

**ACCION DE REPARACION DIRECTA - Incumplimiento de pago de subsidios de servicios públicos domiciliarios por parte del Ministerio de Hacienda y Ministerio de Minas y Energía / ACCION DE REPARACION DIRECTA - No condena. No se demostró que se haya incurrido en la omisión del pago**

Los presupuestos fácticos del libelo introductorio guardan relación con la alegada falta de pago a favor de la empresa demandante, de los dineros que la Nación- Ministerios de Minas y Energía y de Hacienda y Crédito Público- debía transferirle a dicha empresa por concepto de subsidios para usuarios de menores ingresos del servicio público domiciliario de energía, regulado por los artículos 14, 67 y 99 de la Ley 142 de 1993 y los artículos 23 y 47 de la Ley 143 de 1993, así como por las resoluciones expedidas por la CREG, en cuanto tiene que ver con las sumas correspondientes al mencionado rubro para los años 1995 a 1997, las cuales habrían sido giradas a la empresa demandante después de expirados los plazos fijados en la referida Ley 142 de 1993 y las respectivas resoluciones expedidas por la CREG, omisiones que son constitutivas de una falla del servicio imputable a la demandada.(...) Las pretensiones relativas a este extremo de la litis carecen de vocación de prosperidad habida cuenta que no está demostrado que la entidad demandada hubiere incurrido en la omisión a la que alude la demanda respecto del pago de los dineros a los cuales presuntamente tenía derecho la entidad demandante por concepto de subsidios otorgados a los usuarios del servicio público domiciliario de energía, durante el período señalado en el libelo introductorio. En consecuencia, la Sala revocará los numerales tercero y cuarto de la providencia apelada.

**FUENTE FORMAL:** LEY 142 DE 1993 - ARTICULOS 14, 67,99; LEY 143 DE 1993 – ARTICULO 23 / LEY 143 DE 1993 – ARTICULO 47

**CADUCIDAD - Acción de reparación directa. Vigencia fiscal es terminada a 31 de diciembre de cada año / CADUCIDAD - No operó para vigencia fiscal de los años 1996 y 1997 / CADUCIDAD - Operó para la vigencia fiscal del año 1995**

En este orden de ideas y de cara al extremo temporal a tener en cuenta para contabilizar la caducidad de la acción, se concluye que el supuesto perjuicio o daño antijurídico se configura individualmente para cada vigencia fiscal, es decir que cerrada la ejecución del año fiscal a 31 de diciembre de cada anualidad, al día siguiente se predica la existencia del hecho generador, por ello para la interrupción de la caducidad debió presentarse la demanda, descontando el término de la vacancia judicial, hasta el primer día hábil siguiente a los dos años en que se podían desembolsar los recursos por parte de la Nación, esto es al 11 de enero de siguiente de cada año fiscal, cosa que ocurrió en el presente caso en el que se incoó la demanda el 7 de octubre de 1998, razón por la cual debe concluirse que se realizó dentro del término concedido por la ley para el efecto respecto de las pretensiones frente a los años 1996 y 1997.(...) No obstante, respecto del año 1995 se advierte que operó la caducidad de la acción; en efecto, teniendo en cuenta que en el sub lite las pretensiones de la demanda se refieren a los faltantes del monto de los subsidios reconocidos a los usuarios del servicio público domiciliario de energía eléctrica que debieron pagarse por las vigencias fiscales de los años 1995, 1996 y 1997, ello implica que desde el 1º de enero del año siguiente a cada anualidad solicitada se configura el hecho generador del daño y para la primera vigencia fiscal reclamada. Así pues, se tiene que frente a la referida al año de 1995, el hecho generador del presunto daño se estructuró el 1º de enero de 1996, circunstancia que significa que la demanda podía presentarse

hasta el 1º de enero de 1998, pero teniendo en cuenta que en dicho día la autoridad judicial competente para conocer del asunto se encontraba en vacancia judicial, debía incoarse el primer día abril siguiente a su vencimiento, esto es el 11 de los mismos mes y año y, comoquiera que en el presente caso se realizó el 7 de octubre del citado año, se tiene que la acción de reparación directa respecto de ese año caducó.(...) Con fundamento en lo anteriormente expuesto, la Sala modificará el numeral segundo de la sentencia apelada, en tanto se declarará la caducidad de la acción en relación con las pretensiones correspondientes al año 1995.

**NOTA DE RELATORIA:** Sobre el tema puede consultarse la sentencia del 27 de junio de 2013, exp. 27467

**PRUEBAS - Dictamen pericial / DICTAMEN PERICIAL - Definición, concepto, noción / DICTAMEN PERICIAL - Clases de peritos: Perito Percipiendi y perito deducendi**

La peritación constituye una actividad procesal desarrollada, en virtud de encargo judicial, con la controversia ante y la aprobación de la instancia judicial, por personas distintas de las partes intervinientes en el proceso, especialmente calificadas por sus conocimientos técnicos, artísticos o científicos; actividad cuyo objeto no es otro que el de proveer al juez argumentos o razones para la formación de su convicción respecto de ciertos hechos o, incluso, respecto de algunos elementos normativos incluidos en el Derecho aplicable al supuesto específico objeto de controversia en el proceso, hechos o elementos normativos cuya percepción o cuyo entendimiento escapa o resulta dificultoso al común de los individuos.(...) En consonancia con cuanto se viene exponiendo, resulta pertinente precisar, entonces, que desde el punto de vista de la función que dentro del proceso puede desplegar el dictamen pericial, cabe sostener la existencia de (i) los denominados peritos percipiendi, cuya labor se contrae a verificar la existencia o las características de los elementos fácticos de naturaleza técnica, científica o artística cuya incorporación al expediente resulta indispensable para resolver el fondo de la litis, de suerte que, en estos casos, el dictamen es, sin duda, un medio para la comprobación de hechos y de (ii) los llamados peritos deducendi, cuyo quehacer tiene por objeto aplicar las reglas técnicas, artísticas, científicas o de la experiencia especializada de las cuales se trate, a los hechos verificados en el proceso a través de cualquier medio de prueba, con el propósito de deducir de aquellos las consecuencias, las causas, las calidades o los valores que se investigan, de suerte que este tipo de peritos efectúan dos clases de operaciones, a saber: a) enuncian los conocimientos técnicos, artísticos, científicos o las reglas de la experiencia pertinentes y b) las aplican a los hechos probados en el proceso, a fin de llevar a cabo las deducciones o extraer las conclusiones que correspondan.

**NOTA DE RELATORIA:** Al respecto puede consultarse las sentencias del 23 de julio de 2014, exp. 28157 y la sentencia del 31 de octubre de 1997, exp. 28384

**PRUEBAS - Dictamen pericial / DICTAMEN PERICIAL - No se tendrá como medio probatorio**

Aclara la Sala no conferirle mérito probatorio alguno al dictamen en cuestión para sustentar las pretensiones de la demanda y no el hecho de que los documentos aportados como anexos a la aludida peritación, por parte de los peritos, fuesen copias simples, pues según se explicó, igualmente, en el apartado anterior, en parte alguna la ley establece o exige que al dictamen deban acompañarse,

obligatoriamente, la totalidad de elementos, cosas, documentos o personas que los peritos hubieren examinado para efectos de rendir su calificado concepto, como tampoco señala la obligatoriedad de presentar tales anexos como parte del dictamen ni les otorga el carácter de elementos de la esencia o de la validez del mismo, de cuyo aporte pudiere pender la existencia o la legalidad del experticio. (...) El cuadro de situación descrito lleva a la Sala a concluir que, en el sub lite, no existe prueba idónea de la mora que se endilga a la entidad demandada y, en consecuencia, se echa de menos elemento demostrativo suficiente del daño que la parte actora aduce que se le ha irrogado, de manera tal que se encuentra ausente de acreditación uno de los elementos insoslayables para que proceda la declaratoria de responsabilidad patrimonial del Estado.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCION TERCERA**

**SUBSECCION A**

**Consejero ponente: HERNAN ANDRADE RINCON**

Bogotá, D. C., veintinueve (29) de octubre de dos mil catorce (2014).

**Radicación número: 25000-23-26-000-1998-02614-01(27861)**

**Actor: EMPRESA DE ENERGIA DEL PACIFICO S.A. EPSA E.S.P.**

**Demandado: NACION - MINISTERIO DE HACIENDA Y OTRO**

**Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA (APELACION SENTENCIA)**

Decide la Sala los recursos de apelación interpuestos por las partes contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sala de Descongestión, el 3 de marzo de 2004, mediante la cual se adoptaron las siguientes declaraciones y condenas:

*“1º) Declárase probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva respecto de la Comisión de Regulación de Gas y Energía CREG por las consideraciones precedentes.*

*2º) Declarar probada la excepción de caducidad de la acción respecto de las pretensiones correspondientes a los años 1995 y 1996.*

*3º) Declárase administrativa y solidariamente responsables a la Nación - Ministerio de Minas y Energía - Ministerio de Hacienda y Crédito Público conforme a las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia.*

4°) Como consecuencia de la anterior declaración, Condénase solidariamente a la Nación - Ministerio de Minas y Energía y Ministerio de Hacienda y Crédito Público a pagar a favor de la Empresa del Pacífico S.A. EPSA E.S.P., la suma de veinticuatro mil cuatrocientos veintiún millones novecientos cinco mil pesos (\$ 24.421'905.000), por concepto de los perjuicios materiales que se le ocasionaron en la modalidad de renta actualizada.

5°) Niéganse las demás pretensiones de la demanda.

6°) Súrtase el grado jurisdiccional de consulta en caso de que la sentencia no fuere apelada.

7°) Sin condena en costas”.

## **I. ANTECEDENTES**

### **1.1.- La demanda y su trámite.**

En escrito presentado el 7 de octubre de 1998 por conducto de apoderado judicial, la Empresa de Energía del Pacífico S.A. EPSA E.S.P. interpuso demanda en ejercicio de la acción de reparación directa contra la Nación - Ministerio de Minas y Energía y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con el fin de que se accediera a las siguientes declaraciones y condenas:

*“1°) Se declare que la Nación (Ministerio de Minas y Energía y de Hacienda y Crédito Público), son responsables civilmente, por no reconocer y pagar a la Empresa de Energía del Pacífico S.A. EPSA E.S.P. la totalidad de los subsidios otorgados a los usuarios del servicio público domiciliario de energía, correspondientes a los años 1995, 1996 y 1997.*

*2°) Que como consecuencia de la anterior declaración, se condene a la Nación - Ministerio de Minas y Energía y Ministerio de Hacienda y Crédito Público, a reparar todos los daños y perjuicios sufridos por la Empresa de Energía del Pacífico S.A. EPSA E.S.P. derivados del incumplimiento de la obligación de pagar los subsidios otorgados a los usuarios residenciales del servicio público domiciliario de energía, correspondientes a los años 1995, 1996 y 1997, así:*

1) *Daño Emergente:*

a) *La suma de veintitrés mil setecientos setenta millones de pesos (\$23.770'000.000), que corresponde al valor de los aportes dejados de pagar por la Nación a EPSA E.S.P., por concepto del faltante de la totalidad de los subsidios reconocidos durante el año 1995, o en su defecto la suma que determinen los peritos en el curso del proceso, o en el momento de la liquidación de la condena.*

b) *La suma de veintiún mil cuatrocientos cuarenta y dos millones de pesos (\$21.442'000.000) que corresponde al valor de los aportes dejados de pagar por la Nación a EPSA E.S.P. por concepto del faltante de la totalidad de los subsidios reconocidos durante el año 1996 o, en su defecto, la suma que determinen los peritos en el curso del proceso, o en el momento de la liquidación de la condena.*

c) *La suma de treinta y cuatro mil quinientos noventa millones de pesos (\$34.590'000.000) que corresponde al valor de los aportes dejados de pagar por la Nación a EPSA E.S.P. por concepto del faltante de la totalidad de los subsidios reconocidos durante el año 1997, o en su defecto la suma que determinen los peritos en el curso del proceso, o en el momento de liquidación de la condena.*

2) *Lucro cesante.*

*Por concepto de lucro cesante la suma equivalente al interés bancario corriente que habrían devengado las sumas anteriores, calculada desde el momento en que la nación debió realizar el pago, hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia.*

3°) *La suma que se determine como valor de los perjuicios en la modalidad de daño emergente, causados a mis representados, deberá ser actualizada desde el momento que se causaron hasta el de la ejecutoria de la sentencia definitiva o de la providencia que apruebe el incidente de regulación de perjuicios, según sea el caso, conforme al incremento del índice de precios al consumidor que certifique el DANE.*

4°) *Se sirva declarar que las condenas líquidas de dinero contenidas en la sentencia devengarán intereses comerciales corrientes durante los primeros seis (6) meses después de la ejecutoria de la sentencia, e intereses comerciales moratorios a partir de dicho período”.*

En similares términos y por los mismos conceptos se formularon pretensiones subsidiarias, sólo que, por diferentes montos de dinero.

Los **presupuestos fácticos** del libelo introductorio guardan relación con la alegada falta de pago a favor de la empresa demandante, de los dineros que la Nación- Ministerios de Minas y Energía y de Hacienda y Crédito Público- debía transferirle a dicha empresa por concepto de subsidios para usuarios de menores ingresos del servicio público domiciliario de energía, regulado por los artículos 14, 67 y 99 de la Ley 142 de 1993 y los artículos 23 y 47 de la Ley 143 de 1993, así como por las resoluciones expedidas por la CREG, en cuanto tiene que ver con las sumas correspondientes al mencionado rubro para los años 1995 a 1997, las cuales habrían sido giradas a la empresa demandante después de expirados los plazos fijados en la referida Ley 142 de 1993 y las respectivas resoluciones expedidas por la CREG, omisiones que son constitutivas de una falla del servicio imputable a la demandada<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Fls. 2 a 29 C. 1.

La demanda así formulada fue admitida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante proveído de fecha 12 de noviembre de 1998, el cual se notificó en legal forma a la entidad demandada y al Ministerio Público<sup>2</sup>.

**1.2.-** La Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público contestó la demanda dentro de la respectiva oportunidad procesal y se opuso a la prosperidad de las pretensiones formuladas. Como razones de su defensa manifestó que lo realmente deprecado por la parte actora es la inconstitucionalidad de las leyes anuales de presupuesto, en lo referente a la incorporación de las rentas, propósito para el cual no resulta procedente ejercer la acción de reparación directa. En consecuencia, consideró que en el *sub lite* se presenta falta de jurisdicción, toda vez que, de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 241.4 de la Constitución Política, el conocimiento de las demandas de inconstitucionalidad contra las leyes es de la competencia exclusiva de la Corte Constitucional.

Adicionalmente, la demandada adujo que, a su entender, en el *sub judice* operó la caducidad de la acción de reparación directa en relación con los giros efectuados dos años antes de la fecha de presentación de la demanda.

Culminó sosteniendo, respecto de la afirmación que se efectúa en la demanda en el sentido de que no se han realizado los giros correspondientes a los subsidios a los que alude la demanda, que tal aseveración no es más que una apreciación de la parte actora, comoquiera que no se aportan pruebas que acrediten la ocurrencia de la alegada falta de pago; por el contrario, señala la entidad accionada que los giros en cuestión fueron realizados dentro de los términos legalmente establecidos<sup>3</sup>.

A su turno, la Nación Ministerio de Minas y Energía relacionó las normas sobre el manejo del presupuesto y afirmó que la reserva presupuestal es el mecanismo con el cual se respeta el principio de legalidad del gasto, prohibiendo que se realicen gastos por encima de los montos máximos autorizados por la ley anual de presupuesto, exigencia consagrada en la Ley Orgánica de Presupuesto y que se muestra acorde con lo dispuesto en los artículos 345 y 368 de la Constitución que establecen que la Nación podrá incluir en el presupuesto partidas para subsidios

---

<sup>2</sup> Fls. 77 a 82 C. 1.

<sup>3</sup> Fls. 119 a 131 C. 1.

en el evento de contar con los recursos necesarios para ello, cuya vigencia es de un año.

Adujo que, conforme a lo reglado en el artículo 67.4 de la Ley 142 de 1994, los recursos para el subsidio por menores tarifas se programan a través de gastos de inversión, de acuerdo con la disponibilidad de recursos y todo dentro de los parámetros aplicables al plan de gastos del Estado.

Citó diferentes normas para sostener que, de no ser suficiente la apropiación asignada por la Nación, deberán concurrir las apropiaciones efectuadas por las entidades territoriales para realizar su compensación, lo que significa la existencia de una responsabilidad compartida y sí aun así estos son insuficientes, ha de tenerse en cuenta que existe el mecanismo alterno del reajuste tarifario.

Expresó que al demandarse –como en este caso se hace- la no inclusión de los recursos necesarios para el pago de subsidios desde el año de 1995, dicho cuestionamiento recae sobre la ley anual de presupuesto y ello no puede efectuarse a través de la acción de reparación directa, pues se trata de una demanda de inconstitucionalidad respecto de la cual carecerían de competencia los jueces de lo contencioso administrativo.

Finalmente, agregó que la acción de reparación directa caduca en dos años contados a partir del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa, por lo que, a su juicio, para el presente caso habría caducado respecto de los dos años anteriores a la presentación de la demanda<sup>4</sup>.

La Comisión de Regulación de Gas y Energía Eléctrica (CREG), fue notificada de la demanda y presentó recurso de reposición contra dicho proveído, el cual fue rechazado por extemporáneo mediante auto fechado el 24 de junio de 1999<sup>5</sup>.

**1.3.-** Vencido el período probatorio, dispuesto en providencia proferida el 19 de agosto de 1999 y fracasada la etapa de conciliación, el Tribunal de primera instancia, mediante auto de 30 de enero de 2001, dio traslado a las partes para

---

<sup>4</sup> Fls. 99 a 117 C. 1.

<sup>5</sup> Fls. 86 a 90 y 157 C. 1.

presentar alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto<sup>6</sup>.

Dentro de la respectiva oportunidad procesal las partes reiteraron los argumentos expuestos tanto en la demanda como en la contestación de la misma. Por su parte, el Ministerio Público guardó silencio<sup>7</sup>.

La Comisión de Regulación de Gas y Energía Eléctrica (CREG), manifestó que, a pesar de no ser la entidad llamada a responder por el presunto daño que fundamentó la presente acción de reparación directa, toda vez que no se cuestionaba de forma alguna los actos administrativos expedidos por dicha entidad, coadyuvaba las excepciones propuestas por las demás demandadas<sup>8</sup>.

#### **1.4.- La sentencia de primera instancia.**

Cumplido el trámite legal correspondiente, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Sala de Descongestión, profirió sentencia el 3 de marzo de 2004, oportunidad en la cual declaró no probadas las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva respecto de la Comisión de Regulación de Gas y Energía CREG, al tiempo que declaró la caducidad de la acción en relación con las pretensiones correspondientes a los años 1995 y 1996.

En consecuencia, declaró a la Nación -Ministerios de Minas y Energía y de Hacienda y Crédito Público- patrimonialmente responsable por los perjuicios ocasionados a la entidad demandante por la omisión del pago de los subsidios para usuarios de menores ingresos del servicio público domiciliario de energía para el año 1997. Al respecto el *a quo* se manifestó en los siguientes términos:

*“De lo anterior se vislumbra una falla del servicio por parte del Ministerio de Minas y Energía y del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, por cuanto la ley es clara en establecer la obligación de identificar el monto de los subsidios que debe dar la Nación, los criterios con los cuales deben asignarse y el deber de hacer la propuesta del caso en la preparación del presupuesto nacional, por parte del Ministerio de Minas y Energía y la carga de apropiar en el presupuesto de rentas y ley de apropiaciones los recursos necesarios para el pago de los subsidios por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.*”

---

<sup>6</sup> Fls. 163, 205 C. 1.

<sup>7</sup> Fls. 205 a 243 C. 1.

<sup>8</sup> Fls. 244 a 260 C. 1.



*Se observa que la Empresa de Energía del Pacífico S.A. cumplió los parámetros señalados en las resoluciones de la Comisión de Regulación de Energía y Gas Nos. 080/95, 112/96 y 078/97, vigentes al momento de fijar los montos de los subsidios a los que tenía derecho, conforme se observa en el dictamen rendido por los peritos Gerardino Vivas y Luis María Guijo.*

*La Sala considera que la objeción por error grave del dictamen pericial hecho por las entidades demandadas no está llamado a prosperar, toda vez que no es cierta la afirmación del Ministerio de Minas y Energía de que "los señores peritos se fundamentan en la utilización del costo de referencia" para calcular los subsidios otorgados a los usuarios de la EPSA S.A. E.S.P., toda vez que de acuerdo con la ley de servicios públicos domiciliarios, el costo que debe utilizarse es el costo medio del suministro", pues del dictamen pericial rendido se observa que contrario a lo que se afirma, el cálculo no se presentó con el costo referencia de la resolución CREG, el cual se incrementaba mensualmente con el IPC, lo cual deja sin base la objeción formulada.*

*Se encuentra que los dineros apropiados para la vigencia fiscal del año 1997 no fueron suficientes para cubrir los subsidios a las empresas distribuidoras o comerciales de energía, lo cual generó un daño que la actora no estaba en la obligación de soportar.*

*En estas condiciones, considera la Sala que se demostraron los supuestos de la responsabilidad patrimonial del Estado. En consecuencia se accederá a las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo establecido en este proveído".*

Para la liquidación de los perjuicios, el fallador de primera instancia dispuso el pago del valor establecido en el dictamen pericial de acuerdo con los parámetros señalados en las resoluciones 8-1412 y 8-1745 de 1996 expedidas por el Ministerio de Minas y Energía la cual ascendía a la suma de catorce mil millones novecientos cuarenta y tres mil pesos (\$14.000'943.000), los cuales fueron actualizados a la fecha de la sentencia de primera instancia, arrojando un total de \$ 24.421'905.000<sup>9</sup>.

Finalmente, se denegó el reconocimiento de la condena por intereses bancarios respecto de dicha suma, pues indicó que se trataba de una obligación legal a cargo de la Nación, por manera que sólo resultaba procedente su actualización conforme al IPC.

#### **1.5.- Los recursos de apelación.**

Contra la sentencia de primera instancia y su aclaración, las partes interpusieron, oportunamente, sendos recursos de apelación, los cuales fueron concedidos por el Tribunal *a quo* el 24 de marzo de 2004 y fueron admitidos por esta Corporación el 17 de septiembre de esa misma anualidad<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup> Fls. 130 a 165 C. Ppal.

<sup>10</sup> Fls. 314 y 348 C. Ppal.

En la sustentación, la parte actora solicitó que se adicionara la sentencia de primera instancia en lo que respecta a que se declarara la responsabilidad del Estado por no girar las partidas correspondientes a los subsidios por menores ingresos deprecados en la demanda y, por consiguiente, pidió que se condenara a la demandada a pagar los intereses de mora respecto de esas sumas de dinero<sup>11</sup>.

A su turno, la entidad demandada solicitó la revocatoria de la sentencia de primera instancia para que, en su lugar, se dispusiera la denegación de todas las súplicas de la demanda. Para el efecto, señaló que la sentencia de primera instancia que condenó a la Nación, denotaba una lectura parcial e incompleta de la normatividad que regulaba la temática relacionada con el pago de subsidios, comoquiera que *“no existe prueba ni análisis del juzgador de primera instancia que desvirtúe la pertinencia e idoneidad de los estudios técnicos y cálculos que sustentan el cumplimiento de la ya referida función por parte del Ministerio de Minas y Energía”*, por manera que la Nación no incurrió en falla alguna del servicio respecto del presunto daño que fundamentó la presente acción<sup>12</sup>.

**1.6.-** Una vez se dispuso el traslado a las partes para presentar alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto, la Procuraduría guardó silencio. Las partes reiteraron los argumentos expuestos en los recursos de apelación contra la sentencia de primera instancia<sup>13</sup>.

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

## **II. CONSIDERACIONES**

### **2.1. Lo que se debate.**

Teniendo en cuenta el panorama que se ha dejado expuesto, estima la Sala que para resolver el asunto que se somete a su consideración, por razón de los recursos impetrados contra la decisión del Tribunal Administrativo de

---

<sup>11</sup> Fls. 198 a 201 C. Ppal.

<sup>12</sup> Fls. 322 a 345 C. Ppal.

<sup>13</sup> Fls. 351 y 391 C. Ppal.

Cundinamarca en el presente proceso, resulta imperativo despejar los siguientes problemas jurídicos:

(i) Precisar cómo debe computarse el término de caducidad de la acción de reparación directa en el presente caso, a efecto de dilucidar si, frente a algunas de las pretensiones de la demanda, ha operado el aludido fenómeno, como lo declaró el *a quo* en el fallo impugnado.

(ii) Una vez clarificado el anterior extremo, establecer si, en el *sub lite*, se encuentra acreditado, o no, que la Administración central incumplió los pagos a los cuales se encontraba legalmente obligada, con destino a la empresa demandante, de los recursos correspondientes a las subsidios otorgados a los usuarios del servicio público domiciliario de energía y si, en consecuencia, tienen vocación de prosperidad las pretensiones de indemnización de los perjuicios derivados de la referida tardanza.

## **2.2. El cómputo del término de caducidad de la acción de reparación directa en el *sub iudice*.**

En relación con este extremo y frente a supuestos similares al objeto de debate en la presente *litis*, la Sala ha sostenido que el momento a partir del cual debe contarse el término de caducidad de la acción indemnizatoria es, de acuerdo con lo señalado por el numeral 8 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo —en la redacción dada al mismo por el artículo 44 de la Ley 446 de 1.998—, aquél en el cual se produce la omisión administrativa en cuestión, de manera que frente a la obligación, a cargo de la Administración central, de girar los rubros correspondientes a los subsidios otorgados a los usuarios del servicio público domiciliario de energía eléctrica, el término de caducidad de la acción de reparación directa enderezada a reclamar la indemnización de perjuicios derivada de la falta de pago de los mencionados dineros, comienza a correr a partir del día en el cual la entidad obligada a efectuar la erogación correspondiente incurre en mora, vale decir, a partir del día siguiente al del vencimiento del plazo establecido en la ley para llevar a cabo el giro de los recursos en comento. Y si lo que se reclama es el pago de los intereses moratorios respectivos, el plazo habrá de contarse a partir del momento en el cual se efectúa el pago tardío, pues es entonces cuando se consolida este último perjuicio. En la dirección anotada, se ha afirmado lo siguiente:

## «2. Análisis de la excepción de caducidad.

La Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público, propuso la excepción de caducidad de la acción, respecto de la cual es necesario tener en cuenta que el término para contabilizar la caducidad en la acción de reparación directa es el previsto en el numeral 8 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, que preceptúa:

“8. La de reparación directa caducará al vencimiento del plazo de dos (2) años, contados a partir del día siguiente del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente del inmueble de propiedad ajena por causa de trabajo público o por cualquier otra causa”. (subraya la Sala).

En este orden, si las pretensiones buscan el reconocimiento de los perjuicios ocasionados por el no pago de transferencias, el término de caducidad deberá contarse a partir del día siguiente al vencimiento del plazo fijado por la ley, para girar los valores correspondientes. Empero, si las pretensiones indemnizatorias **radican en la mora en el pago realizado dentro de los dos años siguientes a su exigibilidad legal, el término de caducidad deberá contarse desde la fecha en que se produjo el giro tardío, toda vez que es a partir de ese momento cuando se consolida el perjuicio y el interés para demandar**, sin que sea de recibo el argumento de la parte actora en el sentido de que por tratarse de prestaciones periódicas pueden ser demandadas en cualquier tiempo, por cuanto esta regla se aplica exclusivamente en las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho y, como ya se indicó, en este caso la acción de que se instauró fue la de reparación directa.

(...)

En consecuencia, como la demanda se presentó el día 15 de mayo de 1999, la excepción de caducidad prospera parcialmente en relación con las partidas para cuyo pago la entidad demandada había incurrido en mora por un término mayor a dos años, es decir, que toda reclamación por mora en los giros generada con anterioridad al 15 de mayo de 1997 no tiene prosperidad por caducidad de la acción» (negrillas, cursivas y subrayas, dentro del texto original)<sup>14</sup>.

Ahora bien con la finalidad de realizar el análisis advertido deben tenerse como marco de referencia los mandatos constitucionales y legales en materia presupuestal a fin de contar con los elementos de juicio necesarios, esto es que no se está frente a una obligación de tracto sucesivo y que, por lo tanto, en el *sub lite* operó la figura de la caducidad de la acción de reparación directa impetrada.

El artículo 368 de la Constitución Política, norma que faculta a la Nación para entregar subsidios como contribución al pago de los servicios públicos

<sup>14</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del cinco (5) de diciembre de dos mil cinco (2005); Consejero Ponente: Germán Rodríguez Villamizar; Radicación: 25000 2326000 1999 01525 01; Expediente 27163; Véase también, entre otras, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del primero (1º) de marzo de dos mil seis (2006); Consejero ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez; Radicación: 25000-23-26-000-1999-00005-01; Expediente: 27526.

domiciliarios prestados a las personas de bajo recursos económicos, disposición que en su tenor literal reza:

**“ARTICULO 368. La Nación, los departamentos, los distritos, los municipios y las entidades descentralizadas podrán conceder subsidios, en sus respectivos presupuestos, para que las personas de menores ingresos puedan pagar las tarifas de los servicios públicos domiciliarios que cubran sus necesidades básicas”** (se subraya).

El artículo 345 de la Constitución Política, regula que:

**“ARTICULO 345. En tiempo de paz no se podrá percibir contribución o impuesto que no figure en el presupuesto de rentas, ni hacer erogación con cargo al Tesoro que no se halle incluida en el de gastos.**

**Tampoco podrá hacerse ningún gasto público que no haya sido decretado por el Congreso, por las asambleas departamentales, o por los concejos distritales o municipales, ni transferir crédito alguno a objeto no previsto en el respectivo presupuesto”** (se subraya).

Las citadas disposiciones superiores deben armonizarse con el numeral 4º del artículo 67 de la Ley 142 de 1994 donde se precisa:

**“ARTÍCULO 67. FUNCIONES DE LOS MINISTERIOS EN RELACIÓN CON LOS SERVICIOS PÚBLICOS. El Ministerio de Minas y Energía, el de Comunicaciones y el de Desarrollo, tendrán, en relación con los servicios públicos de energía y gas combustible, telecomunicaciones, y agua potable y saneamiento básico, respectivamente, las siguientes funciones: (...)**

**67.4. Identificar el monto de los subsidios que debería dar la Nación para el respectivo servicio público, y los criterios con los cuales deberían asignarse; y hacer las propuestas del caso durante la preparación del presupuesto de la Nación”** (se subraya).

Del conjunto de normas citadas, se infiere que la obligación de atender los subsidios otorgados a los estratos 1, 2 y 3 conlleva la necesidad de incluirlos dentro de los recursos correspondientes del Presupuesto Nacional, normatividad que, conforme a lo reglado en el artículo 346<sup>15</sup> de la Constitución Política, tiene una vigencia anual, tal como lo regulaba el artículo 14 del Decreto 111 de 1996 – Estatuto Orgánico del Presupuesto- que fija el principio de “anualidad” y en virtud del cual se precisa que **“el año fiscal comienza el 1º de enero y termina el 31**

---

<sup>15</sup> ARTICULO 346. El Gobierno formulará **anualmente** el presupuesto de rentas y ley de apropiaciones, que será presentado al Congreso dentro de los primeros diez días de cada legislatura.

**de diciembre de cada año. Después del 31 de diciembre no podrán asumirse compromisos con cargo a las apropiaciones del año fiscal que se cierra en esa fecha y los saldos de apropiación no afectados por compromisos caducarán sin excepción (Ley 38/89, artículo 10)**".

Frente a la normatividad trascrita resulta forzoso concluir que tales subsidios se causan año a año, esto es una vez se incluyan las partidas correspondientes en el presupuesto general de la Nación a favor de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, por lo que a partir de dicha fecha concreta ha de iniciarse la contabilización del término de caducidad de la acción de reparación directa por la cual optó la parte actora en esta oportunidad.

En este orden de ideas y de cara al extremo temporal a tener en cuenta para contabilizar la caducidad de la acción, se concluye que el supuesto perjuicio o daño antijurídico se configura individualmente para cada vigencia fiscal, es decir que cerrada la ejecución del año fiscal a 31 de diciembre de cada anualidad, al día siguiente se predica la existencia del hecho generador, por ello para la interrupción de la caducidad debió presentarse la demanda, descontando el término de la vacancia judicial, hasta el primer día hábil siguiente a los dos años en que se podían desembolsar los recursos por parte de la Nación, esto es al 11 de enero de siguiente de cada año fiscal, cosa que ocurrió en el presente caso en el que se incoó la demanda el 7 de octubre de 1998, razón por la cual debe concluirse que se realizó dentro del término concedido por la ley para el efecto respecto de las pretensiones frente a los años 1996 y 1997.

No obstante, respecto del año 1995 se advierte que operó la caducidad de la acción; en efecto, teniendo en cuenta que en el *sub lite* las pretensiones de la demanda se refieren a los faltantes del monto de los subsidios reconocidos a los usuarios del servicio público domiciliario de energía eléctrica que debieron pagarse por las vigencias fiscales de los años 1995, 1996 y 1997, ello implica que desde el 1º de enero del año siguiente a cada anualidad solicitada se configura el hecho generador del daño y para la primera vigencia fiscal reclamada. Así pues, se tiene que frente a la referida al año de 1995, el hecho generador del presunto daño se estructuró el 1º de enero de 1996, circunstancia que significa que la demanda podía presentarse hasta el 1º de enero de 1998, pero teniendo en cuenta que en dicho día la autoridad judicial competente para conocer del asunto se encontraba en vacancia judicial, debía incoarse el primer día abril siguiente a

su vencimiento, esto es el 11 de los mismos mes y año<sup>16</sup> y, comoquiera que en el presente caso se realizó el 7 de octubre del citado año, se tiene que la acción de reparación directa respecto de ese año caducó.

Con fundamento en lo anteriormente expuesto, la Sala modificará el numeral segundo de la sentencia apelada, en tanto se declarará la caducidad de la acción en relación con las pretensiones correspondientes al año 1995<sup>17</sup>.

Ahora bien, la Sala procederá a estudiar, de acuerdo con las pruebas obrantes en el proceso, si la entidad demandada es responsable por los hechos narrados en la demanda.

### **2.3.- La prueba del alegado incumplimiento en el cual habría incurrido la Administración central respecto del pago de los subsidios otorgados a los usuarios de menores ingresos del servicio público domiciliario de energía.**

Dentro de la respectiva etapa procesal y con el lleno de los requisitos legales se recaudaron en el proceso, únicamente, los siguientes elementos probatorios:

- Certificado de los subsidios otorgados por la Empresa de Energía del Pacífico S.A. EPSA E.S.P. durante los años 1995, 1996 y 1997<sup>18</sup>.

- Resolución No. 8 1231 expedida por el Ministerio de Minas y Energía el 2 de junio de 1995 *“Mediante la cual se distribuye una partida del Presupuesto de Gastos de Inversión del Ministerio de Minas y Energía”*, dentro de la cual se observa una asignación por la suma de \$1.749'680.000 por concepto de distribución de recursos para pagos por menores tarifas de la Empresa de Energía del Pacífico<sup>19</sup>.

- Resolución No. 8 0852 del 9 de mayo de 1996 *“Mediante la cual se distribuye una partida del Presupuesto de Gastos de Inversión del Ministerio de Minas y*

---

<sup>16</sup> El literal *b*) del artículo 2º del Decreto 546 de 1971 establece como vacancia judicial **“Veinte (20) días continuos. Cuando se trate de vacaciones colectivas en la rama civil, contenciosa administrativo y laboral los días de vacaciones son los comprendidos entre el 20 de diciembre y el 10 de enero Inclusive, de cada año”**.

<sup>17</sup> En similares términos y razonamientos a los expresados en la presente sentencia Consultar, Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 27 de junio de 2013, Exp. 27.467.

<sup>18</sup> Fls. 49 a 66 C. 2.

<sup>19</sup> Fls. 1 a 7 C. 3.

*Energía*”, dentro de la cual se observa una asignación por la suma de \$3.771’380.000 por concepto de distribución de recursos para pagos por menores tarifas de la Empresa de Energía del Pacífico<sup>20</sup>.

- Resolución No. 8 1047 del 19 de mayo de 1997 *“Mediante la cual se distribuye una partida del Presupuesto de Gastos de Inversión del Ministerio de Minas y Energía”*, dentro de la cual se observa una asignación por la suma de \$3.799’956.200 por concepto de distribución de recursos para pagos por menores tarifas de la Empresa de Energía del Pacífico<sup>21</sup>.

- Resolución No. 8 1412 expedida por el Ministerio de Minas y Energía el 27 de junio de 1996 *“Por la cual se fijan los criterios que ha utilizado el Ministerio de Minas y Energía para compensar los subsidios que las distribuidoras o comercializadoras de electricidad conceden a los usuarios de menores ingresos”*<sup>22</sup>.

- Resolución No. 8 1745 expedida por el Ministerio de Minas y Energía el 6 de agosto de 1996 *“Por la cual se reglamenta la aplicación de los criterios que ha utilizado y continuará utilizando el Ministerio de Minas y Energía para compensar los subsidios que las distribuidoras o comercializadoras de electricidad conceden a los usuarios finales de menores ingresos”*<sup>23</sup>.

- Copia auténtica del *“Concepto Técnico y legal sobre el costo de referencia para el cálculo de los subsidios al consumo de energía eléctrica”*, de fecha diciembre 12 de 1996, aportado por el Ministerio de Minas y Energía<sup>24</sup>.

- Entre folios 152 a 177 del cuaderno 3 obran las Resoluciones Nos. 092, 079, y 031 de la Comisión de Regulación de Energía y Gas CREG, a través de las cuales se reglamenta algunos aspectos referentes a las tarifas en materia de energía eléctrica.

- Dictamen pericial rendido por los contadores públicos Gerardino Vivas Hernández y Luis María Guijo Roa y aclaración y complementación del mismo<sup>25</sup>.

---

<sup>20</sup> Fls. 11 a 17 C. 3.

<sup>21</sup> Fls. 11 a 17 C. 3.

<sup>22</sup> Fls. 26 a 39 C. 3.

<sup>23</sup> Fls. 40 a 54 C. 3.

<sup>24</sup> Fls. 56 a 105 C. 3.

<sup>25</sup> Fls. 2 a 23 C. 4 y 107 a 117 C. 3.



### 2.3.1. Sobre la prueba pericial<sup>26</sup>.

Las cada vez más vertiginosas evoluciones y avances de la ciencia, la tecnología y el conocimiento hacen de la prueba pericial un mecanismo de creciente importancia en la actividad judicial, deviniendo, en no pocas ocasiones, en sustento probatorio necesario e imprescindible de las decisiones adoptadas en la judicatura, dada la complejidad técnica, artística o científica de las circunstancias que constituyen el presupuesto fáctico de la aplicación, por parte del juez, de los dispositivos normativos que regulan la cuestión debatida y cuya hermenéutica resulta indispensable para resolver los problemas jurídicos planteados en la litis, complejidad que impide o dificulta al juzgador la adecuada comprensión de los hechos o del Derecho pertinentes para resolver el caso concreto, de suerte que el auxilio de expertos se constituye en insoslayable o, cuando menos, aconsejable en aras de propender tanto por mayores posibilidades de acierto en el sentido del fallo, como por más altas cotas de confianza y de aceptabilidad social de las determinaciones judiciales.

Dentro del aludido contexto teleológico y si se quisiera formular una **definición o conceptualización del mecanismo probatorio** cuyo estudio se aborda en este apartado, la peritación constituye una actividad procesal desarrollada, en virtud de encargo judicial, con la controversia ante y la aprobación de la instancia judicial, por personas distintas de las partes intervinientes en el proceso, especialmente calificadas por sus conocimientos técnicos, artísticos o científicos; actividad cuyo objeto no es otro que el de proveer al juez argumentos o razones para la formación de su convicción respecto de ciertos hechos o, incluso, respecto de algunos elementos normativos incluidos en el Derecho aplicable al supuesto específico objeto de controversia en el proceso, hechos o elementos normativos cuya percepción o cuyo entendimiento escapa o resulta dificultoso al común de los individuos. De allí que se señale —con todo acierto— que el dictamen pericial supone, indefectiblemente, la realización “*de una actividad humana, mediante la cual se verifican hechos y se determinan sus características y modalidades, sus*

---

<sup>26</sup> En similares términos a los descritos en esta sentencia consultar, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia proferidas el día 23 de julio de 2014, Exp. 28.157, y las sentencias del 31 de octubre de 1997 dentro de los expedientes radicados con los números 28.384 y 25.177, ambas con ponencia del Consejero Dr. Mauricio Fajardo Gómez.

*calidades, sus relaciones con otros hechos, las causas que lo produjeron y sus efectos*<sup>27</sup>.

El diccionario de la Real Academia Española de la Lengua define las expresiones dictamen, opinión, peritación y perito, en los siguientes términos:

“**dictamen.** (del lat. dictamen). Opinión y juicio que se forma o emite sobre una cosa”.

“**opinión.** (del lat. Opinio, ónis). F. Dictamen, juicio o parecer que se forma de una cosa cuestionable”.

“**peritación.** f. Trabajo o estudio que hace un perito”.

“**perito, ta.** (Del lat. peritus) adj. Sabio, experimentado, hábil, práctico en una ciencia o arte. / **2.** m. y f. Persona que en alguna materia tiene título de tal, conferido por el Estado. / **3.** Der. Persona que, poseyendo especiales conocimientos teóricos o prácticos, informa, bajo juramento, al juzgador sobre puntos litigiosos en cuanto se relacionan con su especial saber o experiencia” (subraya la Sala).

Tal es el sentido, por otra parte, de la regulación que de la prueba pericial efectúa el Código de Procedimiento Civil, según lo prevé expresamente el artículo 233 de dicho cuerpo normativo, a cuyo tenor habrá lugar a la peritación cuando resulte necesario “*verificar hechos que interesen al proceso y requieran especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos*”. El citado precepto pone de presente que, sin perjuicio de la valoración probatoria que posteriormente corresponderá realizar al juez respecto del experticio correspondiente, el peritazgo tiene por objeto que sean los expertos en determinadas ciencias, técnicas o artes quienes se ocupen de llevar a cabo la constatación de ciertos hechos que interesan al proceso, razón por la cual el numeral 2º del artículo 237 del citado Estatuto determina, de manera imperativa, que los peritos deben examinar las personas o cosas objeto del dictamen y que a dichos peritos corresponde realizar los experimentos e investigaciones que consideren necesarios, sin perjuicio de que puedan requerir el apoyo de auxiliares o solicitar, por su cuenta, el concurso de otros técnicos bajo su dirección y responsabilidad, todo con el propósito de que sean los expertos quienes expongan o rindan su concepto sobre los puntos materia del dictamen.

A lo anterior se adiciona lo dispuesto en el numeral 6º del mismo artículo 237 del Código de Procedimiento Civil, precepto en virtud del cual “[e]l dictamen debe ser

---

<sup>27</sup> Cfr. DEVIS ECHANDIA, Hernando, *Teoría General de la prueba judicial*, Tomo segundo, Temis, Bogotá, 2.002, p. 277.

*claro, preciso y detallado; en él se explicarán los exámenes, experimentos e investigaciones efectuados, lo mismo que los fundamentos técnicos, científicos o artísticos de las conclusiones”.*

En este orden de ideas, la Sala destaca, en punto a la **función que la prueba pericial cumple —o puede cumplir— dentro del proceso**, que la misma es —o puede ser— doble, pues, en primer término, el perito está habilitado para hacer las veces de instrumento de *percepción* de hechos o de acopio, con destino al expediente, de las reglas de la experiencia o de los conocimientos especializados que el juez ignora o de los cuales adolece y cuya aprehensión resulta necesaria para resolver la litis y, en segundo lugar, el experto puede tener el carácter de instrumento para la *deducción*, cuando la aplicación de las reglas de la experiencia o de los conocimientos anotados exige cierta aptitud o preparación técnica de las que el juez carece por completo o, al menos, no dispone de ellos con las calidades que garanticen que puede llevar a cabo ese ejercicio intelectual con seguridad y sin esfuerzos excepcionales. Acierta, por tanto, la doctrina, al anotar que,

“... la peritación cumple esa doble función, o, mejor dicho, su función tiene indispensablemente un doble aspecto: verificar hechos que requieren conocimientos técnicos, artísticos o científicos que escapan a la cultura común del juez y de las gentes, sus causas y sus efectos, y suministrar reglas técnicas o científicas de la experiencia especializada de los peritos, para formar la convicción del juez sobre tales hechos y para ilustrarlo a fin de que los entienda mejor y pueda apreciarlos correctamente”<sup>28</sup>.

Nótese, eso sí, que en parte alguna la ley establece o exige que al dictamen deban acompañarse, obligatoriamente, la totalidad de elementos, cosas, documentos o personas que los peritos hubieren examinado para efectos de rendir su calificado concepto, cuestión que se antoja desde todo punto de vista lógica y razonable comoquiera que si la regulación normativa previese lo contrario, un gran número de peritazgos se tornarían imposibles, otros harían inmanejables la extensión y volumen de los expedientes y, en todo caso, se alteraría el propósito de la prueba puesto que la obligación primera que la ley impone a los peritos, consistente en que rindan su opinión, su concepto, su dictamen calificado, constatando hechos y/o extrayendo conclusiones, se vería trastocada, entonces, por el deber, que no podrían soslayar, de dedicarse a recolectar los documentos, las cosas, los elementos y hasta las personas que

---

<sup>28</sup> Así lo ponen de presente autores como CARNELUTTI, LESSONA o FRAMARINO DEI MALATESTA, todos citados por DEVIS ECHANDIA, Hernando, *Teoría General de la prueba judicial*, Tomo II, cit., pp. 278-281.

fueren sometidas a su examen, con el fin principal de remitirlos con destino al expediente.

La anterior solución normativa no pugna con la plena garantía del derecho de contradicción de la prueba pericial, pues además de las oportunidades consagradas en la ley para la realización de su traslado con el fin de que la partes puedan solicitar aclaraciones o complementaciones o incluso para objetarla por error grave, la misma ley procesal, en el numeral 4º del artículo 237 del Código de Procedimiento Civil contempla también la posibilidad de que, durante la realización del dictamen, las partes y los apoderados puedan formular a los peritos las observaciones que estimen convenientes y, adicionalmente, puedan presenciar los exámenes y experimentos correspondientes, lo cual evidencia que las previsiones legales que regulan la materia permiten y garantizan, a las partes que así lo deseen, conocer *'in situ'* los exámenes o experimentos que los expertos realicen respecto de las cosas, elementos, documentos o personas sometidas a su revisión, cuestión que incluye la alternativa de conocer, durante el curso de tales exámenes o experimentos, las cosas, los elementos, los documentos o las personas sometidas a examen, en la medida en que se parte del supuesto de que tales cosas, elementos, documentos o personas no formarán parte del dictamen mismo.

Naturalmente, lo anterior no excluye la opción de que los peritos puedan, si así lo deciden y ello resulta ontológica y razonablemente viable, agregar al dictamen, de manera total o parcial, los documentos, cosas o elementos que hubieren examinado, pero a manera de anexo a su calificada opinión y no como elemento integrante o sustancial de la misma, pues no puede perderse de vista que la esencia del dictamen pericial, como su nombre lo indica, radica en la constatación y/o en la opinión o en el concepto calificado que sobre los temas especializados que interesan a la resolución del pleito rinde un experto o perito, por manera que no hay lugar a considerar que un dictamen pericial deje de ser tal por el simple hecho de no estar acompañado de los elementos, las cosas, los documentos, los objetos o las personas examinadas por dicho perito, cuando resulta claro que la ley no exige la presentación de tales anexos como parte del dictamen ni les otorga el carácter de elementos de la esencia o de la validez del mismo, de cuyo aporte pudiere pender la existencia misma o la legalidad del experticio.

En consonancia con cuanto se viene exponiendo, resulta pertinente precisar, entonces, que desde el punto de vista de la función que dentro del proceso puede desplegar el dictamen pericial<sup>29</sup>, cabe sostener la existencia de **(i)** los denominados *peritos percipiendi*, cuya labor se contrae a verificar la existencia o las características de los elementos fácticos de naturaleza técnica, científica o artística cuya incorporación al expediente resulta indispensable para resolver el fondo de la litis, de suerte que, en estos casos, el dictamen es, sin duda, un medio para la comprobación de hechos y de **(ii)** los llamados *peritos deducendi*, cuyo quehacer tiene por objeto aplicar las reglas técnicas, artísticas, científicas o de la experiencia especializada de las cuales se trate, a los hechos verificados en el proceso a través de cualquier medio de prueba, con el propósito de deducir de aquellos las consecuencias, las causas, las calidades o los valores que se investigan, de suerte que este tipo de peritos efectúan dos clases de operaciones, a saber: **a)** enuncian los conocimientos técnicos, artísticos, científicos o las reglas de la experiencia pertinentes y **b)** las aplican a los hechos probados en el proceso, a fin de llevar a cabo las deducciones o extraer las conclusiones que correspondan.

Adicionalmente, **(iii)** puede suceder que los peritos reciban el encargo de enunciar, sin más, los conocimientos técnicos, artísticos, especializados o las reglas de la experiencia de las cuales se trate, de suerte que sea el juez quien proceda a aplicarlos a los hechos comprobados en el expediente y a extraer las correspondientes conclusiones, evento en el cual el dictamen se convierte en la formulación de una serie de criterios que apoyan el proceso de formación de la íntima convicción del fallador, sin que se constate ni se valore o califique elemento fáctico alguno, situación bastante inusual toda vez que, por lo general, la experticia contiene la verificación total o parcial de hechos, de suerte que puede encuadrarse en alguna de las dos categorías precedentemente enunciadas.

A fin de compendiar lo hasta este punto expresado en punto a la prueba pericial y de completar una suerte de perfil de la misma, las que a continuación se indican son, en una no por apretada menos precisa síntesis, los **principales rasgos identificativos o caracterizadores de la prueba pericial:**

---

<sup>29</sup> *Idem*, pp. 294-296.

«a) Es una actividad humana, puesto que consiste en la intervención transitoria, en el proceso, de personas que deben realizar ciertos actos para rendir posteriormente un concepto o dictamen;

b) Es una actividad procesal, porque debe ocurrir en el curso de un proceso o en diligencias procesales previas o posteriores y complementarias (...);

c) Es una actividad de personas especialmente calificadas, en razón de su técnica, su ciencia, sus conocimientos de arte, es decir, de su experiencia en materias que no son conocidas por el común de las gentes;

d) Exige un encargo judicial previo, porque no se concibe la peritación espontánea, en lo cual se diferencia del testimonio y de la confesión (si un experto se presenta espontáneamente ante el juez que conoce de un proceso y emite declaraciones técnicas, científicas o artísticas sobre los hechos que se investigan, existirá un testimonio técnico no una peritación (...)

e) Debe versar sobre hechos y no sobre cuestiones jurídicas, ni sobre exposiciones abstractas que no incidan en la verificación, la valoración o la interpretación de los hechos del proceso;

f) Esos hechos deben ser especiales, en razón de sus condiciones técnicas, artísticas o científicas, es decir, cuya verificación, valoración o interpretación no sea posible con los conocimientos ordinarios de personas medianamente cultas y de jueces cuya preparación es fundamentalmente jurídica (...);

g) Es una declaración de ciencia (...), porque el perito expone lo que sabe por percepción y por deducción o inducción, de los hechos sobre los cuales versa su dictamen, sin pretender ningún efecto jurídico concreto con su exposición (se diferencia de la declaración de ciencia testimonial, en que ésta tiene por objeto el conocimiento que el testigo posee de los hechos que existen en el momento de declarar o que existieron antes, al paso que el perito conceptúa también sobre las causas y los efectos de tales hechos, y sobre lo que sabe de hechos futuros, en virtud de sus deducciones técnicas o científicas, y en que el primero generalmente ha adquirido su conocimiento antes de ser llamado como testigo -por lo cual se solicita su testimonio-, al paso que el segundo puede desconocer los hechos cuando se le otorga el encargo, ya que es suficiente que tenga la experiencia técnica, artística o científica necesaria para adelantar su investigación y su estudio);

h) Esa declaración contiene, además, una operación valorativa, porque es esencialmente un concepto o dictamen técnico, artístico o científico de lo que el perito deduce sobre la existencia, las características y la apreciación del hecho, o sobre sus causas y sus efectos, y no una simple narración de sus percepciones (en lo cual también se diferencia del testimonio, incluso cuando es técnico(...));

i) Es un medio de prueba... (...)»<sup>30</sup>.

En lo atinente a la **necesidad de la prueba pericial** y atendiendo a los lineamientos que se viene de trazar, debe señalarse que cuando de la aproximación a asuntos técnicos, científicos, artísticos o propios de cualquier ámbito del saber especializado se trate, el juez solo podrá legítimamente prescindir

---

<sup>30</sup> Cfr. DEVIS ECHANDIA, Hernando, *Teoría General de la prueba judicial*, Tomo II, cit., pp. 293-294.

de apoyarse en el dictamen del perito si el requerido es el conocimiento de determinadas ciencias o artes que puedan incluirse dentro del patrimonio cultural común a la mayoría de individuos con una cultura “normal” o, lo que es igual, dentro las máximas de la experiencia que formen parte de los conocimientos generales de las personas, pues si valiéndose de ellos el juzgador es capaz de encontrar las reglas, principios o criterios idóneos para decidir de fondo la litis, no estará obligado a recurrir a la peritación. Si, por el contrario, se trata de elementos cognoscitivos no encuadrables en el conocimiento ordinario recién referido, la necesidad de la indagación en el ámbito del saber especializado del cual se trate salta a la vista y la designación del perito se constituye en un deber para el sentenciador.

Parafraseando a Carnelutti —cuya máxima pone de presente, asimismo, la doble función que puede desempeñar la prueba pericial, como instrumento de percepción y como instrumento de deducción, según se acaba de explicitar— *“así como el juez no puede verlo todo, con igual y aun mayor razón no puede saberlo todo”*<sup>31</sup>, lo cual no obsta para que el juzgador pueda prescindir del dictamen de peritos en aquellos casos en los que disponga de la preparación técnica requerida para utilizar, por sí mismo y de manera fiable, las reglas técnicas de la experiencia, evitando transgredir, eso sí, la prohibición general —derivada del principio de necesidad de la prueba— en el sentido de verificar fuera del proceso los presupuestos fácticos del pleito o de fallar el mismo con base en el conocimiento privado que tenga respecto de los hechos materia de la litis.

Como lo explica Lessona al preguntarse si el juez podría declarar inútil una prueba pericial por entender que él conoce, por sí mismo, el elemento técnico, artístico o científico requerido, de suerte que no precisa de apoyo especializado alguno para apreciarlo y calificarlo dentro del proceso:

"La solución no es dudosa si se trata de aquellos conocimientos elementales propios de todo hombre medianamente culto; mas no admitiremos de ningún modo que el juez se procure por sí mismo, mediante informaciones privadas o estudios técnicos de aficionados, los conocimientos que le faltan para negar después el peritaje. Semejante proceder ocasionaría el que no hubiera lugar a recoger prueba en

---

<sup>31</sup> CARNELUTTI, Francesco, *La prueba civil*, Ediciones Arayú, Buenos Aires, 1.955, pp. 77-79, citado por DEVIS ECHANDIA, Hernando, *Teoría General de la prueba judicial*, Tomo II, cit., p. 286.

contrario, pareciendo luego injusta la sentencia definitiva, aunque tal no fuera"<sup>32</sup>.

Parece razonable, en este punto, la solución planteada por el profesor Devis Echandía<sup>33</sup>, para quien resulta necesario distinguir dos hipótesis: la primera, en la cual quedarían comprendidos los casos en los que cualquiera de las partes, debidamente legitimada para ello, solicita la práctica de la peritación, supuesto en cual, en virtud del principio de la libertad de prueba y a menos que aparezca clara su impertinencia, inutilidad o inconducencia —asunto que debe apreciarse con el criterio utilizado para rechazar, por estos motivos, la práctica de cualquier otro medio acreditativo, por ejemplo, en supuestos en los cuales se trata de cuestiones ajenas al objeto propio de la peritación (como puntos puramente jurídicos<sup>34</sup>), dilucidados por sentencia con valor de cosa juzgada o amparados por una presunción *iuris et de iuri* — el juez debería acceder a decretarla, aunque se considere capaz de percibir y de valorar adecuadamente el elemento técnico, artístico o científico sobre el cual habría de versar el dictamen y piense que puede sustituir la experticia por una inspección judicial o por la apreciación de las restantes pruebas que obren en el expediente.

Y, en segundo término, aquellos eventos en los cuales se trate de resolver oficiosamente, por el fallador, sobre la conveniencia de la pericia, caso en el cual el juez goza de mayor libertad para apreciar la conveniencia de la práctica del dictamen por parte de expertos, aunque siempre resulta aconsejable, en este aspecto, emplear un criterio amplio, de suerte que si los hechos por constatar o valorar exigen conocimientos técnicos, artísticos o científicos, que van más allá de los habitualmente a disposición de jueces y magistrados, debe decretar la peritación, como quiera que ello incrementa las posibilidades de alcanzar la verdad, de impartir la justicia que las partes y la sociedad esperan y de obtener una mayor confianza y aceptabilidad social para su decisión.

---

<sup>32</sup> LESSONA, Carlos, *Teoría general de la prueba en derecho civil*, Tomo IV, Editorial Reus, Madrid, 1928, pp. 622-623, citado por DEVIS ECHANDIA, Hernando, *Teoría General de la prueba judicial*, Tomo II, cit., p. 285.

<sup>33</sup> DEVIS ECHANDIA, Hernando, *Teoría General de la prueba judicial*, Tomo II, cit., pp. 286-287.

<sup>34</sup> Los cuales, por regla general, se encuentran excluidos como objeto posible de un dictamen pericial toda vez que la interpretación de la ley es función del juez, a no ser que —según se anunció en líneas anteriores en el presente proveído— el legislador utilice términos científicos, técnicos o propios de cualquier área del arte o del saber especializado, cuyo adecuado entendimiento escape a la cultura normal del funcionario, pues en tales eventos nada impediría recurrir al auxilio de peritos para que contribuyan, con su experticio, a precisar el exacto significado del dispositivo normativo en cuestión, correspondiéndole al juez —como en todos los casos— la libre valoración del dictamen respectivo.



De otro lado y en cuanto tiene que ver con **el mérito o el valor probatorio** del dictamen pericial, si bien es cierto que el dictamen del perito ofrece mayor confianza que el testimonio de terceros en relación con las circunstancias que se constatan y/o analizan —e incluso puede tener alcances diversos y completamente ajenos a los de la prueba testifical si se tiene en cuenta, por vía de ejemplo, que a diferencia de lo que ocurre en el testimonio, los hechos objeto del dictamen pueden ser futuros, como en el caso de la identificación y cuantificación de perjuicios—, como quiera que el experto cuenta con una mayor calificación para percibir con exactitud y valorar adecuadamente los hechos, no lo es menos que recae en el juez la responsabilidad y, a su vez, la facultad de determinar si el dictamen es de recibo como prueba, sin que se encuentre en la obligación de aceptar indiscutidamente las conclusiones de los peritos; la credibilidad o el mérito probatorio que le atribuya al dictamen dependerá de aspectos como la experiencia y calificación profesional, técnica, científica o artística del perito, además de la coherencia, precisión y suficiencia de la fundamentación del dictamen, quedando siempre claro que es el sentenciador quien dilucida cuál es la fuerza de convicción que ha de atribuírsele a la experticia, pues ésta constituye el resultado de la labor de un colaborador de la Jurisdicción que debe ser objeto de valoración y no el fruto del ejercicio de la función jurisdiccional, que es privativa del juez y que no resulta delegable.

De este aspecto se ha ocupado la Sala en ocasión anterior<sup>35</sup>, en la cual expresó lo siguiente:

«c. Cuando la prueba pericial evidencia, como en el sub lite, tal grado de inconsistencia y falta de rigor científico, el juez, dentro de la facultad que le asiste para valorar toda la comunidad probatoria recaudada de conformidad con las reglas de la sana crítica, puede prescindir de tomar en consideración, para fallar, un experticio técnico rodeado de semejantes singularidades. Así se desprende de lo preceptuado por los artículos 237, numeral 6º y 241 —inciso 1º— del Código de Procedimiento Civil, a cuyo tenor:

«Artículo 237. Práctica de la prueba. En la práctica de la peritación se procederá así:

(...)

6. El dictamen debe ser claro, preciso y detallado; en él se explicarán los exámenes, experimentos e investigaciones efectuados, lo mismo que los fundamentos técnicos, científicos o artísticos de las conclusiones».

«Artículo 241. Apreciación del dictamen. Al apreciar el dictamen se tendrá en cuenta la firmeza, precisión y claridad de sus fundamentos, la

---

<sup>35</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del cuatro (4) de diciembre de dos mil seis (2006); proceso: 25000-23-26-000-1994-09817-01; Expediente: 13.168.

competencia de los peritos y los demás elementos probatorios que obren en el proceso».

Sólo al juez, en consecuencia, corresponde apreciar cuál es la fuerza de convicción que debe reconocerle al dictamen, sin que esté obligado a aceptarlo cuando no reúna los requisitos legalmente exigidos para su validez y eficacia, habida cuenta que se trata de un elemento de prueba que debe valorarse y no de una función jurisdiccional, que es privativa del juez y, en esa medida, indelegable en los peritos. Una sujeción absoluta, inopinada y acrítica a la pericia, convertiría al juez en un autómatas y a los peritos en verdaderos decisores de la causa. También la mejor doctrina ha sostenido cuanto aquí se viene afirmando en punto a la valoración que el fallador debe realizar de la prueba pericial. En este sentido, explica el profesor Devis Echandía que es necesario que el dictamen reúna una serie de requisitos de fondo o de contenido para poder ser valorado, entre ellos los siguientes:

«f) *Que el dictamen esté debidamente fundamentado.* Así como el testimonio debe contener la llamada “razón de la ciencia del dicho”, en el dictamen debe aparecer el fundamento de sus conclusiones. Si el perito se limita a emitir su concepto, sin explicar las razones que lo condujeron a esas conclusiones, el dictamen carecerá de eficacia probatoria y lo mismo será si sus explicaciones no son claras o aparecen contradictorias o deficientes. Corresponde al juez apreciar este aspecto del dictamen y (...) puede negarse a adoptarlo como prueba si no lo encuentra convincente y, con mayor razón, si lo estima inaceptable.

(...)

g) *Que las conclusiones del dictamen sean claras, firmes y consecuencia lógica de sus fundamentos* (...) puede ocurrir también que el juez no se encuentre en condiciones de apreciar sus defectos, en cuyo caso tendrá que aceptarla; pero si considera que las conclusiones de los peritos contrarían normas generales de la experiencia o hechos notorios o una presunción de derecho o una cosa juzgada o reglas elementales de la lógica, o que son contradictorias o evidentemente exageradas o inverosímiles, o que no encuentran respaldo suficiente en los fundamentos del dictamen o que están desvirtuadas por otras pruebas de mayor credibilidad, puede rechazarlo...

(...)

h) *Que las conclusiones sean convincentes y no parezcan improbables, absurdas o imposibles* (...) no basta que las conclusiones sean claras y firmes, como consecuencia lógica de sus fundamentos o motivaciones, porque el perito puede exponer con claridad, firmeza y lógica tesis equivocadas. Si a pesar de esa apariencia, el juez considera que los hechos afirmados en las conclusiones son improbables, de acuerdo con las reglas generales de la experiencia y con la crítica lógica del dictamen, este no será convincente, ni podrá otorgarle la certeza indispensable para que lo adopte como fundamento exclusivo de su decisión...»<sup>36</sup> (subraya la Sala)» (todas las cursivas y subrayas en el texto original).

No obstante lo anterior, bien vale advertir que cuando el juez opta por rechazar o no reconocer fuerza probatoria a la totalidad o a parte del dictamen rendido por

---

<sup>36</sup> Nota original de la sentencia citada: DEVIS ECHANDIA, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, Tomo segundo, Temis, Bogotá, 2002, pp. 321-326.

el perito, dicha decisión del juzgador debe encontrarse debidamente motivada y soportada en razones que se integren en un análisis crítico tanto de los fundamentos como de las conclusiones de la experticia, apoyándose, para tal efecto, en las demás pruebas que obren en el expediente en relación con los mismos hechos, de suerte que sea ese examen conjunto el que lo lleve a la convicción de que el contenido del dictamen, su sustentación o sus explicaciones resultan insuficientes o carentes de coherencia o de lógica o parecen contradictorios entre sí o contrarían reglas generales de la experiencia, del conocimiento técnico, científico o artístico o se ofrecen antagónicos a hechos notorios u otras pruebas con mayor fuerza de convicción o, simplemente, de que las constataciones, argumentaciones o conclusiones de la experticia no se muestran convincentes o resultan absurdas, inverosímiles o dudosas por cualquier motivo sólidamente justificado.

Empero, si es lo contrario lo que ocurre y el juez estima que tanto las verificaciones como los fundamentos y las conclusiones del dictamen —en caso de disponer de todos los referidos elementos— se avienen a las exigencias y presupuestos de la lógica, de la razonabilidad, de la técnica, la ciencia o el saber artístico o especializado aplicable, sin que existan en el plenario otras pruebas con igual o mayor fuerza de convicción que apunten en una dirección diferente a la señalada por la peritación, resultaría arbitrario que se rechazase ésta inopinadamente, igual que ocurre si a la que se niega fuerza de convicción es a cualquiera otra prueba, a pesar de que la misma proporcione al sentenciador un completo convencimiento en relación con los hechos materia de debate<sup>37</sup>.

Por otra parte, el análisis que debe llevar a cabo el juez en punto a atribuir valor probatorio al dictamen debe ser el mismo, tanto tratándose de la relación de hechos observados por los peritos —*perito percipiendi*—, como en relación con sus conclusiones técnicas, científicas, sus conceptos o sus juicios —*perito deducendi*—, toda vez que el experto puede acertar o incurrir en error en cualquiera de las aludidas actividades. Sin embargo, la Sala estima pertinente insistir en que esa actitud crítica con la cual el fallador debe valorar cada uno de los apartes que integran la peritación, en manera alguna desvirtúa la posibilidad que tiene el juez de apoyarse en el experto colaborador de la Justicia tanto para

---

<sup>37</sup> Tal es la posición que ha asumido, igualmente, la doctrina, por vía de ejemplo, PARRA QUIJANO, Jairo, *Manual de Derecho Probatorio*, décimo quinta edición, Librería Ediciones del Profesional, Bogotá, 2.006, pp. 649-651.

que éste lleve a cabo la constatación de hechos cuya adecuada incorporación al expediente precisa del ejercicio de alguna competencia técnica, científica o artística especializada, como para que el perito, en ejercicio de los especiales conocimientos, habilidades o destrezas de los cuales dispone, lleve a cabo valoraciones, determinación de causas y efectos, pronósticos, cálculos, en fin, extraiga conclusiones de la aplicación de la ciencia, las artes o las reglas de la experiencia a los hechos relevantes para dirimir la litis. La doble función que puede desempeñar el dictamen pericial —según se explicara precedentemente en este apartado—, no se ve afectada por el juicio crítico y la valoración soberana que de cualquiera de los componentes de la pericia —como de cualquier otro medio de prueba— puede y debe llevar a cabo el juzgador. Así lo expone, igualmente, con claridad, la doctrina:

«Es decir, debe existir unidad de criterio para la apreciación del dictamen y esto significa que su valor probatorio es el mismo en ambos aspectos. Por el primero se produce una sustitución de la percepción del juez o de testigos, por la que los peritos realizan en el desempeño de su encargo (*perito percipiendi...*), que tiene el mismo valor probatorio que esos juicios técnicos, científicos o artísticos, es decir, que depende de las explicaciones o fundamentaciones que los peritos expongan sobre la manera como adquirieron el conocimiento de tales hechos y de su apreciación por el juez. Como muy bien lo dice ITALO VIROTTA, "la función de la pericia es unitaria, aunque estructuralmente se deba distinguir la percepción de la valoración del hecho" y "por el aspecto intelectual la observación y la valoración se compenetrán, si no se confunden". Consecuencia de lo anterior es que, cuando la ley no exija la prueba de inspección judicial, puede suplirse el examen directo del juez con el dictamen de los peritos, para verificar hechos, como la identidad de un inmueble, sus linderos, los cultivos y edificaciones que allí existan, su explotación económica, etc.

(...)

La relación que hagan los peritos de hechos verificados por ellos, puede darle al juez mayor credibilidad que sus opiniones técnicas, porque la razón de su dicho es completa, ya que se trata de verificaciones personales por quienes están especialmente capacitados para ello, pero de todas maneras le corresponde a este apreciarlas y adoptar la libre decisión de si se considera o no convencido por ella»<sup>38</sup> (subraya la Sala).

De todas formas, además de la libertad, de la soberanía, de la facultad y de la obligación que asisten al juez al momento de valorar el mérito probatorio de cada uno de los apartados de un dictamen pericial, ha de tenerse en cuenta, igualmente, que las partes pueden desempeñar un rol activo y determinante en la formación del convencimiento del fallador en torno al mérito probatorio de la pericia. Tal es el sentido de la regulación efectuada en el Código de Procedimiento Civil, especialmente en su artículo 238, con el fin de disciplinar la contradicción del dictamen pericial, pues se concede a las partes el derecho de

---

<sup>38</sup> Cfr. DEVIS ECHANDIA, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, cit., pp. 337-339.

objectarlo por error grave<sup>39</sup> y se señalan la oportunidad, los requisitos y las exigencias de dicha objeción, en particular, las de precisar, individualizar o concretar el yerro, indicando en qué consiste, de qué apartados o componentes de la peritación se predica, cuál es su gravedad e incidencia en las conclusiones y qué pruebas se estiman pertinentes para su demostración en defecto de su ostensibilidad.

Así las cosas, constituye presupuesto imprescindible de la objeción al dictamen pericial la existencia objetiva de un yerro fáctico de tal magnitud que “(...) *si no hubiera sido por tal error, el dictamen no hubiera sido el mismo (...)*”<sup>40</sup>, al punto de alterar de manera esencial, fundamental o determinante la realidad y, por consiguiente, suscitar en forma grotesca una falsa creencia que resulta significativa y relevante en las conclusiones a las cuales arriban los expertos. Esas críticas o divergencias con los estudios, análisis, experimentos y conclusiones de la pericia o la diversidad de criterios u opiniones a propósito de su contenido, son aspectos que han de ser considerados por el juzgador en su función de valoración del dictamen pericial —y de los restantes medios de convicción— y será el juez, por tanto, quien determine si los eventuales yerros o imprecisiones resultan trascendentes respecto del fondo de la decisión. En relación con este extremo, la jurisprudencia de Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha indicado:

«... si se objeta un dictamen por error grave, los correspondientes reparos deben poner al descubierto que el peritazgo tiene bases equivocadas de tal entidad o magnitud que imponen como consecuencia necesaria la repetición de la diligencia con intervención de otros peritos ... (G.J. t. LII, pág. 306) pues lo que caracteriza desaciertos de ese linaje y permite diferenciarlos de otros defectos imputables a un peritaje, “...es el hecho de cambiar las cualidades propias del objeto examinado, o sus atributos, por otras que no tiene; o tomar como objeto de observación y estudio una cosa fundamentalmente distinta de la que es materia del dictamen, pues apreciando equivocadamente el objeto, necesariamente serán erróneos los conceptos que se den y falsas las conclusiones que de ellos se deriven...”, de donde resulta a todas luces evidente que las tachas por error grave a las que se refiere el numeral 1º del artículo 238 del Código de Procedimiento Civil “... no pueden hacerse consistir en las apreciaciones, inferencias, juicios o deducciones que los expertos saquen, una vez considerada recta y cabalmente la cosa examinada. Cuando la tacha por error grave se proyecta sobre el proceso intelectual del perito, para refutar simplemente sus razonamientos y sus conclusiones, no se está interpretando ni aplicando correctamente la norma legal y

---

<sup>39</sup> El error consiste en la disparidad, discordancia, disconformidad, divergencia o discrepancia entre el concepto, el juicio, la idea y la realidad o verdad y es grave cuando por su inteligencia se altera de manera prístina y grotesca la cualidad, esencia o sustancia del objeto analizado, sus fundamentos o conclusiones, de suerte que resulta menester, a efectos de que proceda su declaración, que concurran en él las características de verosimilitud, reconocibilidad e incidencia en el contenido o resultado de la pericia.

<sup>40</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, Auto 25 de septiembre de 1939.

*por lo mismo es inadmisibile para el juzgador, que al considerarla entraría en un balance o contraposición de un criterio a otro criterio, de un razonamiento a otro razonamiento, de una tesis a otra, proceso que inevitablemente lo llevaría a prejuzgar sobre las cuestiones de fondo que ha de examinar únicamente en la decisión definitiva ...” (G. J. tomo LXXXV, pág. 604)»<sup>41</sup>.*

Ahora bien, tampoco puede olvidarse, en línea con lo expuesto en precedencia en torno al objeto de la peritación, que **los aspectos estrictamente jurídicos, por mandato legal, se encuentran sustraídos del contenido de la pericia y han sido reservados a la decisión del juzgador**, de manera tal que devienen inocuas e inanes las eventuales opiniones —de los peritos o, en contradicción con ellos, de las partes— sobre puntos de derecho y fútiles las objeciones de “puro derecho” en torno del alcance o sentido del Derecho aplicable<sup>42</sup>. En efecto, el dictamen pericial, con las restantes pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso, es un instrumento idóneo para el entendimiento de las materias artísticas, técnicas, científicas y especializadas comprendidas en la cuestión controvertida, sin que puedan tornarse en una decisión jurídica, pues “*la misión del perito es la de ayudar al juez sin pretender sustituirlo (G.J. tomo, LXVII, pág. 161)*”.

Para terminar estas reflexiones relacionadas con la prueba pericial, conviene ocuparse de la posibilidad, acogida por la legislación procesal colombiana, en el sentido de que **la peritación pueda llevarse a cabo fuera del proceso** —naturalmente con la pretensión de que surta efectos dentro del mismo, “*in futurum*”—, de suerte que resulta factible distinguir entre los dictámenes “*de presente*” y los dictámenes “*de futuro*”, comprendiendo entre los primeros a los que se practican en el curso de los procesos con el fin de que surtan de inmediato sus efectos probatorios e incluyendo en la segunda categoría a aquellos que se practican anticipadamente, para futura memoria, ante la perspectiva de la eventual instauración de un litigio, en diligencia judicial previa al pleito en el cual se prevé que puedan ser aducidos como prueba. Tal es el propósito de las previsiones contenidas en los artículos 300 del Código de Procedimiento Civil<sup>43</sup> y 10 de la

---

<sup>41</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, auto de septiembre 8 de 1993. Expediente 3446.

<sup>42</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, auto de septiembre 8 de 1993. Expediente 3446.

<sup>43</sup> Precepto cuyo tenor literal es el siguiente: “*Artículo 300. Modificado por el artículo 2 de la Ley 794 de 2.003. Inspecciones judiciales y peritaciones. Con citación de la presunta contraparte o sin ella, podrá pedirse como prueba anticipada la práctica de inspección judicial sobre personas, lugares, cosas o documentos que hayan de ser materia de un proceso.*

*Podrá pedirse dictamen de peritos, con o sin inspección judicial y con o sin citación de la parte contraria. No obstante, cuando una u otra verse sobre libros y papeles de comercio, se requerirá previa notificación de la presunta contraparte.*

*La petición se formulará ante el juez del lugar donde debe practicarse”.*

Ley 446 de 1.998<sup>44</sup>, que autorizan la práctica de dictámenes periciales, con o sin el acompañamiento de una inspección judicial, fuera del proceso en el cual se pretende aducirlos como prueba.

En estos casos el valor probatorio de la peritación depende de si hubo, o no, previa citación de la parte contra quien se aduce en el proceso una vez éste se ha instaurado, pues si se cumplió con dicho trámite, se tratará de una prueba controvertida y, por tanto, tendrá el mismo valor probatorio que la prueba practicada en el curso del proceso; en caso contrario, el dictamen no controvertido carece de mérito probatorio por sí mismo, pero si se recibe a los peritos testimonio dentro del proceso, acerca de extremos como sus actividades en la diligencia previa, los hechos que percibieron y sus características, se tendrá un testimonio técnico, cuyo valor probatorio se limita a la narración histórica, efectuada por los expertos, de las observaciones técnicas, científicas o artísticas que realizaron, mientras que sus conceptos o juicios de valor derivados de las anotadas observaciones carecerán de valor probatorio, aunque pueden ser útiles para ilustrar el criterio del juez, como ocurre con los dictámenes extraprocesales rendidos por parte de expertos; se tratará, en este último caso, no de una prueba cuyo mérito o fuerza de convicción deba ser valorada en la decisión de fondo, sino de un estudio técnico, científico o artístico al cual puede el juez acudir, libremente, como fuente de ilustración respecto del área del saber especializado o de las máximas generales de la experiencia sobre las cuales verse el aludido estudio y que resulten de interés para resolver la litis.

Sin embargo, cuando los anotados dictámenes periciales extraprocesales se aportan al proceso dentro de la oportunidad legal para pedir pruebas —tal y como ocurrió en el presente proceso— y se da traslado de ellos a la parte contraria de quien los aduce con el propósito de que, si así lo desea, solicite aclaraciones o adiciones para que los peritos las efectúen oportunamente e, incluso, formule objeciones por error grave que se tramiten incidentalmente o utilizando los términos generales para la petición y práctica de pruebas, debe entenderse cumplido el requisito de la contradicción, razón por la cual no existiría motivo para negarle al dictamen, así incorporado al acervo probatorio recaudado en el

---

<sup>44</sup> Norma del siguiente tenor: “*Artículo 10. Solicitud, aportación y práctica de las pruebas. Para la solicitud, aportación y práctica de pruebas, además de las disposiciones generales contenidas en el Código de Procedimiento Civil y demás disposiciones se dará aplicación a las siguientes reglas: 1. Cualquiera de las partes, en las oportunidades procesales para solicitar pruebas, podrá presentar experticios emitidos por instituciones o profesionales especializados. De existir contradicción entre varios de ellos, el juez procederá a decretar el peritazgo correspondiente*”.

plenario, el valor demostrativo que corresponde normalmente a las peritaciones practicadas en el curso del proceso.

Y es que sostener lo contrario, es decir, que no basta con correr traslado del dictamen pericial elaborado por fuera del proceso pero aportado al mismo por cualquiera de las partes, traslado que naturalmente debe surtirse en relación con la(s) parte(s) que no lo conoce(n) o que no ha(n) intervenido en su práctica y una vez se profiere el decreto del mismo como prueba, con el propósito de que pueda ser controvertido —cuestión que lógicamente comprende la posibilidad de solicitar aclaraciones o complementaciones respecto de su contenido, así como objetarlo por error grave—, para, en cambio, argüir que la validez o incluso el mérito probatorio de dicho dictamen depende de la ratificación que de él deba realizar el perito o de proceder a rendirlo nuevamente dentro del plenario, haría nugatorios los efectos de todas las disposiciones que al respecto consigna la Ley 446 de 1998 con el propósito de agilizar los procesos y de descongestionar los despachos judiciales, para cuyo efecto el propio legislador ha acudido a la introducción de mecanismos tendientes a incentivar la actividad probatoria desplegada por las partes fuera del proceso, pero con la vocación de hacerla valer dentro de él.

En ese orden de ideas, de toda utilidad se privaría, por parte del juez, a los mecanismos elegidos por el legislador para hacer frente a uno de los grandes problemas que aqueja a la Administración de Justicia en nuestro país, cuales son los preocupantes —por elevados— niveles de atraso en la resolución definitiva de litigios, prácticamente en todas las instancias, circunstancia que se constituyó en una de las principales consideraciones que condujo a que en la ley se previese la posibilidad de hacer acopio de pruebas, antes de ser iniciados los procesos judiciales, con el propósito de aducirlas o aportarlas, posteriormente, dentro de los mismos pero sin desmedro del derecho fundamental de defensa que, en tales eventos, se materializa con la posibilidad real y efectiva de ejercer plenamente el derecho de contradicción respecto de tales medios de prueba.

Pero es que, adicionalmente, en criterio de la Sala, esta solución legislativa en manera alguna compromete el debido proceso o el derecho de defensa de la parte contra la cual se aduzca el dictamen pericial practicado extraprocesalmente, comoquiera que, dentro de la actuación judicial, necesariamente tendrá la posibilidad efectiva de controvertirlo exactamente en las mismas condiciones en las cuales podría hacerlo en el caso de haberse rendido la prueba técnica una vez



iniciado el curso del plenario. Por consiguiente, sostener que resulta menester recaudar nuevamente la pericia, dejando de lado aquella que hubiere sido practicada extra proceso, supondría optar por una alternativa excesivamente apegada a un formalismo que, en este caso, carece de justificación en la garantía de la efectividad de derecho o interés sustancial alguno y que, todo lo contrario, conllevaría el desconocimiento de claros imperativos, de estirpe constitucional —previstos en el artículo 228 de la Carta Política—, los cuales han de informar la actividad jurisdiccional —realización de pronta y cumplida justicia y prevalencia del derecho sustancial—, del mismo modo que conduciría a que el juez desconociese, se insiste, sin justificación jurídicamente atendible, los dictados del Legislativo orientados a la materialización, en las actuaciones adelantadas ante la Jurisdicción, de insoslayables directrices constitucionales.

### 2.3.2. El caso concreto.

Efectuada la anterior digresión en aras de clarificar los parámetros a los cuales ha de ceñirse la valoración de la prueba pericial, en general y el dictamen pericial aportado junto con la demanda que dio inicio al presente proceso, en particular, pueden, en relación con la peritación en la cual se sustentó el *a quo* para proferir el pronunciamiento apelado en el *sub judice*, extraerse las siguientes conclusiones:

a. El dictamen pericial<sup>45</sup> de marras fue practicado por profesionales en contaduría pública, a solicitud de la parte actora y fue decretado mediante auto del 19 de agosto de 1999 (fl. 163 C. 1), y toda vez que tanto de este como de sus anexos se corrió oportunamente traslado a la parte demandada, ésta pudo formular solicitudes de aclaración, complementación u objetar la experticia por error grave, cosa ésta última que hizo dentro de la oportunidad procesal correspondiente, para tal efecto señaló, básicamente, los siguientes aspectos:

- En primer lugar, el Ministerio de Minas y Energía indicó que el dictamen pericial incurrió en error grave pues se fundamentó en la utilización del “costo de referencia” para calcular los subsidios otorgados a los usuarios de la EPSA S.A. E.S.P., toda vez que de acuerdo con la ley de servicios públicos domiciliarios, el costo que debe utilizarse es el “costo medio del suministro”.

---

<sup>45</sup> Fls. 2 a 23 C. 2.

- Por otra parte, señaló que el número de suscriptores del sector residencial en el cual efectivamente han de ubicarse los beneficiarios de los subsidios otorgados por EPSA resulta inconsistente con el registro que aparece en los formatos enunciados como cuadros estadísticos dentro del dictamen pericial,, pues de acuerdo con las cifras estadísticas manejadas por la Unidad de Planeación Energética, así como con los datos del sistema de información de la Superintendencia de Servicios públicos Domiciliarios, dicho número de beneficiarios es significativamente menor.

- A su turno el Ministerio de Hacienda cuestionó el dictamen básicamente, por cuanto en materia de distribución de los subsidios de la Nación, existía una metodología recogida en la resolución No. 8-1745 del Ministerio de Minas y Energía *“Por la cual se reglamenta la aplicación de los criterios que ha utilizado y continuará utilizando el Ministerio para compensar los subsidios”*, la cual no fue tomada en cuenta por los peritos para realizar el peritaje.

Mediante providencia del 16 de marzo de 2000<sup>46</sup>, el Magistrado Sustanciador de primera instancia señaló que la anterior objeción por error grave sería decidida en la sentencia; sin embargo, en la sentencia impugnada no se hizo alusión alguna a dicha objeción, pues simplemente se dijo que *“la Sala considera que la objeción por error grave del dictamen pericial hecho por las entidades demandadas no está llamado a prosperar, toda vez que no es cierta la afirmación del Ministerio de Minas y Energía de que ‘los señores peritos se fundamentan en la utilización del costo de referencia’ para calcular los subsidios otorgados a los usuarios de la EPSA S.A. E.S.P., toda vez que de acuerdo con la ley de servicios públicos domiciliarios, el costo que debe utilizarse es el costo medio del suministro, pues del dictamen pericial rendido se observa que contrario a lo que se afirma, el cálculo no se presentó con el costo referencia de la resolución CREG, el cual se incrementaba mensualmente con el IPC, lo cual deja sin base la objeción formulada”*. No obstante lo anterior, no se absolvieron en la sentencia impugnada los demás cargos por error grave formulados en contra del aludido dictamen pericial.

Ahora bien, estima la Sala necesario advertir que en un asunto similar al que se ventila en el presente plenario, la Sala fue enfática en precisar que el dictamen pericial carece de idoneidad para reemplazar a la probanza documental que tiene

---

<sup>46</sup> Fl. 107 C. 1.

la vocación de acreditar fehacientemente las fechas de giro efectivo y los meses a los cuales corresponden las cuotas correspondientes, de las transferencias efectuadas por la Administración central a las entidades territoriales por concepto de participación de éstas en los ingresos corrientes de la Nación, que no puede ser otra distinta de la constancia que, en tal sentido, ha de expedir la dependencia competente del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

En la anotada dirección, se ha sostenido:

«Corolario de todo lo anterior, es que **EL GIRO EFECTIVO DE LOS RECURSOS DEL SITUADO FISCAL** es una competencia que conlleva previamente el desarrollo de funciones y competencias de los distintos órganos del presupuesto, como en efecto lo son aquellas funciones que la ley confiere a los Ministerios de Educación y Salud tratándose del situado fiscal, a los Fondos Regionales de Salud y de Educación, a la Dirección del Tesoro e incluso al Consejo Nacional de Política Económica y Social (CONPES), sin que sea viable entender que el control de apropiación presupuestal realizado o bien por el Ministerio de Educación o bien por el de Salud sea la prueba de la fecha de giro efectivo por parte de la dependencia que sí tiene a su cargo la función de girar, como en efecto, lo es el Ministerio de Hacienda.

(...)

*Para la Sala es claro e innegable que aun cuando el demandante allegó un dictamen pericial sobre la cuota parte de reserva o reaforo efectuadas en forma morosa (ver pretensión 1), **dicha prueba no tiene la virtud de esgrimirse ni de tenerse como prueba de la responsabilidad, pues el dictamen pericial no es admisible en puntos de derecho (art. 236 num. 1 del C. P. C.)**. Tampoco sería viable tomar las fechas de los documentos CONPES pues: el Departamento Nacional de Planeación al expedirlos simplemente cumple su función de aprobar el monto y distribución de las utilidades; y luego de la distribución de los recursos que hace a través de esos documentos le corresponde a las demás autoridades presupuestales participantes, preparar, elaborar y ejecutar el presupuesto.*

*Además, como ya se explicó, la prueba documental pública evidencia que el Ministerio de Hacienda giró los recursos en oportunidad, luego de agotadas las etapas propias de la ejecución del presupuesto que como bien se sabe son varias: Programa Anual Mensualizado de Caja PAC y recaudo de rentas y giros de gastos (también están las modificaciones al presupuesto y la de apropiaciones y reservas)»<sup>47</sup> (subrayas, negrillas y mayúsculas sostenidas, en el texto original. Cursivas añadidas).*

Sin embargo, entiende la Sala que resulta necesario matizar la recién referida postura para precisar, de acuerdo con las disquisiciones efectuadas en el apartado inmediatamente precedente en punto a la doble —o, incluso, triple— función que puede desempeñar la prueba pericial, que nada obstaría para que el juez, en un caso como el que mediante la presente providencia se resuelve, se apoyara en la peritación que diera cuenta de la configuración de la presunta falta de pago

---

<sup>47</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del veinticinco (25) de marzo de dos mil cuatro (2004); Consejera ponente: María Elena Giraldo Gómez; Radicación número: 25000-23-26-000-2000-00026-01(23560).

alegada en la demanda, siempre que el respectivo dictamen se encontrara debidamente fundamentado y soportado, esto es, siempre que para el establecimiento de la existencia, en su momento, de la falta de pago por parte de los Ministerios de Hacienda y de Minas y Energía por concepto de subsidio por servicios públicos domiciliarios en favor de la entidad demandante, los expertos que rinden el dictamen se hubieren apoyado o hubieren consultado los documentos públicos pertinentes que les permita determinar, con claridad y precisión, la ocurrencia de la falta de pago y/o la tardanza en el pago de las mensualidades correspondientes, de manera que en el dictamen se hubiere dejado constancia, con idéntica claridad y precisión, sobre (i) cuáles fueron las mensualidades en relación con las cuales se presentó la falta de pago; (ii) por cuánto tiempo se prolongó la mora respecto de cada una de dichas mensualidades y (iii) cuáles son los documentos con base en los cuales se determinó la fecha efectiva de giro y la mensualidad a la cual el mismo corresponde.

Empero, ninguno de los mencionados extremos ha sido explicitado con suficiencia y claridad en el dictamen pericial que obra en el expediente. Al contrario, según se refirió ya en líneas precedentes, la aludida peritación se basa en los valores y fechas de giro de subsidios por parte de la Nación, pero no se establece, de la forma explicada en el párrafo anterior, a qué mensualidad corresponde cada uno de dichos giros y, por lo tanto, no resulta posible determinar si la falta de pago alegada en la demanda existió efectivamente, o no y, en caso de haber existido, por cuánto tiempo, exactamente, se prolongó.

No se trata, entonces, en estricto sentido, de que el dictamen pericial no hubiera podido ser una prueba idónea para acreditar la existencia de la plurimencionada falta de pago o mora y para sustentar, por tanto, una eventual sentencia condenatoria. Según se explicó suficientemente en el apartado inmediatamente anterior, el juez válidamente puede apoyarse en profesionales idóneos no solo para que éstos extraigan conclusiones fruto de la aplicación de las reglas y conocimientos propios del saber especializado que manejan a las circunstancias de hecho que constituyen materia de debate en el proceso —*perito deducendi*—, sino también para que esos mismos expertos, cuando haya lugar a ello, se apoyen en sus conocimientos para constatar o verificar circunstancias o elementos fácticos cuya dilucidación resulta relevante para resolver el fondo de la cuestión. Esto último es lo que habría podido ocurrir si el dictamen pericial practicado por los

profesionales requeridos al efecto por la parte actora, hubiere reunido los elementos que se viene de referir. Nada habría obstado para que, en tales circunstancias, ante un dictamen pericial que demostrara, con claridad y precisión, cuáles fueron las mensualidades respecto de las cuales se produjo la presunta falta de pago o los atrasos y durante cuánto tiempo los mismos se prolongaron —con base en la fecha de giro certificada por la dependencia oficial correspondiente, en relación con cada mensualidad adeudada y debidamente identificada—, hubiese sido la peritación la prueba en la cual encontrara sustento la eventual sentencia condenatoria.

Sin embargo, según se explicó suficientemente también en el apartado anterior, el juez dispone de la facultad —que siempre ha de ser ejercida de manera razonada, con la pertinente y debida justificación— de apreciar libremente tanto las constataciones como las conclusiones, juicios y conceptos que forman parte del dictamen pericial, de manera que si lo encuentra insuficientemente justificado, incorrectamente soportado o conducente a conclusiones irrazonables o carentes de la apropiada demostración, como ocurre en el presente caso, no tiene la obligación de acogerse a él sino, al contrario, de apartarse de su contenido, como en efecto lo hace la Sala en el presente proveído respecto de la peritación obrante en el plenario *sub examine*, por las razones que se han dejado expuestas con antelación.

Finalmente, aclara la Sala que son las razones que se acaba de expresar las que la llevan a no conferirle mérito probatorio alguno al dictamen en cuestión para sustentar las pretensiones de la demanda y no el hecho de que los documentos aportados como anexos a la aludida peritación, por parte de los peritos, fuesen copias simples, pues según se explicó, igualmente, en el apartado anterior, en parte alguna la ley establece o exige que al dictamen deban acompañarse, obligatoriamente, la totalidad de elementos, cosas, documentos o personas que los peritos hubieren examinado para efectos de rendir su calificado concepto, como tampoco señala la obligatoriedad de presentar tales anexos como parte del dictamen ni les otorga el carácter de elementos de la esencia o de la validez del mismo, de cuyo aporte pudiere pender la existencia o la legalidad del experticio.

Adicionalmente a la prueba pericial que se acaba de valorar, obran en el expediente los oficios remitidos, con destino al mismo, tanto por el Departamento Nacional de Planeación, como por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público,

como respuestas a los requerimientos que a tales entidades formulara el *a quo*, atendiendo a la petición de pruebas elevada por la parte actora en el libelo introductorio del proceso. Sin embargo, dentro de la abundante documentación arrimada por las referidas entidades a la presente foliatura, no obra documento alguno que permita establecer cuáles fueron las fechas de giro efectivo de las partidas mensuales que, por concepto de subsidios por servicios públicos domiciliarios, se pagaron a la entidad demandante durante el período de 1996 y 1997 —que es el lapso dentro del cual, según se explicó, respecto de las pretensiones de la demanda no ha operado el fenómeno de la caducidad— con indicación y discriminación de los meses exactos a los cuales cada pago corresponde, de manera que sea factible establecer la existencia de la alegada falta de pago o mora del mismo y el número de días durante el cual se prolongaron los respectivos retrasos.

El cuadro de situación descrito lleva a la Sala a concluir que, en el *sub lite*, no existe prueba idónea de la mora que se endilga a la entidad demandada y, en consecuencia, se echa de menos elemento demostrativo suficiente del daño que la parte actora aduce que se le ha irrogado, de manera tal que se encuentra ausente de acreditación uno de los elementos insoslayables para que proceda la declaratoria de responsabilidad patrimonial del Estado.

Como quiera que la Sala se ha ocupado de resolver casos similares al *sub examine* con anterioridad y ha analizado el caudal probatorio en ellos recaudado, en condiciones notablemente similares a las del proceso que mediante el presente proveído se decide, por resultar trasladables *mutatis mutandis* a este encuadernamiento se transcriben a continuación las consideraciones que, en su momento, se efectuaran en relación con idéntico extremo:

«En efecto, de las certificaciones de la Dirección del Tesoro Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, que obran en el expediente, no es posible deducir mora alguna en los giros mensuales al departamento del Valle por concepto de situado fiscal, tanto en salud como en educación, respecto de las vigencias de 1995 y 1996. En dichos reportes se especificaron las entidades a las cuales se realizaron los giros: el Fondo Seccional de Salud, el Fondo Educativo Regional y la Tesorería Departamental del Valle, la fecha del giro y el valor del mismo. No se encuentra ninguna información sobre la cuota a la que correspondían cada uno de esos giros y no se desagrega información sobre lo perteneciente a situado fiscal del año respectivo y mayores valores de la vigencia anterior (folios 25 a 33, cuaderno 2).

Por lo anterior, al no desagregarse la información, tampoco es posible establecer la mora en el pago del situado fiscal, en lo que tiene que ver con mayores valores o reaforo, realizando alguna comparación entre las certificaciones de la Dirección

del Tesoro Nacional y los documentos Conpes, que aprobaron la distribución de dichos recursos durante esos años.

(...)

En el mismo sentido, el dictamen pericial practicado en el proceso tampoco permite clarificar la mora en el pago de los giros por situado fiscal pagados al departamento del Valle, dado que no se puede establecer, ni siquiera, la fuente de la información utilizada, y menos la manera como se determinó la posible mora en los giros o en el pago de los reaforos en los años 1995 y 1996 (folio 34 a 61, cuaderno 2).

Así las cosas, concluye la Sala que respecto de las pretensiones primera y segunda de la demanda no está demostrada la responsabilidad de la entidad demandada, por lo cual se confirmará el fallo apelado. Debe anotarse que la parte demandante no cumplió la carga probatoria que le impone el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, en el que se establece que “[i]ncumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”, de manera que, en este caso y con el fin de demostrar la existencia de responsabilidad del Estado, en los términos del artículo 90 de la Constitución Política, la parte demandante debió acreditar la existencia del daño sufrido. En efecto, no demostró la mora en los giros por concepto de situado fiscal al departamento del Valle durante los años 1995 y 1996, indispensable para establecer el perjuicio cuya indemnización se reclama.

Por último, la Sala advierte que no procede el decreto oficioso de pruebas, en los términos del artículo 169 del Código Contencioso Administrativo, dado que éste está reservado para aquellos eventos en que, en la oportunidad procesal para decidir, se encuentra que existen puntos oscuros o dudosos de la contienda. No puede hacerse uso de dicha facultad cuando, como ocurre en este caso, lo que se advierte es la ausencia de prueba sobre la casi totalidad de los hechos que sirven de fundamento a las pretensiones, tarea que corría a cargo de la parte demandante»<sup>48</sup> (subrayas fuera del texto original).

Lo anteriormente expuesto lleva a la conclusión de que las pretensiones relativas a este extremo de la litis carecen de vocación de prosperidad habida cuenta que no está demostrado que la entidad demandada hubiere incurrido en la omisión a la que alude la demanda respecto del pago de los dineros a los cuales presuntamente tenía derecho la entidad demandante por concepto de subsidios otorgados a los usuarios del servicio público domiciliario de energía, durante el período señalado en el libelo introductorio. En consecuencia, la Sala revocará los numerales tercero y cuarto de la providencia apelada.

#### **2.4.- Condena en costas.**

Comoquiera que para el momento en que se profiere este fallo, el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 indica que sólo hay lugar a la imposición de costas cuando

---

<sup>48</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del cuatro (4) de septiembre de dos mil tres (2003); Consejero Ponente: Alier E. Hernández Enríquez; Radicación: 23.010 (R-3917). En el mismo sentido consultar, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias proferidas el día 31 de octubre de 1997 dentro de los expedientes radicados con los números 28.384 y 25.177, ambas con ponencia del Consejero Dr. Mauricio Fajardo Gómez.

alguna de las partes haya actuado temerariamente y, debido a que ninguna procedió de esa forma en el *sub lite*, no habrá lugar a su imposición.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

#### **FALLA**

**PRIMERO: CONFÍRMASE** el numeral primero de la sentencia apelada, esto es la proferida el 3 de marzo de 2004 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Sala de Descongestión.

**SEGUNDO: MODIFÍCÁSE** el numeral segundo de la sentencia impugnada en el sentido de declarar la caducidad únicamente respecto de las pretensiones correspondientes al año 1995.

**TERCERO: REVÓCANSE** los numerales tercero y cuarto de la sentencia apelada y, en su lugar, **NIÉGANSE** las restantes pretensiones de la demanda.

**CUARTO:** Sin condena en costas.

**QUINTO:** Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen para su cumplimiento.

**COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE**

**HERNAN ANDRADE RINCON    CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA**