

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
DESPACHO No. 2**

Tunja, 13 FEB 2020

Medio de Control : **Controversias contractuales**
Demandante : **Fondo de Adaptación**
Demandado : **GPO Ingeniería Sucursal Colombia – Seguros del Estado**
Expediente : **15001-33-33-009-2018-00118-02**

Magistrado Ponente : **Luis Ernesto Arciniegas Triana**

Corresponde al despacho decidir el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte actora contra la decisión proferida por el Juez Noveno Administrativo de Tunja en audiencia de inicial realizada el 27 de agosto de 2019, en la cual negó el decreto de la prueba pericial.

I. ANTECEDENTES

En audiencia inicial realizada el 27 de agosto de 2019, el a quo una vez evacuadas las etapas de saneamiento, decisión de excepciones y la fijación del litigio, procedió al decreto de las pruebas aportadas y de las solicitadas por las partes.

Respecto a la prueba “dictamen pericial” solicitado por la parte actora, negó el decreto de la misma la considerar que de conformidad con los artículo 219 del CPACA y 227 del C.G.P., la experticia debe ser aportada por las partes con la demanda o su contestación, y que en esta oportunidad procesal ya no es procedente el decreto de la misma.

Del recurso de apelación

Contra dicha decisión, **el apoderado de la parte demandante**, interpuso el recurso de apelación argumentando que si bien el Código de Procedimiento Civil establece que la parte demandante debe aportar el dictamen pericial, el CPACA como norma especial, permite y faculta para que la parte solicite al despacho el decreto de un dictamen pericial sin que exista impedimento para ello, y más cuando la entidad pública es quién lo solicita.

- Del traslado del recurso

El apoderado de la parte demandada indicó que de accederse a la prueba pericial se debe establecer con la misma, la diferencia del valor contratado-indexado por costos del contrato de interventoría.

El apoderado de la **Seguros del Estado**, no se pronunció al respecto.

Por su parte, **la representante del ministerio público** adujo que si bien el artículo 218 del CPACA establece que la prueba pericial se rige por las normas del Código de Procedimiento Civil, el CPACA al referirse a la oportunidad probatoria en el artículo 212 inciso tercero señala que las partes podrán presentar el dictamen o podrán solicitar la designación del perito, como en el caso lo pide la parte actora.

Refiere que la prueba va a permitir establecer si en el evento de incumplimiento hay unos efectos económicos, que se hacen unas reclamaciones que deben ser cuantificadas por lo que considera es una prueba indispensable en la medida que de ser favorable las pretensiones se debe cuantificar el perjuicio y las sumas a reintegrar a la entidad pública.

En tal sentido, sostiene que por existir norma especial y de que el actor en uso de la oportunidad probatoria del artículo 212 del CPACA pidió la prueba,

solicita revocar la decisión del a quo y conceder el decreto de la misma por ser necesaria y haber sido solicitada oportunamente.

Por otra parte, frente a la petición de la parte demandada, refiere que la oportunidad probatoria para cada parte está en la norma y que por ello el apoderado no puede limitar en su intervención el objeto de la prueba que fue pedida oportunamente por la parte actora, de ahí que esa intervención no corresponde a la etapa procesal.

Finalmente **el a quo**, de conformidad con el artículo 243 del CPACA concede el recurso de apelación formulado contra la decisión que denegó el decreto de la prueba pericial solicitada por la parte demandante.

III. CONSIDERACIONES

1. Competencia

El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo señala en su artículo 243, entre otros, que el auto que deniegue el decreto o práctica de alguna prueba pedida oportunamente, proferido por el juez administrativo, es susceptible del recurso de apelación. En concordancia con esto, dispone el canon 153 ibídem que los tribunales administrativos son competentes para conocer en segunda instancia de las apelaciones de autos susceptibles de ese medio de impugnación, proferidos por los jueces administrativos.

2. Problema a resolver

Corresponde en esta instancia resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte actora contra la decisión del a quo de negar la prueba pericial solicitada con la demanda.

Consideró la juez a quo que no había lugar al decreto de la prueba solicitada porque conforme a las previsiones del procedimiento civil la parte actora debía allegar el dictamen y no lo hizo.

De entrada, dirá el despacho que la decisión en esta oportunidad es la de revocar el auto que niega acceder al decreto de la prueba pericial, como pasa a exponerse.

3. Oportunidad probatoria en primera instancia

El artículo 212 del C.P.A.CA., establece una oportunidad probatoria para las partes, siempre y cuando se sujete a las reglas allí establecidas:

“Artículo 212. Oportunidades probatorias: Para que sean apreciadas por el juez las pruebas deberán solicitarse, practicarse e incorporarse al proceso dentro de los términos y oportunidades señalados en este Código.

En primera instancia, son oportunidades para aportar o solicitar la práctica de pruebas: la demanda y su contestación; la reforma de la misma y su respuesta; la demanda de reconvención y su contestación; las excepciones y la oposición a las mismas; y los incidentes y su respuesta, en este último evento circunscritas a la cuestión planteada.

Las partes podrán presentar los dictámenes periciales necesarios para probar su derecho, **o podrán solicitar la designación de perito, en las oportunidades probatorias anteriormente señaladas.** (...)” (resaltos del despacho).

De lo anterior, se colige que una de las oportunidades para las partes para solicitar las pruebas con las cuales pretenden hacer valer su derecho, nace en primera instancia, esto es cuando se presenta la demanda o la contestación.

Nótese que hay una limitación en cuanto al momento en que deben aportar y solicitarse la prueba, se indica que deberá hacerse en la oportunidad legal específica, y que en caso de no presentarse la prueba, esto es, el dictamen pericial con la demanda, este puede ser solicitado pero igualmente dentro de la oportunidad señalada.

A diferencia de lo establecido en el Código General del Proceso, la Ley 1437 de 2011 contempla un sistema mixto que autoriza tres vías de producción y obtención de la prueba pericial: **i)** la aportación del dictamen, **ii)** solicitud de decreto del dictamen, y **iii)** el decreto de oficio¹.

En tal sentido, el dictamen pericial podrá ser aportado con la presentación de la demanda, o ser solicitado por la parte para que el juez lo decrete.

Ahora, este despacho hará unas consideraciones respecto a la conducencia, pertinencia, y utilidad de la prueba, y luego descenderá al caso concreto.

4. Del régimen probatorio en materia contencioso administrativa

Conforme a la jurisprudencia de la Corte Constitucional², el escenario que mayor importancia o realce adquiere en las instancias judiciales es la etapa probatoria, toda vez que a partir de los medios de prueba el funcionario busca reconstruir la situación fáctica para obtener elementos de juicio y así llegar al convencimiento del caso y lograr la verdad sobre los hechos materia del litigio.

En ese orden, los medios de prueba, cualquiera que sea, son instrumentos que permiten o hacen viable verificar las afirmaciones o los hechos formulados por las partes dentro del proceso, en la medida que proporcionan al juez la razón determinante para la toma de decisiones.

En primer lugar debe indicarse que conforme con lo establecido en el artículo 168 del C.G.P., aplicable al caso por remisión expresa del artículo 211 CPACA, el juez debe rechazar las pruebas ilícitas, las notoriamente impertinentes, las inconducentes y las manifiestamente superfluas o inútiles.

¹ Escuela Judicial “Rodrigo LARA Bonilla” Audiencia inicial y audiencia de pruebas Ley 1437 de 2011

² Sentencia T 916/08 M.P. Clara Inés Vargas Hernández

En virtud del principio de la necesidad de la prueba, las pruebas aportadas a un proceso dentro de las oportunidades legalmente establecidas, deben llevar al juez al grado de convencimiento suficiente para que pueda solucionar el litigio, en razón de ello, las pruebas deben ser pertinentes y conducentes.

1. **Pertinencia.** Alude a que el juez debe verificar si los hechos resultan relevantes para el proceso.
2. **Conducencia.** Se refiere a que el medio de prueba debe ser el idóneo para demostrar determinado hecho.
3. **Oportunidad.** El juez no podrá tener en cuenta las pruebas solicitadas y aportadas por fuera de las oportunidades legales.
4. **Utilidad.** Indica que no se pueden decretar las pruebas manifiestamente superfluas, es decir, las que no tienen razón de ser, porque ya están probados los hechos o porque el hecho está exento de prueba.
5. **Licitud.** Para valorar una prueba, ésta no debe contravenir derechos fundamentales constitucionales, de lo contrario será nula de pleno derecho.

Respecto a las cualidades de la prueba, el Consejo de estado en auto del 7 de febrero del 2007 C.P. Enrique Gil Botero radicación (30138), indicó:

“Si concebimos **la conducencia** como la capacidad legal que tiene una prueba para demostrar cierto hecho, la encontramos en el examen que pueda realizar el juez entre la ley y el uso de ese medio probatorio sin ninguna dificultad legal que anule el valor probatorio que se procura.

En cuanto a la **pertinencia de la prueba**, es de mucha importancia la definición de su objeto al momento de su solicitud, ya que éste requisito constituye el único juicio válido para que el juez considere la procedencia o no del medio probatorio, en atención al artículo 178 del C.P.C., el cual determina que las pruebas deben ceñirse al asunto materia del proceso y el juez rechazará *in limine* las legalmente

prohibidas o ineficaces, las que versen sobre hechos notoriamente impertinentes y las manifiestamente superfluas.

Así mismo la **utilidad de la prueba** se manifiesta en el servicio que preste para la convicción de un hecho que aún no se encuentra demostrado con otro medio probatorio”.

De manera que el juez tiene la obligación de verificar en el caso concreto si las pruebas solicitadas por las partes se ajustan a los anteriores criterios, tanto en la demanda como en la contestación, y determinar si resulta procedente su decreto o si hay lugar a su rechazo.

5. Caso concreto

La parte actora solicitó en el escrito de demanda el decreto de la prueba que denominó “prueba pericial”, cuyo objeto es cuantificar los perjuicios sufridos por la demandante derivados de la ejecución del contrato de obra en los siguientes conceptos: **i)** Diferencia de valor contrato, indexado, por no entrega de la obra dentro del plazo programado, **ii)** diferencia de valor contrato, indexado, por costos contrato de interventoría, **iii)** valor del anticipo pendiente por amortizar, **iv)** incrementos costos de dotación por indexación, **v)** pagos anticipados a favor del contratista autorizados por el interventor (cubierta, ascensor camillero, unidad manejadora de aire), **vi)** costos por demolición y reconstrucción, **vii)** pago de obras que no están previstas realizadas por el contratista y autorizadas por el interventor en el contrato de obra, incluyendo AIU e IVA (fl. 68-68 cuad. 1).

La juez de la instancia al decidir sobre su decreto lo niega argumentando que la demandante debió aportar dicha prueba con la demanda.

Para el despacho, se está frente a una negativa absurda en el entendido que no podía la juez limitar el decreto de la prueba - dictamen pericial- a ser aportado con la demanda, cuando la misma norma instituye que la parte “podrá” aportarlo, y de ningún modo establece que sea una obligación allegarlo con la

demanda, de ahí, que la norma imprime una facultad para quien demanda en el sentido que dentro de la oportunidad legal pueda solicitar al juez el decreto de un dictamen pericial, y el operador judicial, bajo un análisis del cumplimiento de las características de la prueba determine si hay lugar o no a su decreto, pero no negar la prueba con el argumento de que debía ser aportado.

Recuérdese que el dictamen pericial es un medio de prueba consistente en la aportación de elementos técnicos, científicos, que una persona versada en la materia correspondiente aclara respecto de ciertos puntos, es decir, que la prueba recae sobre algo específico, sin que esa valoración la pueda hacer el juez en su entendimiento.

Así las cosas, ha de tenerse en cuenta que el decreto de pruebas es una actividad propia del juzgador a través del cual considera, bajo su razonamiento, la necesidad de utilizar uno de los medios de prueba que prevé la ley para tener el convencimiento de los hechos sobre los cuales no existe certeza y que sean necesarios clarificar para solucionar la litis.

En tal sentido conforme las previsiones del CPACA, la parte demandante está facultada para presentar el dictamen, o, puede solicitar la designación del perito, como en el caso lo pretende el apoderado recurrente.

Ahora, al encontrar el despacho que la prueba resulta ser indispensable en la medida que de ser favorable las pretensiones de la demanda se debe cuantificar el perjuicio e identificar el valor de las sumas a reintegrar, así como que el actor en uso de la oportunidad probatoria del artículo 212 del CPACA pidió la prueba oportunamente, hay lugar a revocar la decisión de la Juez Noveno Administrativo de Tunja, y ordenar el decreto de la prueba por ser necesaria y haber sido solicitada oportunamente consistente en el dictamen pericial designando a un auxiliar de justicia para que rinda la experticia conforme se solicitó en la demanda.

Por otra parte, respecto a la intervención del apoderado de la parte demandada de que se limite el decreto de la prueba al concepto de perjuicio diferencia del valor contratado indexado por costos contrato de interventoría, habrá de decirse dos cosas, primero que la oportunidad procesal conferida en la audiencia lo era para descorrer el traslado del recurso formulado por la parte actora y en tal sentido pronunciarse respecto a si estaba de acuerdo o no con la decisión de la juez de instancia de negar el decreto de la prueba, y no para pedir que la misma fuera limitada.

Ahora, en el escrito de contestación de la demanda lo que observa el despacho es una refutación frente a la prueba solicitada oportunamente por la parte actora en orden a que se limite el concepto de perjuicio, y ello es un aspecto que deberá ser resuelto en el fondo del asunto; en segundo lugar, debe aclarar este despacho que tampoco podría limitarse la prueba pericial al valor que esta corporación tomó como punto de partida para fijar la competencia en primera instancia en los juzgados administrativos, pues el acápite de cuantía es un concepto que el juzgador toma inicialmente para el estudio de la competencia sin que ello sea óbice para que la demanda deba fallarse sólo sobre ese concepto, pues determinar y cuantificar un perjuicio lo arrojan la pruebas que con el trascurso del proceso se encuentre probado, de ahí que no puede el apoderado de la parte demandada pedir que se limite la prueba solo a ese concepto, pues este puede ser inferior, o, incluso superior, y esta no es la etapa procesal para determinarlo ni tampoco para refutar la práctica de la prueba a decretar.

Así las cosas, se concluye que en el presente asunto el decreto de la prueba pericial no sólo fue oportuna, sino que resulta ser necesaria en tanto la misma tiene como finalidad cuantificar unos perjuicios reclamados que de ser favorables las pretensiones, deben estar cuantificados por un experto, y en tal sentido, se tiene que la solicitud del dictamen pericial guarda relación con lo que se pretende probar dentro del proceso, así como se cumple con los requisitos de necesidad de la prueba.

Medio de Control : Controversias contractuales 10
Demandante : Fondo de Adaptación
Demandado : GPO Ingeniería Sucursal Colombia – Seguros del Estado
Expediente : 15001-33-33-009-2018-00118-02

Por lo anteriormente expuesto, este despacho revocará la decisión del Juzgado Noveno Administrativo de Tunja proferida en audiencia inicial, y en su lugar dispondrá el decreto del dictamen pericial conforme solicitó la demandante en su escrito de demanda.

5. Costas

En tanto la apelación de autos en la segunda instancia impone una decisión de plano, en consecuencia, no hay lugar a gastos procesales.

En mérito de lo expuesto, el Despacho No. 2 del Tribunal Administrativo de Boyacá,

RESUELVE

PRIMERO. Revocar la providencia proferida por el Juzgado Noveno Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja en audiencia del 27 de agosto de 2019, y en su lugar se dispone, ordenar al a quo, **decretar** el dictamen pericial designando a un profesional para que rinda la experticia conforme se solicitó en la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva

SEGUNDO. Sin condena en costas en esta instancia.

TERCERO: En firme la providencia, por Secretaría devuélvase el expediente al despacho judicial de origen para lo de su cargo.

Notifíquese y cúmplase,

LUIS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA

Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DE BOYACÁ
NOTIFICACIÓN POR ESTADO
El auto anterior se publica por estado
No. 26 de mayo del 2020
EL SECRETARIO