

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN PRIMERA

Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de marzo dos mil veintitrés (2023)

Referencia: MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Número único de radicación: 50001 23 33 000 2019 00294 01

Actoras: CONSTRUCTORA BARÚ S.A.S. y SANTA CECILIA S.A. E.S.P.

Asunto: Resuelve recurso de apelación contra auto.

AUTO INTERLOCUTORIO

El Despacho decide el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la **CORPORACIÓN PARA EL DESARROLLO SOSTENIBLE DEL ÁREA DE MANEJO ESPECIAL LA MACARENA**¹, parte demandada, contra el auto de 3 de mayo de 2022, proferido por el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL META**², dentro de la audiencia inicial establecida en el artículo 180 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - CAPCA⁻³, modificado por el artículo 40 de la Ley 2080 de 25 de enero de 2021⁴, por medio del cual, entre otras determinaciones, decidió denegar la comparecencia del perito que rindió el dictamen que

¹ En adelante CORMACARENA.

² En adelante el Tribunal.

³ Ley 1437 de 18 de enero de 2018, "Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo".

⁴ "Por medio de la cual reforma el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo" - Ley 1437 de 2011- y se dictan otras disposiciones en materia de descongestión en los procesos que se tramitan ante la jurisdicción.

aportó la parte actora con la demanda a la audiencia de pruebas, prevista en el artículo 181 *idem*.

I-. ANTECEDENTES.

Las sociedades **CONSTRUCTORA BARÚ S.A.S.** y **SANTA CECILIA S.A. E.S.P.**, a través de apoderado, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, previsto en el artículo 138 del CPACA, presentaron demanda tendiente a que se declare la nulidad de las resoluciones núms. PS-GJ 1.2.6.18.1539 de 27 de julio de 2018, "***por medio de la cual se cierra investigación y se impone sanción***", y PS-GJ 1.2.6.19.0239 de 11 de marzo de 2019, "***por la cual se resuelven dos (2) recursos de reposición y se dictan otras disposiciones***", expedidas por **CORMACARENA**.

A título de restablecimiento del derecho solicitaron ordenar a la demandada restablecer los derechos de la **CONSTRUCTORA BARÚ S.A.S.**, en lo que tiene que ver con la explotación del pozo de aguas subterráneas a que se refieren los actos acusados; y respecto de la sociedad **SANTA CECILIA S.A. E.S.P.**, de no interferir en su actividad como contratista del concesionario y hacer devolución de cualquier suma de dinero pagada por ésta a título de multa.

Adicionalmente, solicitaron el reconocimiento de unas sumas de dinero por concepto de daños o perjuicios materiales y patrimoniales, en su modalidad de daño emergente y lucro cesante consolidado, y morales.

II-. FUNDAMENTOS DE LA PROVIDENCIA APELADA.

Mediante auto proferido en la audiencia inicial celebrada el 3 de mayo de 2020, el Tribunal, entre otras determinaciones, denegó la citación del perito que rindió el dictamen pericial aportado por la parte actora con la demanda, solicitada por el **CONDominio BARÚ P.H.**, tercero con interés directo en las resultas del proceso, por considerar que dicha sociedad no se encontraba legitimada para controvertir la prueba, comoquiera que el objeto de la misma concierne únicamente al valor de los perjuicios económicos reclamados respecto de los cuales la solicitante no es destinataria, habida cuenta que la intervención solo atañe a los hechos que respaldan las pretensiones de nulidad de los actos acusados.

III-. FUNDAMENTOS DEL RECURSO.

Inconforme con lo anterior, el apoderado de **CORMACARENA** interpuso recurso de reposición, en subsidio, de apelación, argumentando que si bien por descuido no solicitó la comparecencia del perito a la audiencia de pruebas, teniendo en cuenta que el tercero interesado en las resultas del proceso sí lo pidió, debía citársele a éste para que indique la idoneidad y contenido del dictamen pericial rindió, información que estima relevante para el proceso.

El Tribunal, en proveído de la misma fecha no repuso la decisión recurrida por considerar que la contradicción del dictamen pericial, en los términos del artículo 228 del CGP, recae en la parte contra la cual se aduce la prueba; y que como el objeto de ésta concierne a los daños y perjuicios económicos causados con la expedición de los actos

acusados, es a la parte demandada a quien le asiste interés sobre ésta y no al tercero con interés directo en las resultas del proceso, respecto de quien no se invocaron pretensiones de esa índole.

Concluyó que había lugar a tramitar el recurso de apelación, en razón a que si bien no se negó el decreto o práctica de una prueba sí su contradicción.

IV.- CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

El numeral 7 del artículo 243 del CPACA, modificado por el artículo 62 de la Ley 2080 de 2021, establece:

"[...] ARTÍCULO 243. APELACIÓN. Son apelables las sentencias de primera instancia y los siguientes autos proferidos en la misma instancia:

7. El que niegue el decreto o la práctica de pruebas [...]".

En el presente caso, el Despacho observa que, en el escrito contentivo de la demanda la parte actora solicitó, entre otras pruebas, el decreto de un dictamen pericial, en los siguientes términos:

*"[...] Dictamen pericial
Dictamen pericial elaborado por el perito DIEGO MUÑOZ MARTÍNEZ en el que se establece el monto de los perjuicios generados a las sociedades demandantes [...]"*.

En la contestación de la demanda, que fue radicada en vigencia del CPACA original⁵, **CORMACARENA** debatió el dictamen pericial argumentando que los actos administrativos acusados fueron expedidos como resultado de una investigación exhaustiva que culminó con la sanción impuesta a las demandantes, en los cuales se autorizó a la **CONSTRUCTORA BARÚ S.A.S.** a seguir prestando normalmente el

servicio de acueducto y alcantarillado a los copropietarios del **CONDOMINIO BARÚ P.H.** hasta el día 21 de noviembre de 2019, fecha en la cual vencía el permiso ambiental de concesión de aguas subterráneas a ella otorgado, razón por la cual no había lugar a reclamar daños materiales, patrimoniales ni extrapatrimoniales.

⁵ 20 de febrero de 2020.

Por su parte, el **CONDOMINIO BARÚ P.H.**⁶, tercero con interés directo en las resultas del proceso, se opuso a la totalidad de las pretensiones invocadas en cuanto señaló que las de nulidad carecían de fundamento jurídico y probatorio, y las de contenido económico “*[...] carecen del derecho de percibir algún tipo de indemnización, pues no está demostrado que el acto administrativo sancionatorio incurra en alguna causal de nulidad [...]*”⁷.

El Tribunal, en proveído de 12 de agosto de 2021, advirtió a las partes que de acuerdo con lo previsto en el artículo 218 del CPACA, modificado por el artículo 54 de la Ley 2080, la contradicción del dictamen pericial aportado con la demanda se regiría por las reglas establecidas en los artículos 226, 227 y 228 del Código General del Proceso -CGP-, preceptos bajo los cuales ya no era obligatoria la asistencia del perito que rindió el dictamen a la audiencia de pruebas, sino que su comparecencia dependía de la citación que efectuara la parte contraria.

No obstante, que como para el momento en que la demandada y el tercero con interés directo en las resultas del proceso contestaron la

demanda⁸ se encontraba vigente el CPACA original y, por ello no solicitaron la citación del perito a la audiencia de pruebas, en aras de

⁶ 28 de febrero de 2020.

⁷ Contestación visible en el archivo núm. 6 contentivo en el índice 2 del expediente digital.

⁸ Constancia secretarial visible en el archivo núm. 14 contentivo en el índice 2 del expediente digital.

garantizar el tránsito legislativo de la Ley 2080, el Tribunal corrió traslado del referido dictamen en los términos del artículo 228 del CGP, a efectos de su contradicción.

La anterior decisión fue notificada en estado electrónico de fecha 13 de agosto de 2021.

Dentro del término de traslado, el apoderado del **CONDominio BARÚ P.H.**, tercero con interés en las resultas del proceso, solicitó la comparecencia del perito que rindió el dictamen aportado por la demandante a la audiencia de pruebas prevista en el artículo 181 del CPACA, con el fin de interrogarlo bajo juramento acerca de su idoneidad e imparcialidad sobre el contenido del dictamen.

El Tribunal a través de la providencia recurrida denegó la contradicción del dictamen solicitada por el **CONDominio BARÚ P.H.**, por considerar que de conformidad con lo establecido en el artículo 228 del CGP, tal prueba no se adujo en contra del tercero con interés directo en las resultas del proceso sino de la entidad demandada, pues su objeto concierne únicamente a los perjuicios económicos presuntamente causado con la expedición de los actos acusados.

Por su parte, **CORMACARENA** estimó que debe revocarse la providencia recurrida, por cuanto, a su juicio, la citación del perito

que rindió el dictamen aportado con la demanda, es relevante para el proceso.

Precisado lo anterior, se tiene que el artículo 219 del CPACA original, establecía que la parte que pretendiera allegar al proceso un peritaje debía acompañarlo con la demanda, su reforma o sus contestaciones.

A su vez, el artículo 220 *idem*, disponía la forma como debía realizarse la contradicción de los dictámenes periciales aportados por las partes y las oportunidades para solicitar las pruebas que sustentaran las objeciones de éstos, las cuales se formulaban en la audiencia inicial, aportando otro dictamen, solicitando uno nuevo o la intervención de un testigo técnico que hubiera participado en los hechos materia del proceso.

La norma en cita también señalaba que en la audiencia de pruebas se discutirían los dictámenes periciales, **para lo cual se citaría a los peritos a la diligencia**, con el fin de que expresaran la razón y las conclusiones de éstos, y permitía a las partes formularle a éste preguntas relacionadas con la prueba.

No obstante, los anteriores preceptos fueron modificados por los artículos 55 y 56 de la Ley 2080, respectivamente, en el sentido de señalar que la prueba pericial se rige por las normas del CGP; y que su solicitud debe efectuarse en las oportunidades procesales previstas en el CPACA para solicitar pruebas, esto es, en la demanda o su reforma y en las contestaciones de las mismas.

En lo que tiene que ver con la contradicción del dictamen pericial, el artículo 228 del CGP, norma aplicable por remisión expresa del artículo 219 del CPACA, establece que la parte contra la cual se aduzca un dictamen pericial podrá solicitar la comparecencia del perito a la audiencia de pruebas, dentro del término de traslado del proveído que lo ponga en conocimiento, diligencia en la que éste podrá ser interrogado sobre su idoneidad e imparcialidad y sobre el contenido del dictamen rendido.

Teniendo en cuenta lo anterior, el Despacho considera que debe confirmarse la decisión recurrida habida cuenta que de la revisión del proveído de 3 de mayo de 2022 se advierte que el Tribunal denegó la comparecencia del perito que rindió el dictamen aportado con la demanda por la parte actora, porque quien controvertió la prueba no se encontraba legitimado para debatirlo en razón del objeto de ésta.

En efecto, observa el Despacho que no había lugar a citar al perito que rindió el dictamen a la audiencia de pruebas, toda vez que, como lo señaló el *a quo*, el objeto de dicha prueba concierne únicamente a las pretensiones de contenido económico y no a las de nulidad de los actos acusado, respecto de las cuales sí le asiste interés al **CONDOMINIO BARÚ P.H.**, en la medida en que se opuso a la declaratoria de nulidad de éstos, por carecer de fundamento jurídico y probatorio.

En ese sentido, el Despacho destaca que la prueba pericial aportada por la actora con la demanda tiene como finalidad demostrar el monto

de los perjuicios generados por **CORMACARENA** a las sociedades demandantes con la expedición de los actos acusados, circunstancia por la que no había lugar a citar al perito para que absolviera el interrogatorio que eventualmente formularía el tercero con interés directo en las resultas del proceso, sobre su idoneidad e imparcialidad.

Ahora bien, se advierte que, la oportunidad procesal para contradecir el dictamen y solicitar la comparecencia del perito a la audiencia de pruebas, transcurrió durante el traslado del auto que puso en conocimiento de la parte demandada y del tercero con interés en las resultas del proceso, el tránsito legislativo de la Ley 2080, esto es, los días 19 a el 23 de agosto de 2021, lapso dentro del cual **CORMACARENA** debió solicitar lo pertinente; empero, como ella misma lo admitió en la sustentación del recurso objeto de alzada, no emitió pronunciamiento alguno.

Lo anterior permite al Despacho considerar que los reparos que formuló **CORMACARENA**, relacionados con la relevancia de la contradicción de la prueba, debieron ponerse de presente dentro de la oportunidad procesal pertinente en la cual debió solicitar la comparecencia del perito que rindió el dictamen aportado con la demanda a efectos de interrogarlo en la audiencia de pruebas, de acuerdo con lo previsto en el artículo 218 del CPACA, modificado por el artículo 54 de la Ley 2080, y no en el recurso de apelación interpuesto contrala decisión que denegó la contradicción en audiencia solicitada por otro sujeto procesal.

Por lo precedente, el Despacho confirmará la decisión recurrida, como en efecto se dispondrá en la parte resolutive de esta providencia.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, en Sala Unitaria,

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la providencia de 3 de mayo de 2022 proferida por el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL META**, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: En firme esta decisión, devuélvase al Tribunal de origen para que continúe con el trámite pertinente, previas las anotaciones de rigor.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,

(Firmado electrónicamente)
NUBIA MARGOTH PEÑA GARZÓN
Consejera