

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL VALLE DEL CAUCA

Santiago de Cali, 05 MAR. 2020

Auto Interlocutorio No. 67.

MAGISTRADA PONENTE: ZORANNY CASTILLO OTALORA

ACCIÓN:	REPARACIÓN DIRECTA
EXPEDIENTE:	760001-33-33-004-2016-000339-01
DEMANDANTE:	YECENIA GARCES LOZANO Y OTROS
DEMANDADO:	MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI Y OTROS
ASUNTO	APELACIÓN DE AUTO – CONFIRMA AUTO QUE NIEGA PRUEBAS

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Se procederá a resolver el recurso de apelación propuesto por la parte demandante, contra el auto nro. 500 de fecha 19 de junio de 2019¹, proferido en audiencia inicial por el Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito de Cali, mediante el cual negó el decreto y practica del dictamen pericial solicitado a folio 314 a 358 del expediente y el testimonio técnico del señor Jairo Fernando Perea Hoyos.

II. ANTECEDENTES

En ejercicio del medio de control consagrado en el artículo 140 del CPACA y actuando a través de apoderado judicial, la señora Yecenia Garces Lozano y otros, demandaron al Municipio de Santiago de Cali y otros, para que se declare responsable por los daños y perjuicios ocasionados al señor José Feliciano Mosquera quien como consecuencia del impacto sufrido con una tapa de alcantarillado, falleció en hechos ocurridos el 25 de noviembre de 2014.

III. DE LA PROVIDENCIA APELADA:

Mediante auto interlocutorio nro. 500 de fecha 19 de junio de 2019, proferido por el Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito de Cali en audiencia inicial, negó el decreto y practica del dictamen pericial solicitado a folio 314 a 358 del expediente y el testimonio del señor Jairo Fernando Perea Hoyos, bajo los siguientes argumentos:

“PRUEBA PERICIAL (fls. 314-358)

“Frente al dictamen pericial sobre las causas que originaron el siniestro presentado el 25 de diciembre de 2014, el cual fue aportado por la parte actora en el escrito que descurre el traslado de las excepciones se concluye que, su objeto es determinar el fondo de la Litis. En ese orden, se advierte que si bien el CPACA permite solicitar pruebas en el traslado de las excepciones, estas exclusivamente deben estar encaminadas a probar las excepciones planteadas. Así las cosas, se NIEGA su decreto como quiera que esta no es la oportunidad para solicitar pruebas de conformidad con lo establecido en el artículo 212 inciso 2 del CPACA.

¹ VER FOLIO 4



PRUEBA TESTIMONIAL

(...)

Ahora bien, frente a testimonio del señor JAIRO FERNANDO PEREIRA HOYOS, el Despacho otorga el uso de la palabra al apoderado de la parte actora, para que aclare el objeto y manifieste si el mismo estuvo presente en el día de la ocurrencia de los hechos.

-Interviene el apoderado, quien indicó que no estuvo presente el día de la ocurrencia de los hechos, sin embargo conoce los hechos de la demanda, toda vez que trabajó en EMCALI en calidad de ingeniero Sanitario, por tanto, el testigo puede tener conocimientos técnicos y especializados que el despacho ni los abogados conocen sobre el reglamento técnico ras, que es el que regula todo el tema técnico del alcantarillado en la ciudad de Cali, porque las tapas de alcantarilla flotan en el aire y caen encima de la cabeza de la víctima causándole la muerte un día después...”

De conformidad con lo manifestado por el apoderado, el Despacho NIEGA su práctica por impertinente, inconducente e innecesario. Al respecto, se recuerda que un testigo técnico es “aquel sujeto que posee conocimientos especiales en torno a una ciencia o arte, que lo hace particular al momento de relatar los hechos que interesan al proceso, de acuerdo con la teoría del caso”, puesto de otra forma, que “es la persona experta de una determinada ciencia o arte que lo hace especial y que al relatar los hechos por haberlos presenciado se vale de dichos conocimientos especiales”.

En este sentido, el testigo además de contar con los conocimientos especiales, requiere que el declarante tenga conocimiento personal de los hechos y sólo sobre aquéllas circunstancias fácticas que ha conocido directamente por los sentidos, lo cual en el presente asunto no ocurrió, por lo que se deniega su práctica.”

IV. FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

El apoderado judicial de la parte demandante presentó recurso de apelación contra el auto nro. 500 de fecha 19 de junio de 2019, proferido por el Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito de Cali, argumentado:

“Primero, frente al testigo técnico si bien es cierto no estuvo de manera presencial en los hechos, el si conoció el caso, porque trabajó en el departamento de recolección, trabajó en Emcali, conoció el caso, tiene conocimientos especializados que puede darle luces al juez en unos hechos oscuros, porque hacen parte de una especialidad que todos aquí somos profanos como la ingeniería sanitaria, por eso se llama al señor Ingeniero Jairo Fernando Pereira Hoyos para que acuerdo a sus conocimientos le explique al despacho como ocurrió, porque ocurrió y a que se debe esa explosión de una tapa de alcantarilla y si se presenta un dictamen pericial que ataque a las excepciones de la entidad demandada, por cuanto la entidad demandada alega que existe una inexistencia de responsabilidad por parte de EMCALI, extracontractual del estado, alega también, más adelante otras clases de excepciones de cara a negar lo sucedido como suele pasar en este tipo de casos, por eso se atacó de manera directa esa excepción y la que interpuesto la entidad Emcali.

Por otro lado, la prueba versa sobre unos hechos que conciernen al debate, es conducente porque forjaría de certeza al juzgador y es útil en cuanto se considera como una prueba que llevará a una convicción en el marco del estado social de derecho la prueba pericial que se aportó, máxime si este proceso fue conocido por la Fiscalía General de la Nación, donde los dueños o propietarios de una edificación que se vio involucrada, fueron todos condenados penalmente y existe una constancia en el expediente que no fue posible encontrar una persona en Santiago de Cali y en Colombia que determinara a través de un dictamen pericial lo que ocurrió(...)”²

² Ver audiencia inicial folio 1: (intervención minuto 19:19 a minuto 23:39)



Radicación : 2016-000339-01
 Medio de control : REPARACIÓN DIRECTA
 Demandante : YECENIA GARCES LOZANO Y OTROS
 Demandado : MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI Y OTROS

3

V. CONSIDERACIONES:

5.1. COMPETENCIA

De conformidad con el artículo 243 de la Ley 1437 de 2011, el auto mediante el cual se niega el decreto o la práctica de una prueba es pasible del recurso de apelación, siendo competente en segunda instancia el Tribunal para desatar el mismo. La norma en comento señala lo siguiente:

“Art. 243.- Son apelables las sentencias de primera instancia de los Tribunales y de los Jueces. También serán apelables los siguientes autos proferidos en la misma instancia por los jueces administrativos:

(...)

9. El que deniegue el decreto o práctica de alguna prueba pedida oportunamente.”

5.2. PROBLEMA JURÍDICO

El asunto que se discute se contrae a establecer:

Corresponde a este Despacho determinar: 1) si hay lugar a decretar la prueba solicitada por el apoderado judicial de la parte demandante al momento de presentar el escrito a través del cual se pronunció frente a las excepciones presentadas por el apoderado judicial de la parte demandada y 2) si es procedente decretar el testimonio del señor Jairo Fernando Pereira Hoyos en calidad de testigo técnico.

5.3. TESIS DEL DESPACHO

El Despacho confirmará la decisión de primera instancia, en cuanto que las pruebas allegadas y solicitadas por la apoderada judicial de la parte demandante al momento de pronunciarse sobre las excepciones previas, se encuentran fuera de la oportunidad procesal que el artículo 212 del CPACA consagra para ser allegadas al expediente.

Frente a la negativa en el decreto del testimonio el señor Jairo Fernando Pereira Hoyos, el despacho confirmará dicha decisión, por cuanto no se evidencia en el plenario que éste testigo hubiera tenido conocimiento de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se desarrollaron los hechos narrados en la demanda.

5.4. CASO CONCRETO

De conformidad con el artículo 320³ del C.G.P, aplicable por remisión del artículo 306⁴ del CPACA, se procederá a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, pronunciándose solamente sobre los argumentos expuestos en el recurso interpuesto.

A su turno, el artículo 328 ibídem dispone entre otros aspectos que: *“el juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley”*.

³ Artículo 320. Fines de la apelación.

El recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión.

Podrá interponer el recurso la parte a quien le haya sido desfavorable la providencia: respecto del coadyuvante se tendrá en cuenta lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 71.

⁴ ARTÍCULO 306. ASPECTOS NO REGULADOS. En los aspectos no contemplados en este Código se seguirá el Código de Procedimiento Civil en lo que sea compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones que correspondan a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Del tenor literal de la norma en cita, concluye el Despacho que la voluntad del legislador es que, en virtud del recurso de apelación el superior estudie y revise la decisión proferida por el *a quo*, pero con una característica especial, y es que dicha instancia se limita a aquellos precisos cargos expuestos por el recurrente al sustentar su inconformidad, los cuales, se encuentran limitados, en virtud de la congruencia, a lo decidido por el juez en primera instancia.

Aclarado lo anterior, el Despacho encuentra que el artículo 212 del CPACA manifiesta que las pruebas pueden ser aparecidas por el juzgador, cuando son solicitadas, practicadas e incorporadas al proceso dentro del término y oportunidad señalados. De manera textual dispone:

“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...”.

El Consejo de Estado (2019)⁵ recalcó, que el precitado artículo prevé las oportunidades en que las pruebas deben ser aportadas o solicitadas, así:

“Asimismo, el artículo 212⁶ del CPACA, prevé que las oportunidades para aportar o solicitar la práctica de pruebas en primera instancia corresponden a: la presentación de 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, según el caso concreto.

El numeral 6º del artículo 180 del CPACA, sobre las excepciones previas establece que el Juez o Magistrado Ponente, de oficio o a petición de parte resolverá sobre las excepciones previas, e indica que si excepcionalmente se requiere la práctica de pruebas, se suspenderá la audiencia, hasta por el término de diez (10) días, con el fin de recaudarlas y al reanudar la audiencia se decidirá sobre tales excepciones.

Por su parte el artículo 101 del CGP, establece lo siguiente:

“ARTÍCULO 101. OPORTUNIDAD Y TRÁMITE DE LAS EXCEPCIONES PREVIAS. Las excepciones previas se formularán en el término del traslado de la demanda en escrito separado que deberá expresar las razones y hechos en que se fundamentan. Al escrito deberán acompañarse todas las pruebas que se pretenda hacer valer y que se encuentren en poder del demandado.

El juez se abstendrá de decretar pruebas de otra clase, salvo cuando se alegue la falta de competencia por el domicilio de persona natural o por el lugar donde

⁵ Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 18 de noviembre de 2019, Radicación número: 25000-23-37-000-2016-02035-01.

⁶ “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”.



ocurrieron hechos, o la falta de integración del litisconsorcio necesario, casos en los cuales se podrán practicar hasta dos testimonios...” (Negrilla y subraya fuera de texto).

De conformidad con lo expuesto, puede decirse entonces que una de las oportunidades probatorias consagrada en la Ley 1437 de 2011 es el traslado de las excepciones, lo cual debe interpretarse armónicamente con el artículo 212 y el numeral 6 del artículo 180 del CPACA, en sentido de entender que el traslado de las excepciones, es respecto de hechos constitutivos de las excepciones previas.

- Frente a la negativa del decreto del dictamen pericial solicitado por la parte demandante, el Despacho encuentra:

En el caso de autos, el apoderada judicial de la parte demandante allegó memorial⁷ a través del cual se pronunció frente a las excepciones propuestas por EMCALI, y allegó como prueba Dictamen Pericial denominado *“CONCEPTO TÉCNICO SOBRE LAS CAUSAS QUE ORIGINARON EL SINIESTRO PRESENTADO EN CALI EL DÍA 25 DE NOVIEMBRE DE 2014 EN LA CARRERA 7D Bis CON CALLE 69 BARRIO FEPICOL COMO CONSECUENCIA DEL CUAL, DE MANERA INTEMPESTIVA SALIERON DESPEDIDAS DE SU NICHU ALGUNAS TAPAS DE ALCANTARILLADO PÚBLICO, UNA DE LAS CUALES IMPACTARON EN LA HUMANIDAD DEL SEÑOR JOSÉ FELICIANO MOSQUERA, PRODUCIENDO SU FALLECIMIENTO”*, para que fuera tenido en cuenta al momento de proferir el fallo.

El *A-quo* negó la incorporación de dicha prueba pericial, bajo el argumento de que ataca las excepciones de fondo y no las excepciones previas que presentó EMCALI, por tanto, decidió que su decreto no era procedente.

Al respecto, debe indicarse que las excepciones previas son consideradas el medio de defensa con que cuenta la parte demandada para proteger sus intereses dentro de un proceso y que tienen como finalidad enderezar el proceso para evitar nulidades del mismo, caso en el cual corresponden a impedimentos procesales que en si no atacan el fondo del asunto litigioso.

Por su parte, el tratadista Hernán Fabio López, sobre las excepciones previas ha indicado que *“...no se dirigen contra las pretensiones del demandante, sino que tiene por objeto mejorar el procedimiento para que se adelante sobre bases que aseguren la ausencia de causales de nulidad y llegando incluso a ponerle fin a la actuación si no se corrigieron las irregularidades procesales advertidas o si éstas no admiten saneamiento”*⁸.

Puede decirse entonces, que las excepciones previas son taxativas, es decir el legislador determinó los medios defensivos que tienen tal naturaleza, no existiendo por tanto otros diferentes a los consignados en el artículo 100 del CGP, aplicable en este caso por remisión expresa del artículo 306 del CPACA.

A su vez, su misma naturaleza, la de no enervar las pretensiones de fondo del asunto, hacen entender a este Despacho que estas deben ser resueltas en la etapa inicial del proceso con el fin de que se llegue a su culminación sin ningún contratiempo, por lo tanto, las pruebas que deben decretarse al momento de contestar las excepciones previas deben ser aquellas que van dirigidas a probarlas, y no a demostrar el fondo del asunto, tal como sucedió en el presente caso donde la demandante pretende que se

⁷ Ver folios 314 a 359

⁸ LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Procedimiento Civil. Parte General. Tomo I, Novena Edición, Editores. Dupré, Bogotá, Colombia, pág. 930.

decrete una prueba que en nada ataca las excepciones previas propuesta por la entidad demandada.

En consecuencia, no era la oportunidad procesal pertinente para la solicitud pues el numeral 5 del artículo 162 del CPACA, es claro en establecer que toda demandada debe contener “La petición de las pruebas que pretende hacer valer”; así, la solicitud probatoria resulta extemporánea y debe confirmarse su negativa.

- Frente a la negativa del decreto del testimonio del testigo técnico señor Jairo Fernando Perea Hoyos, el Despacho encuentra:

El Consejo de Estado (2010)⁹, sobre la figura de testigo técnico, enseña:

“La parte actora solicitó el testimonio de una persona por su calidad, esto es de ingeniero interventor del contrato y si bien incurrió en un error mecanográfico al señalar el nombre de la persona, lo cierto es que no se equivocó en su calidad pues es evidente que pretendía obtener la declaración del interventor del contrato, información relevante para el caso en estudio.

Como ya se dijo, el C. de P. C. es claro al enunciar requisitos para el decreto de la prueba testimonial, cuales son los de expresar el nombre, domicilio y residencia de los testigos, así como enunciarse sucintamente el objeto de la prueba.

El Juez que recepcionó el testimonio debió dar primacía a la calidad del testigo como único Interventor Residente de un contrato específico, cual era el 1013 de 2001.

El testimonio que busca la parte demandante no es el de cualquier persona ni de cualquier clase. Debido al asunto y a las circunstancias que rodean el problema, se requiere que el testimonio lo rinda una persona calificada, que tenga conocimiento sobre los hechos materia de la prueba junto con conocimientos técnicos por razón de su profesión.

Al respecto la doctrina¹⁰ ha definido al testigo técnico como aquel que “está en condiciones de efectuar deducciones o inferencias de los hechos objeto del testimonio cuando ellos están relacionados con cuestiones científicas, técnicas o artísticas en las cuales es experto. Por razón de su profesión, oficio o afición” y es precisamente esa experiencia específica la que le permite “efectuar deducciones sobre las causas determinantes de ciertos hechos materia de la litis, que es donde reside la esencia o distintivo básico de ese tipo de testimonio”.

Cabe destacar que “el testigo técnico no es llamado a declarar sobre aspectos que requieren conocimientos especiales, porque eso encaja en la prueba pericial, sino que quien presenció los hechos tiene con respecto a estos y en razón de su profesión conocimientos que le permiten suministrar una información completa”, que es precisamente la que aclarará aspectos importantes todavía no confirmados.

En otro pronunciamiento el Consejo de Estado (2017)¹¹ manifestó:

Se destaca, entonces, que según el artículo 227 del Código de Procedimiento Civil (norma vigente para la época de la actuación administrativa), el testigo solo puede exponer conceptos “cuando se trate de una persona especialmente calificada por sus

⁹Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 3 de marzo de 2010, radicado nro50001-23-31-000-2010-00311-01.

¹⁰Jaime Azula Camacho, “Manual de Derecho Procesal”, Tomo VI, Pruebas Judiciales, Págs. 101,102 / Segunda Edición, Editorial Temis S.A. 2003

¹¹ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 15 de noviembre de dos mil 2017, Radicación número: 11001-03-25-000-2014-00360-00(IJ).



Radicación : 2016-000339-01
 Medio de control : REPARACIÓN DIRECTA
 Demandante : YECENIA GARCES LOZANO Y OTROS
 Demandado : MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI Y OTROS

7

conocimientos técnicos, científicos o artísticos sobre la materia". En este sentido, el testigo adquiere la connotación de técnico. La Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 17 de junio del 2015, definió al testigo técnico como "un experto en materias científicas, técnicas o artísticas que, al declarar acerca de cómo percibió los hechos, se vale de sus especiales conocimientos [...] Dar la versión de cómo se percibieron los hechos implica que el testigo hubiese presenciado las circunstancias de tiempo, modo y lugar". En este orden de ideas, la Sala considera que el señor Samuel Prada Cobos emitió un concepto científico sobre unos hechos de los que no tuvo conocimiento directo, razón por la cual no tiene la calidad de testigo técnico."

Teniendo en cuenta lo expuesto, el Despacho analizará si del expediente se desprende que el señor Fernando Perea Hoyos en calidad de testigo técnico, tuvo conocimiento de los hechos materia de prueba. Para ello se tiene, que en el numeral 9.2 del escrito de la demanda, el apoderado judicial solicitó citar como testigo técnico al ingeniero sanitario Jairo Fernando Perea Hoyos, con el objeto de declarar sobre el tiempo, modo y lugar en cómo ocurrieron los hechos, adicionalmente expuso:

"Lo que pretende, precisamente es consultar la experticia de un profesional especializado en INGENIERÍA SANITARIA, como es el caso del Ingeniero sanitario JAIRO FERNANDO PEREA HOYOS, quien como profesional, cuenta con especializaciones y experiencia, que ilustrarán al proceso, aportándole las máximas de la experiencia, en una materia tan específica, como los conocimientos que se imparten en disciplinas como la hidráulica, la ingeniería química, la biología (particularmente la microbiología), la física, la matemática, la mecánica, el mantenimiento, funcionamiento y operación del servicio de alcantarillado público de la ciudad de Cali (...) y así facilitar la percepción y la apreciación de los hechos concretos del debate, máxime si es un ingeniero idóneo en esta área científica, además de haber conocido el caso en varias oportunidades."

En el acápite transcrito el apoderado judicial de la parte demandante solicitó la prueba testimonial técnica y estableció las disciplinas en las cuales podría facilitar la percepción de los hechos, sin embargo, de dicho relato no se desprende que el señor Jairo Fernando Perea Hoyos hubiera presenciado las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se desarrollaron los hechos acaecidos el 25 de noviembre de 2014, ya que si bien, como lo expuso el apoderado judicial de la parte demandante en el recurso de apelación, el profesional trabajó en EMCALI para la fecha de los hechos y probablemente en varias oportunidades conoció del caso, no se desprende que EMCALI le hubiera encomendado efectuar algún análisis, concepto o intervención para esclarecer lo acontecido y así concluir que tuvo conocimiento. Téngase en cuenta, que el perito técnico aparte de tener una condición especial por su conocimiento en determinada materia, debe rendir una declaración representativa de los hechos.

Por lo anterior, este Despacho comparte la decisión del a quo y confirmará el auto interlocutorio nro. 500 del 19 de junio de 2019 proferido por el Juzgado Cuarto Administrativo de Cali, de conformidad con lo expuesto en esta providencia.

En consecuencia, se;

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR el auto interlocutorio nro. 500 del 19 de junio de 2019 proferido por el Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito de Cali, que negó el decreto y practica del dictamen pericial solicitado a folio 314 a 358 del expediente y el testimonio técnico del señor Jairo Fernando Perea Hoyos


Radicación : 2016-000339-01
Medio de control : REPARACIÓN DIRECTA
Demandante : YECENIA GARCES LOZANO Y OTROS
Demandado : MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI Y OTROS



8

SEGUNDO: En firme la presente decisión, remítase el expediente al Juzgado de origen, para lo de su cargo.¹²

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


ZORANNY CASTILLO OTALORA
Magistrada

¹² AAGG