematar sin orden judicial bienes recibidos en calidad de depositario. PERJUICIOS MORALES-Se niegan por falta de prueba. PERITACIÓN-Elementos de este medio de prueba. DICTAMEN PERICIAL-No prospera objeción por error grave. DICTAMEN PERICIAL-Eficacia probatoria.

La Sala, de conformidad con el inciso 3º del artículo 63A de la Ley 270 de 1996, adicionado por el artículo 16 de la Ley 1285 de 2009, decide el recurso de apelación interpuesto por las partes contra la sentencia del 22 de octubre de 2008 proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, que accedió parcialmente a las pretensiones.

SÍNTESIS DEL CASO

El 6 de junio de 1986, el Resguardo Nacional Aduanero retuvo una mercancía de Pedro José Cortés, por presunto contrabando y la dejó a disposición del Fondo Rotatorio de Aduanas. El 12 de abril de 1988, el Juzgado Primero de Instrucción Penal Aduanero de Barranquilla declaró la legalidad de los bienes y ordenó su devolución. Aduce falla del servicio porque la entidad no devolvió los bienes y le informó que los remató entre agosto y octubre de 1987, sin orden judicial.

ANTECEDENTES

El 7 de septiembre de 1989, Pedro José Cortés, a través de apoderado judicial, formuló **demanda de reparación directa** contra el Fondo Rotatorio de Aduanas (hoy Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN-), para que se le declarara patrimonialmente responsable, por la no entrega de la mercancía retenida. Solicitó 1.000 gramos oro por perjuicios morales, \$100.000.000 por daño emergente y la suma que resultara probada en el proceso por lucro cesante. En apoyo de las pretensiones, la parte demandante afirmó que el 12 de abril de 1988, el Juzgado Primero de Instrucción Penal Aduanero de Barranquilla declaró que la mercancía que había sido retenida el 6 de junio de 1986, por presunto contrabando, era legal y ordenó su devolución. El Tribunal Superior de Aduanas confirmó esta decisión, pero el almacenista del Fondo Rotatorio de Aduanas informó que los bienes habían sido enajenados al Banco Popular Martillo y rematados entre agosto y octubre de 1987.

El 15 de febrero de 1990 se admitió la demanda y se ordenó su notificación. En el escrito de **contestación de la demanda**, la DIAN, al oponerse a las pretensiones, afirmó que el valor de la mercancía según las pretensiones no es acorde al avalúo

realizado en el proceso penal y no tiene sustento. Propuso la excepción de inepta demanda. El 2 de julio de 2008 se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para **alegar de conclusión** y presentar concepto, respectivamente. La demandante reiteró lo expuesto y agregó que debía acogerse las conclusiones del dictamen pero que se debía descartar la aclaración de este. La DIAN sostuvo que no debían acogerse los dictámenes periciales y que el valor de la mercancía debe ser la suma establecida por el Tribunal Superior de Aduanas. El Ministerio Público guardó silencio.

El 22 de octubre de 2008, el Tribunal Administrativo del Atlántico en la **sentencia** accedió parcialmente a las pretensiones, porque se acreditó que la demandada violó el Estatuto Penal Aduanero al rematar la mercancía decomisada sin una orden judicial. Negó los perjuicios morales y reconoció el perjuicio material. Las partes interpusieron **recursos de apelación**, que fueron concedidos el 11 de junio de 2009 y admitidos el 30 de abril de 2010. La demandante esgrimió que para cuantificar los perjuicios materiales debía tenerse en cuenta el dictamen pericial sin la aclaración o el practicado en el proceso ejecutivo, pues el valor tomado por el Tribunal fue establecido unilateralmente por el Resguardo Nacional Aduanero y no fue controvertido. La DIAN sostuvo que el demandante debió solicitar la devolución de los dineros del remate. Agregó que el valor de la mercancía debe tomarse del monto establecido por el Tribunal Superior de Aduanas. El 25 de junio de 2010 se corrió traslado para **alegar de conclusión en segunda instancia**. La demandante reiteró lo expuesto. La DIAN sostuvo que los perjuicios materiales debían cuantificarse con base en la suma obtenida del remate de la mercancía (\$3.386.350) y tener en cuenta que la entidad ya reconoció al demandante \$446.315 por devolución del valor de una mercancía. El Ministerio Público conceptuó favorable a las pretensiones, porque la demandada autorizó la venta de la mercancía retenida, sin orden judicial. Frente a la cuantificación de los perjuicios, indicó que para establecer el valor de la mercancía debe tomarse el valor señalado en la experticia que se practicó en el proceso penal, pues la demandante no se opuso a ella en ese momento.

CONSIDERACIONES

I. Presupuestos procesales

Jurisdicción y competencia

1. La jurisdicción administrativa, como guardián del orden jurídico, conoce de las controversias cuando se demande la ocurrencia de un daño cuya causa sea una acción u omisión de una entidad estatal según el artículo 82 CCA, modificado por el artículo 1º de la Ley 1107 de 2006. El Consejo de Estado es competente en segunda instancia para estudiar este asunto de conformidad con el artículo 129 CCA, según el cual conoce de los recursos de apelación contra las sentencias dictadas en primera instancia por los Tribunales Administrativos. Así mismo, esta Corporación es competente en razón a la cuantía pues, de conformidad con el artículo 20.2 CPC, el valor de la pretensión mayor supera la suma prevista en el artículo 132.10 CCA¹.

Acción procedente

2. La reparación directa es el medio de control idóneo para perseguir la declaratoria de responsabilidad patrimonial del Estado cuando el daño invocado proviene de un hecho, omisión, operación administrativa o cualquier otra actuación estatal distinta a un contrato estatal o un acto administrativo², en este caso por una falla que se imputa a una entidad pública (art. 90 CN y art. 86 CCA).

Demanda en tiempo

3. El término para formular pretensiones, en procesos de reparación directa, según el artículo 136.8 CCA es de dos años, que se cuentan a partir del día siguiente del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente de inmueble por trabajo público o por cualquier otra causa. La demanda se interpuso en tiempo -7 de septiembre de 1989- porque el demandante tuvo conocimiento del daño reclamado desde el 18 de agosto de 1988, fecha en que el almacenista del Fondo Rotatorio de Aduanas de Barranquilla informó que la mercancía retenida había sido rematada [hecho probado 5.6].

Legitimación en la causa

¹ Se aplican las cuantías previstas en el Decreto 597 de 1988, pues era la norma vigente a la fecha de presentación de la demanda -7 de septiembre de 1989-. Según esta norma, los tribunales administrativos conocían en primera instancia de los procesos de reparación directa cuando la cuantía excedía de \$3.500.000, que según el artículo 265 CCA se reajustaba en un 40% cada dos años.

² Excepcionalmente la jurisprudencia ha aceptado la procedencia de dicha acción por daños causados por actos administrativos. Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 17 de junio de 1993, Rad. 7.303 [fundamentos jurídicos 10 y 11] y sentencia del 8 de marzo de 2007, Rad. 16.421 [fundamento jurídico 3], en Antología Jurisprudencias y Conceptos, Consejo de Estado 1817-2017 Sección Tercera Tomo B, Bogotá, Imprenta Nacional, 2018, pp. 744, 746 y 747, disponible en <https://bit.ly/3gjjduK>.

4. Pedro José Cortés es la persona sobre la que recae el interés jurídico que se debate en este proceso, porque el Juzgado Primero de Instrucción Penal Aduanera de Barranquilla y el Tribunal Superior de Aduanas ordenaron a su favor la entrega de la mercancía rematada [hechos probados 5.3 a 5.5].

La DIAN está legitimada en la causa por pasiva, porque fue la entidad que surgió de la fusión de la Unidad Administrativa Especial de Impuestos Nacionales y la Unidad Administrativa Especial de Aduanas Nacionales. Esta última se había subrogado en todos los derechos y obligaciones del Fondo Rotatorio de Aduanas, una vez se dispuso su eliminación por el artículo 107 de la Ley 6 de 1992. El Fondo Rotatorio de Aduanas fue la entidad encargada de la custodia y cuidado de los bienes [hechos probados 5.1, 5.5 y 5.6].

II. Problema jurídico

Corresponde a la Sala determinar si se configuró falla del servicio de la DIAN por rematar, sin orden judicial, una mercancía incautada por presunto contrabando, que estaba bajo su custodia y que un juez declaró legal.

III. Análisis de la Sala

Como la sentencia fue recurrida por ambas partes, la Sala resolverá sin limitaciones, en los términos del artículo 357 CPC.

Hechos probados

5. De conformidad con los medios probatorios allegados oportunamente al proceso, se demostraron los siguientes hechos:

5.1. El 16 de junio de 1986, el almacenista, un revisor delegado del Fondo Rotatorio de Aduanas de Barranquilla y un perito suscribieron acta de ingreso al almacén de una mercancía incautada por presunto contrabando, consistente en repuestos y partes para automotores. La mercancía fue avaluada en \$3.386.350, según da cuenta copia auténtica del acta n°. 339 (f. 32 a 34 c. 1).

5.2. El 17 de junio de 1986, el comandante del Resguardo Nacional de Aduanas

suscribió los recibos de retención n°. 4963, 4964, 4965 y 4966, en los que consta los artículos incautados por presunto contrabando y anotan como valor de la mercancía la suma de \$18.990.000, según da cuenta copia auténtica de los recibos de retención de mercancía (f. 35 a 38 c. 1).

5.3. El 12 de abril de 1988, el Juzgado Primero de Instrucción Penal Aduanero de Barranquilla, dentro del proceso penal iniciado por el delito de contrabando contra Pedro José Cortés y otro, decretó el cese de todo procedimiento en contra de los investigados, declaró que la mercancía investigada no era de contrabando y ordenó su entrega a Pedro José Cortés, según da cuenta copia auténtica de la providencia (f. 17 a 22 c. 1).

5.4. El 9 de agosto de 1988, el Tribunal Superior de Aduanas de Bogotá, al resolver el grado de consulta, confirmó la anterior decisión, según da cuenta copia auténtica de la providencia (f. 27 a 31 c. 1).

5.5. El 18 de agosto de 1988, el Juzgado Primero de Instrucción Penal Aduanero de Barranquilla comunicó al almacenista del Fondo Rotatorio de Aduanas de esa ciudad, las decisiones tomadas dentro del proceso penal. Conforme al documento, el apoderado de Pedro José Cortés estaba autorizado para retirar la mercancía ingresada en el acta n°. 339 del 16 de junio de 1986, según da cuenta copia auténtica de los oficios n°. 510 a 512 (f. 39 a 41 c. 1).

5.6. El 18 de agosto de 1988, el almacenista del Fondo Rotatorio de Aduanas de Barranquilla informó al Juzgado Primero de Instrucción Penal Aduanero de esa ciudad, que la mercancía recibida en el acta n°. 339, consistente en motores usados, rines, etc., había sido enajenada y traspasada al Banco Popular Martillo el 13 de agosto de 1987. Agregó que los bienes fueron subastados públicamente en los remates n°. 317 del 25 de agosto de 1987, n°. 318 del 22 de septiembre de 1987 y n°. 319 del 8 de octubre de 1987, según da cuenta copia auténtica de la comunicación, del acta de traspaso y de los remates (f. 42 y 62 a 73 c. 1).

5.7. El 19 de diciembre de 1989, Pedro José Cortés presentó demanda ejecutiva contra el Fondo Rotatorio de Aduanas, para que entregara los bienes incautados o pagara la indemnización compensatoria y moratoria correspondiente, según da cuenta copia auténtica de la demanda (f. 28 a 36 c. 5).

5.8. El 23 de abril de 1997, el Juzgado 21 Civil del Circuito de Bogotá declaró no probada la excepción de inexistencia del título ejecutivo y ordenó seguir adelante con la ejecución, según da cuenta original del oficio n.º. 2304 del Juzgado 21 Civil del Circuito de Bogotá (f. 368 c. 1).

5.9. El 26 de abril de 2002, la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá revocó la sentencia de primera instancia, declaró probada la excepción de inexistencia del título ejecutivo, declaró terminado el proceso, canceló los embargos y condenó en costas al ejecutante, según da cuenta original del oficio n.º. 2304 del Juzgado 21 Civil del Circuito de Bogotá (f. 368 c. 1).

La falla del servicio, fuente principal y común de la responsabilidad civil del Estado

6. En el ámbito de los particulares, la responsabilidad es la consecuencia de la libertad. La persona debe asumir los resultados de su conducta, por acción u omisión, ilícita y culpable, que cause un daño (arts. 73, 633 y 2341 CC; arts. 4, 6 y 14 CN).

Este postulado también se extiende al campo del derecho público. La ilicitud, esa contradicción del hecho humano –activo o por omisión– adquiere, sin embargo, una connotación particular. Cuando se ejerce una función pública, administrativa por ejemplo, no se está desplegando una faceta de la libertad humana, sino que se está en el ámbito del ejercicio de la autoridad. Y como las competencias devienen de una autorización normativa previa (principio de legalidad), el juez de la responsabilidad civil del Estado parte de un punto de vista diferente: la atribución legal. El Estado responde por el actuar de sus agentes, en principio, no solo por infringir la Constitución, la ley y el contrato, sino también por omisión o extralimitación en el ejercicio de funciones de sus agentes (art. 6 CN).

La culpa o falta o falla (según el uso extendido en derecho administrativo) es también un elemento estructurante fundamental de la responsabilidad civil del Estado. Sin embargo, en este, el punto de partida no es solo la libertad del agente, se exige valorar esa acción u omisión contraria al ordenamiento jurídico (convencional, constitucional, legal, reglamentario, regulatorio o contractual), a partir del principio de legalidad. Según este postulado, ninguna autoridad puede ejercer competencia alguna que no haya sido previamente atribuida por las

normas correspondientes, y su infracción será el parámetro de evaluación de su conducta (por acción u omisión). Por último, el daño es, sin embargo, el mismo: ese desmedro patrimonial, fruto nocivo del hecho ilícito. Ilícitud, culpabilidad y daño, son pues también los presupuestos de la responsabilidad civil del estado. Y, por supuesto, entre el daño y el hecho ilícito debe acreditarse una relación de causa a efecto, como lo establece claramente el art. 90 CN.

No es, pues, en este campo el derecho administrativo “autónomo”, sino que es tributario –desde una perspectiva particular, desde luego– del derecho común (art. 2 CC). No hay normas especiales (art. 5.1 Ley 57 de 1887 y art. 3 Ley 153 de 1887), sino una mixtura, una mezcla particular de las dos tradicionales ramas del derecho. La responsabilidad civil del Estado es, pues, el lugar de encuentro del derecho público y del derecho privado: de la soberanía y de la autonomía de la voluntad; del principio de legalidad y de la libertad.

Por ello, la falla del servicio es, ha sido, y seguirá siendo, la fuente principal y común de la responsabilidad civil del Estado, que se presenta por un incumplimiento en el funcionamiento normal del servicio³, el desconocimiento de una obligación a cargo del Estado⁴ o, en términos generales, la violación de la ley⁵. Bajo este régimen de responsabilidad subjetiva, al demandante le corresponde demostrar (i) un daño, (ii) una conducta activa u omisiva de la administración y (iii) la relación de causalidad entre esta y aquél. La conducta constitutiva de falla del servicio debe ser tardía, irregular, ineficiente o ausente⁶.

Determinar el contenido obligacional a cargo del Estado exige que se identifiquen las leyes o reglamentos que gobiernan la actividad pública que se alega como causa del daño⁷. La falla del servicio surge, entonces, a partir de la comparación entre los deberes del Estado frente a una función determinada -marco normativo-

³ Cfr. Corte Suprema de Justicia, sentencia del 21 de agosto de 1939 [fundamento jurídico párrafo 4], en Gaceta n°. XLVIII p. 63, y Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 30 de septiembre de 1960, Rad. [fundamento jurídico 2], en Gaceta n°. LXIII de 1961 pp. 392-395, y sentencia del 28 de octubre de 1976, Rad. 1482 [fundamento jurídico p. 743], en *Antología Jurisprudencias y Conceptos, Consejo de Estado 1817-2017 Sección Tercera Tomo B*, Bogotá, Imprenta Nacional, 2018, p. 32 y 33, disponible en <https://bit.ly/3gjjduK>.

⁴ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 28 de octubre de 1976, Rad. 1482 [fundamento jurídico 3], en *Antología Jurisprudencias y Conceptos, Consejo de Estado 1817-2017 Sección Tercera Tomo B*, Bogotá, Imprenta Nacional, 2018, pp. 32 y 33, disponible en <https://bit.ly/3gjjduK>.

⁵ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 3 de marzo de 1975, Rad. 1389 [fundamento jurídico 8], en *Antología Jurisprudencias y Conceptos, Consejo de Estado 1817-2017 Sección Tercera Tomo B*, Bogotá, Imprenta Nacional, 2018, p. 13, disponible en <https://bit.ly/3gjjduK>.

⁶ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 28 de octubre de 1976, Rad. 1482 [fundamento jurídico 2], en *Antología Jurisprudencias y Conceptos, Consejo de Estado 1817-2017 Sección Tercera Tomo B*, Bogotá, Imprenta Nacional, 2018, pp. 32 y 33, disponible en <https://bit.ly/3gjjduK>.

⁷ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 30 de marzo de 1990, Rad. 3510 [fundamento jurídico 2 y 3], en *Antología Jurisprudencias y Conceptos, Consejo de Estado 1817-2017 Sección Tercera Tomo B*, Bogotá, Imprenta Nacional, 2018, p. 43, disponible en <https://bit.ly/3gjjduK>.

y la conducta asumida en el caso concreto.

Retención y custodia de mercancías en investigación penal aduanera

7. Para la fecha de los hechos, el Fondo Rotatorio era un establecimiento público adscrito al Ministerio de Hacienda y Crédito Público encargado, entre otras, de recibir y mantener, en calidad de depositario, todas las mercancías que fueran retenidas por las autoridades competentes por presunto contrabando y cumplir las obligaciones legales para los depositarios; enajenar las mercancías que la autoridad competente hubiera declarado de contrabando y aquellas que de acuerdo con la ley pudieran ser vendidas antes de la decisión o devolverlas cuando la autoridad lo ordenara, según el artículo 4 literales j,k,m. del Decreto 1151 de 1976.

Conforme al Estatuto Penal Aduanero vigente para la fecha de los hechos, Decreto 51 de 1987, la decisión sobre la enajenación de las mercancías la tomaría el juez siempre que existiera prueba de la materialidad del delito y ello se comunicaría al Fondo Rotatorio de Aduanas, según el artículo artículo 63. Una vez comunicada la orden del juez, el Fondo debía dar preferencia a la venta directa y entregaría el dinero recaudado a quien ordenara la autoridad judicial. La entidad depositaria podía enajenar directamente, lo más pronto posible las cosas perecederas, como los equipos de computación y sus elementos periféricos, de acuerdo con el artículo 64. Si no era posible la venta directa, el juez ordenaría el remate de la mercancía, conforme a las normas del CPC, sobre la base del avalúo judicial, por conducto del Fondo Rotatorio de Aduanas o del Banco Popular Martillo, como lo ordenaba el artículo 65 del estatuto.

8. Como el secuestro de bienes que ejercen entidades públicas no tiene una regulación especial de derecho público, son aplicables las disposiciones del derecho privado sobre el acto jurídico del depósito, contenidas en el CC y el CPC⁸. En ausencia de una disposición especial, debe acudirse a la que tenga carácter general. Según el artículo 2253 CC el depositario está obligado a la restitución de la misma cosa o cosas individuales que se han confiado en depósito.

9. Según la demanda, la DIAN incurrió en falla del servicio, pues enajenó, sin

⁸ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 1 de noviembre de 2001, Rad.13.185 [fundamento jurídico a.5], en *Antología Jurisprudencias y Conceptos, Consejo de Estado 1817-2017 Sección Tercera Tomo B*, Bogotá, Imprenta Nacional, 2018, p. 164, disponible en <https://bit.ly/3gjjduK>.

orden judicial, la mercancía retenida por presunto contrabando. En consecuencia, cuando el juez declaró la legalidad de la mercancía y ordenó su devolución, la entidad no devolvió los bienes.

Está acreditado que el 16 y 17 de junio de 1986, el Resguardo Nacional de Aduanas incautó una mercancía de propiedad de Pedro José Cortés por presunto contrabando y la ingresó al almacén del Fondo Rotatorio de Aduanas de Barranquilla [hechos probados 5.1 y 5.2]. En el proceso penal, el 12 de abril de 1988, el Juzgado Primero de Instrucción Penal Aduanero de Barranquilla declaró que la mercancía no era de contrabando, cesó todo procedimiento contra los investigados y ordenó la entrega de los bienes. El Tribunal Superior de Aduanas de Bogotá, en grado de consulta, confirmó esta decisión [hechos probados 5.3 y 5.4].

El juzgado ofició al almacenista del Fondo Rotatorio de Aduanas y le ordenó entregar la mercancía al apoderado del propietario [hecho probado 5.5]. Sin embargo, el almacenista informó que los bienes, consistentes en repuestos de automotores usados, habían sido enajenados y traspasados al Banco Popular Martillo y subastados públicamente en los remates n°. 317 del 25 de agosto de 1987, n°. 318 del 22 de septiembre de 1987 y n°. 319 del 8 de octubre de 1987 [hecho probado 5.6]. Pedro José Cortés interpuso demanda ejecutiva contra el Fondo Rotatorio de Aduanas, para que entregara los bienes o pagara la indemnización compensatoria y moratoria, pero la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá, en segunda instancia, declaró probada la excepción de inexistencia del título ejecutivo y terminó el proceso [hechos probados 5.7 a 5.9].

Así las cosas, se probó que el Fondo Rotatorio de Aduanas era el depositario legal de las mercancías de propiedad de Pedro José Cortés, incautadas por presunto contrabando. Se acreditó que esa entidad, sin orden judicial y sin encontrarse en el evento establecido en la ley –art. 64 Decreto 51 de 1987–, enajenó y remató los bienes. También se demostró que cuando el Juzgado Primero de Instrucción Penal Aduanero de Barranquilla declaró la legalidad de la mercancía y ordenó su devolución, el Fondo Rotatorio de Aduanas no devolvió los bienes. En consecuencia, el Fondo Rotatorio de Aduanas, como depositario legal de las mercancías, incurrió en falla del servicio, pues incumplió la obligación de devolver los bienes (art. 2253 CC, art. 4 D. 1151 de 1976 y art. 1º D. 1520 de 1984) que estaban bajo su custodia jurídica y material y los remató sin orden judicial. Por

ello, se confirmará la sentencia apelada.

Indemnización de perjuicios

10. La demanda solicitó 1.000 gramos oro por **perjuicios morales**. La sentencia de primera instancia negó el reconocimiento de estos perjuicios, por falta de prueba. En el proceso declararon Ernesto Páez Díaz (f. 28 a 30 c. 1), Liborio Bermúdez Clavijo (f. 30 a 32 c. 1) y Carlos Julio Rodríguez Riveros (f. 32 a 34 c. 1) –amigos de Pedro José Cortés– que dieron cuenta de su actividad económica, pero no declararon sobre el perjuicio moral solicitado en la demanda. Como no obran pruebas que acrediten ese perjuicio, se confirmará la sentencia apelada en ese aspecto.

11. La demanda solicitó \$100.000.000 por el valor de la mercancía rematada, por **daño emergente**. La sentencia de primera instancia reconoció \$303.382.514,43 por este concepto. La demandante, en el recurso de apelación, solicitó cuantificar este perjuicio con base en el dictamen pericial practicado en este proceso, sin incluir su ampliación y aclaración, o en el dictamen del proceso ejecutivo. La DIAN solicitó tomar la suma establecida en la decisión del Tribunal Superior de Aduanas, al confirmar la legalidad de la mercancía.

11.1. En el proceso se decretó y practicó un dictamen pericial para demostrar la cuantía de estos perjuicios (f. 174 a 179 c. 1). El artículo 233 CPC dispone que la peritación constituye un medio de prueba a través del cual se constatan hechos relevantes para el litigio, que exigen de especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos. La ley procesal determina que la pericia debe contener dos partes relacionadas entre sí: el proceso cognoscitivo y las conclusiones. El primero supone una relación detallada de las operaciones practicadas y de sus resultados, exigencia lógica que implica brindar una explicación clara sobre cuáles fueron los instrumentos, materias y sustancias empleadas, que constituyen el soporte y garantía de credibilidad de sus conclusiones. El segundo, impone que tales conclusiones se ajusten a los principios de la ciencia, arte o técnica aplicada y respondan de forma concreta, clara, ordenada y sin ambigüedades a todos los puntos sometidos a su consideración por las partes.

Las conclusiones del dictamen deben tener justificación no solo en la opinión del experto, sino en soportes que ofrezcan respaldo a su labor. Estos soportes brindan firmeza al dictamen y el perito puede acudir a exámenes o investigaciones

que le permitan elaborar un concepto preciso y detallado, tal como lo prevé el artículo 237.6 CPC. El artículo 241 CPC establece que el juez deberá analizar su conducencia en relación con el hecho que se pretende probar; la competencia del perito, esto es que sea un experto en la materia técnica analizada; que no haya motivos para dudar de su imparcialidad; que no se acredite objeción por error grave; que esté debidamente fundamentado, con conclusiones claras y precisas; que se haya permitido su contradicción y que otras pruebas no lo desvirtúen.

En concordancia, el artículo 238.6 CPC dispone que las partes podrán objetar el dictamen pericial por error grave. El error grave debe ser determinante en las conclusiones a las que llegaron los peritos y de tal magnitud que el juez no puede tenerlo en cuenta en la sentencia, pues el perito cambió las cualidades del objeto examinado o tomó por objeto una cosa fundamentalmente distinta a la que es materia de estudio.

La DIAN objetó el dictamen pericial. Sostuvo que los peritos incurrieron en error grave, porque debían tomar como precio base el valor de remate de la mercancía y ese monto no estaba acreditado en el expediente. Agregó que los peritos tomaron el valor señalado en el proceso penal aduanero -\$12.631.000-, sin tener en cuenta que el demandado no fue parte y no pudo controvertir la prueba. Los argumentos de la demandada no corresponden a un error grave sino, más bien, a una contradicción de los fundamentos y soportes de la experticia. Sus objeciones no implican que los peritos hayan examinado calidades diferentes del objeto o uno diferente. Como el dictamen no incurrió en error grave, no prospera la objeción formulada por la DIAN al dictamen pericial.

Los peritos avaluaron la mercancía rematada en \$93.040.657,91 y cuantificaron ese valor según el precio establecido en los recibos de retención de mercancía n°. 4963 a 4966, proferidos por la Dirección del Resguardo Nacional, esto es, \$18.990.800 [hecho probado 5.2]. El Tribunal ordenó de oficio la aclaración y ampliación del dictamen, en el sentido de tener como precio base el avalúo practicado en el proceso penal aduanero, esto es, \$12.631.000. Los peritos calcularon, entonces, el valor de la mercancía en \$58.989.301 (f. 371 a 374 c. 1).

La Sala observa que: (i) el avalúo inicial –antes de la ampliación y aclaración– se realizó según el valor establecido unilateralmente por la Dirección del Resguardo Nacional en los recibos de retención de la mercancía. Esa cuantificación no fue objeto de contradicción en el trámite aduanero y el dictamen no presentó soportes

que justifiquen utilizar esa cifra; y (ii) los peritos no aportaron los exámenes o investigaciones que utilizaron y que les permitieron concluir que el precio de la mercancía rematada era el incluido en los recibos de retención. La Sala no acoge el dictamen pericial en ese punto, pues su fundamento carece de firmeza y precisión según los artículos 233, 237 y 241 CPC.

11.2. Está acreditado que en el proceso penal aduanero, el Juzgado Primero de Instrucción Penal Aduanero profirió sentencia el 12 de abril de 1988, que fue confirmada el 9 de agosto de 1988 por el Tribunal Superior de Aduanas [hechos probados 5.3 y 5.4]. En ese proceso, a través del dictamen pericial rendido por el aforador de aduanas, se estableció que la mercancía incautada tenía un valor de \$12.631.000. La DIAN sostuvo que no puede tomarse el valor señalado en el proceso penal aduanero –\$12.631.000–, porque la entidad demandada no fue parte y no pudo controvertir esa prueba.

No obstante, según el numeral 3º del artículo 63 del Decreto 955 de 1970, Estatuto Penal Aduanero vigente al momento en que inició la investigación penal aduanera –1986–, el Director General de Aduanas y los Administradores de Aduanas eran intervinientes en el proceso penal aduanero, podían solicitar pruebas, presentar alegatos, interponer recursos y pronunciarse respecto del carácter de contrabando de la mercancía, su valor, su destino, entre otros aspectos. En concordancia, el artículo 74 preveía que el juez, en el auto cabeza del proceso o al día siguiente de la aprehensión, ordenaba el avalúo de la mercancía, por perito designado. Del dictamen se corría traslado a las partes por el término de tres días, para su aclaración, ampliación u objeción.

El dictamen que sustentó el precio avaluado en las providencias del proceso penal aduanero fue puesto a disposición de las partes –entre ellas, Pedro José Cortés como investigado, y la Dirección General de Aduanas– y no lo objetaron. Como está acreditado, entonces, que la mercancía tenía un valor de \$12.631.000, a la fecha de ejecutoria de la sentencia que terminó el proceso penal aduanero, la Sala tomará ese valor y lo actualizará según la siguiente fórmula:

$$V_p = V_h \times \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}}$$

Donde:

V_p= Valor presente

V_h= Valor histórico

Índice final a la fecha de esta sentencia: 108,84 (mayo 2021)

Índice inicial⁹ al momento de la ejecutoria de la sentencia penal aduanera: 4,32 (agosto de 1988)

$$V_p = \$12.631.000 \times \frac{108,84 \text{ (mayo 2021)}}{4,32 \text{ (agosto 1988)}} = \$318.231.028$$

De otra parte, el 14 de octubre de 2003, la DIAN informó que por Resolución n°. 12538, en sede administrativa, reconoció a Pedro José Cortés la suma de \$446.315, por concepto de devolución del valor de una mercancía -2 motores usados- (f. 367 c. 1). La Sala no descontará dicho valor de la condena, pues la demandada no individualizó plenamente los bienes y no acreditó que hicieran parte de la mercancía retenida, rematada y que es objeto de este proceso.

12. La demanda solicitó la suma que resultara probada en el proceso por **lucro cesante**. La sentencia de primera instancia negó este perjuicio. La demandante, en el recurso de apelación, solicitó reconocerlo conforme al dictamen pericial practicado antes de la aclaración y ampliación decretada de oficio. La DIAN solicitó negar este perjuicio, pues el dictamen pericial no fue fundamentado en debida forma.

En el dictamen pericial [núm. 11], los peritos cuantificaron el lucro cesante en \$721.089.483. Los expertos tuvieron en cuenta la tasa de interés legal (art. 1617 CC) y un 15% de rendimiento o productividad “de acuerdo al sondeo de mercado” que realizaron. Luego, en la aclaración y ampliación decretada de oficio (f. 371 a 374 c. 1), tomaron la tasa de interés legal (6%) incrementada en 1.5% como “posible factor de rentabilidad” y obtuvieron \$20.857.495.

La Sala advierte que los porcentajes y cifras en la experticia y su aclaración y ampliación no tienen fundamento ni soporte, pues los peritos no allegaron documentación que respalde lo afirmado o que permita establecer la forma en que obtuvieron esos montos. El dictamen no evidencia un verdadero estudio de la utilidad y rentabilidad que pudo haber generado la venta de los repuestos retenidos, es decir, no hay procedimiento contable alguno que de cuenta de los valores tomados por los peritos. No se discriminaron los costos asociados a la importación de la mercancía (fletes, aranceles, impuestos, seguros, transporte, etc.), ni los gastos de funcionamiento en que incurría Pedro José Cortés para vender los repuestos. En tal virtud, la Sala no acoge el dictamen pericial porque carece de fundamento y soporte y no tiene eficacia probatoria a la luz de lo

⁹ Estos factores corresponden a los índices de precios al consumidor que pueden ser consultados en el Banco de la República: <http://www.banrep.gov.co/es/ipc>.

dispuesto en los artículos 233 y 241 del CPC. Por ello, confirmará la sentencia apelada en este aspecto.

13. Según el artículo 171 CCA, modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, no hay lugar a condenar en costas, porque no se evidencia que las partes hayan actuado con temeridad o mala fe.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: MODIFÍCASE el numeral segundo de la sentencia del 22 de octubre de 2008 proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, el cual quedará así:

CONDÉNASE a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN- a pagar a Pedro José Cortés la suma de trescientos dieciocho millones doscientos treinta y un mil veintiocho pesos (\$318.231.028), por concepto de daño emergente.

SEGUNDO: CONFÍRMASE en todo lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: Sin condena en costas.

CUARTO: CÚMPLASE lo dispuesto en esta providencia, en los términos establecidos en los artículos 176 y 177 CCA.

QUINTO: ACÉPTASE la renuncia al poder presentada por el doctor Mauricio Alexander Dávila Valenzuela, apoderado de la parte demandada, de conformidad con el artículo 69 CPC. **RECONÓCESE** personería al doctor Pablo Nelson Rodríguez Silva como apoderado de la parte demandada, de conformidad con el artículo 67 CPC.

SEXTO: En firme esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal para su cumplimiento y expídanse a la parte actora las copias auténticas con las constancias pertinentes conforme a la ley.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS
Presidente de la Sala

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE

NICOLÁS YEPES CORRALES