

ACCION DE GRUPO - Prueba pericial / PRUEBA PERICIAL - Los informes periciales deben ser trasladados a las partes para que éstas puedan ejercer sus derechos de defensa y de contradicción

Al Despacho no le queda el menor asomo de duda de que respecto de cada prueba pericial que se practicó en este proceso –tanto aquella rendida en desarrollo de la inspección judicial, como aquella decretada para acreditar la objeción por error grave propuesta frente a la primera– se surtieron a cabalidad los traslados respectivos para que todos los sujetos procesales pudieran conocer a cabalidad tales medios probatorios y, por lo tanto, pudieran ejercer sus correspondientes derechos de defensa y de contradicción frente a tales experticios, a través de los distintos mecanismos previstos en la ley para controvertir y/o pronunciarse respecto de ambos dictámenes periciales, como en efecto lo hicieron, en particular la CVC. Nótese cómo la aludida entidad pública intervino de manera efectiva y sin limitaciones, dentro de todas y cada una de las oportunidades procesales que en primera instancia se le brindaron para que pudiera controvertir –como efectivamente controvertió– la primera prueba pericial, tanto a través de la objeción por error grave, como con sus diferentes solicitudes de adición y de aclaración de dicha prueba, amén de que la práctica del segundo dictamen pericial se produjo precisamente por petición suya y más adelante tuvo de nuevo la ocasión para controvertir ese nuevo informe técnico y no dejó de hacerlo, por cuanto también formuló peticiones de complementación y/o aclaración. En ese sentido, la Sala estima que dentro del presente asunto, lejos de existir una violación o restricción al menos al debido proceso, este fue cabalmente garantizado y con él lo fueron los derechos de defensa y de contradicción de todos los sujetos procesales, incluida, desde luego, la parte demandada, cuya participación fue notoria y activa dentro de cada actuación e incluso decisiva para la práctica de la segunda prueba técnica a cuyo decreto –se repite– procedió el Tribunal a quo en atención a la petición que en tal sentido formuló en su oportunidad la mencionada entidad pública demandada

NULIDAD DE LA PRUEBA PERICIAL EN LAS ACCIONES DE GRUPO - Son convalidadas cuando el recurrente no las coloca de presente de manera oportuna / NULIDAD DE LA PRUEBA PERICIAL EN LAS ACCIONES DE GRUPO - Deben alegarse y especificarse según las permitidas en el ordenamiento jurídico / PRUEBA PERICIAL EN LAS ACCIONES DE GRUPO - El operador judicial debe sujetarse al debido proceso en el sentido de garantizar de manera efectiva los derechos de defensa y de contradicción de las partes

Se impone concluir, además, que si dentro del presente asunto hubiere existido una irregularidad de índole procesal, ésta habría resultado convalidada con la pasividad que la propia entidad demandada observó frente a la decisión que llamó a las partes a presentar alegatos de conclusión y al Ministerio Público a rendir concepto de fondo, a lo cual se agrega la actuación ulterior que, sin proponer impugnación alguna y sin promover incidente de nulidad procesal, cumplió la propia entidad demandada en cuanto presentó sus respectivas alegaciones finales, por manera que la convalidación en esta oportunidad emerge palmaria...Es más, aún en el evento de que las pruebas se hubieran decretado y practicado cuando la etapa probatoria ya hubiera concluido e incluso después de fenecida la etapa de alegatos de conclusión, es decir que aún si el dictamen pericial no hubiera constituido –como en efecto sí constituyó– la continuación del recaudo de una prueba decretada previamente en el proceso, lo cierto es que tal situación no exigiría la reapertura de la etapa de alegaciones finales. En relación con ese último punto conviene señalar que existen circunstancias, igualmente

previstas por la ley, en las cuales se permite de manera explícita, por su razonabilidad, la posibilidad de abrirle paso a un período probatorio adicional, luego de finalizado el trámite normal del proceso, tal como ocurre por ejemplo cuando el juez, antes de dictar sentencia, decreta una o varias pruebas de oficio, con el propósito de llegar al esclarecimiento de la verdad, al paso que el ordenamiento jurídico también consagra la posibilidad de decretar y practicar pruebas en segunda instancia, es decir, cuando claramente el proceso ya ha finalizado su trámite en primera instancia...Se estima que lo realmente importante y desde luego a tener en cuenta cada vez que dentro del proceso se requiera la práctica de nuevas pruebas, es que el operador judicial actúe con estricto apego al debido proceso en el sentido de garantizar y de respetar de manera efectiva los derechos de defensa y de contradicción de las partes en relación con el medio probatorio que se trae al litigio, los cuales, para el caso que aquí se estudia, fueron plenamente observados, tal como se indicó anteriormente. Pero es más, aunque todo lo anterior resulta suficiente para desestimar las peticiones de nulidad procesal contenidas en el recurso de apelación, se estima pertinente agregar una razón adicional en el sentido de que los aspectos a los cuales ha hecho alusión la parte demandada como supuestas irregularidades de orden procesal, en realidad no se ajustan a una sola de las causales de nulidad previstas de manera expresa y precisa en el ordenamiento jurídico al punto que la propia entidad pública demandada en sus peticiones subsidiarias de nulidad procesal no invocó y menos precisó una específica causal que en este caso se hubiere podido configurar

NOTA DE RELATORIA: Sobre el principio de convalidación, su aplicación y alcance ver, Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, auto de 22 de abril de 2008, exp. C-110010315000200800180 00, reiterado en sentencias de la Sección Tercera de dicha Corporación, de 20 de septiembre de 2007, exp. 15.779 y de 21 de febrero de 2011, exp. 17.721, entre muchas otras providencias. Acerca del régimen que gobierna las causales de nulidad procesal – taxativas– previstas en el artículo 140 del C. de P. C., ver Consejo de Estado Auto de 3 de febrero de 2009, exp. 11001-03-15-000-2007-00581-00 (P.I.)

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION A

Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ

Bogotá, D.C., dieciocho (18) de junio de dos mil trece (2013)

Radicación número: 76001-23-31-000-2003-00834-02(AG)A

Actor: SANTIAGO QUINTERO TEJADA Y OTROS

Demandado: DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA Y OTROS

Antes de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia que profirió el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, el día 29 de junio de 2007, el Despacho procede a pronunciarse en relación con las solicitudes –subsidiarias– de nulidad procesal que elevó la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca –CVC– dentro del escrito contentivo del recurso de alzada.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda.

En escrito presentado el 14 de marzo de 2003, el grupo demandante integrado por los ciudadanos Robert Jairo Echeverri Cañarte, Santiago Quintero Tejada, Rubén Darío Tascón Rodríguez, Héctor Ávila Andrade, Santos Iván Eduardo Caicedo Soto, Darío Varela Gómez, Hébert Mondragón Mondragón, Horacio Andrade Mesa, José Orlando Valencia Grisales, Eduar García Serna, José Antonio Guevara Mendoza, Julián Ciro Caicedo Soto, Iván Fajardo, Orlando Cabal Toro, Jaime Antonio Vásquez Ospina, José Vicente Rivera Oviedo, Blas Antonio Guevara Mondragón, Víctor Hugo Marmolejo, Eugenio Oviedo Toro, Luis Álvaro García, Efraín Marmolejo Benítez, Elvira Benítez de Marmolejo, Carlos Alberto Andrade Pérez, Piedad Cristina Marmolejo Benítez y Javier Quiza Tomich, por intermedio de apoderado judicial, interpuso demanda en ejercicio de la acción de grupo contra la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca, el Departamento del Valle del Cauca y la Sociedad Acueductos y Alcantarillados del Valle del Cauca S.A., E.S.P. –ACUAVALLE S.A. E.S.P.–, con el fin de obtener <<la indemnización colectiva causada por la suspensión total e injustificada de las aguas del río Pescador>>¹.

2. Los hechos.

El grupo demandante narró, en síntesis, los siguientes:

¹ Según la demanda, ese hecho constituye una falla en el servicio “... fuente de responsabilidad hoy reclamada y lo que conlleva a un Daño Especial, anormal y considerable que ha efectuado y sigue efectuando perjuicio frente al goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público y a la vez ha empobrecido a todos los integrantes del grupo actor. La indemnización total e íntegra debe ser equivalente a la sumatoria ponderada de las indemnizaciones individuales”. (fl. 129 c 1).

El 1° de enero de 2001 se iniciaron las obras en el Municipio de Bolívar, Departamento del Valle del Cauca, para la ejecución del proyecto denominado SARA-BRUT, el cual consistía en un sistema de abastecimiento regional de agua para siete municipios de ese Departamento, cuya fuente era el río Pescador, el cual, a su vez, era abastecido por las subcuencas de los ríos Platanares y Calamar.

El proyecto contaba con la respectiva licencia ambiental, concedida mediante Resolución 0532 de 1999 –modificada parcialmente por las Resoluciones 0306 y 0542 de 2002–, expedidas por el Ministerio del Medio Ambiente.

La CVC debía garantizar unos niveles ecológicos determinados en los mencionados actos administrativos y el 13 de junio de 2002 se cerró la <<compuerta para iniciar el llenado del embalse por parte de la empresa contratista CONCRETO>>, con lo cual, a partir de ese día, se suspendió el fluído del cauce del río Pescador y, por lo tanto, los actores sufrieron graves perjuicios, habida cuenta de que dicho río disminuyó su caudal hasta secarse.

En el año 1997 se trató de reglamentar el uso del río Pescador a iniciativa de la comunidad y por conducto de la CVC, entidad que expidió la Resolución SGA 324 de 1999 y, mediante la misma, solicitó a la sociedad de Acueductos y Alcantarillados del Valle del Cauca –ACUAVALLE– la presentación de un proyecto de reglamentación de dicho río como cumplimiento del estudio de impacto ambiental para el proyecto SARA-BRUT; sin embargo, este proyecto inició su desarrollo en forma paralela y, por lo mismo, se suspendió el trámite de reglamentación.

Lo anterior, a juicio de la parte actora, evidenciaría que la CVC y ACUAVALLE conocían desde el año 1997 que existían usuarios de aguas superficiales del río Pescador, quienes derivaban su sustento de las actividades agrícolas del sector, abastecidos por dicho río, no obstante lo cual la CVC sólo efectuó el estudio del impacto ambiental del proyecto en el mes de noviembre de 2002, esto es cuando el río Pescador se había secado y, con ello, también el empleo y los cultivos de los agricultores, usuarios de las aguas de dicho río.

Los afectados con ese hecho, integrantes presentes y ausentes del grupo actor, ascienden a más de 100 personas, según el estudio elaborado por la CVC, quienes, además, eran concesionarios o usuarios legales del río Pescador, puesto

que algunos contaban con las respectivas resoluciones que así los identificaban, en tanto que otros tenían celebrados contratos de arrendamiento de parcelas con quienes eran concesionarios legales, subrogándose, así, en las autorizaciones de utilización de agua para el riego de cultivos, en los términos de la Ley 1541 de 1978 <<de la cual el uso del bien público es fundamental para que cada uno de los actores pueda lograr con éxito su cultivo que es su oficio, y sin este servicio el individuo no puede ejercer ni trabajar en su oficio de agricultor>>.

Para la época en la cual se produjo el cerramiento del caudal del río Pescador para el embalse de la represa, los cultivos de los demandantes se hallaban en un estado de necesidad de riego total, pero debido a ese hecho y a la disminución constante del caudal del río hasta su extinción, se habría producido la pérdida total de tales cultivos en la región.

Los contratistas y la CVC tenían un plan de contingencia frente al cerramiento de las compuertas que permitían el paso de las aguas del río Pescador, el cual consistía en el funcionamiento de unas motobombas que impulsarían el agua desde el embalse –por encima de la presa– para mantener el cauce disminuído del río, medida que pese a llevarse a cabo, no habría surtido efecto alguno, debido a las siguientes circunstancias:

“(...) las bombas no alcanzaron a mantener el caudal del río requerido por el Ministerio del Ambiente en la modificación a la Resolución 0545 del 18 de junio del 2002 que era de 200 litros por segundo inmediatamente aguas debajo de la presa ... sumado a lo anterior, el intenso verano que afrontaba el Valle del Cauca en esos meses ejercía sobre el embalse una evaporación del agua que no dejaba subir el nivel a la cota proyectada ... además los costos del funcionamiento de las bombas eran superiores a las presupuestadas (...)”.

Debido a lo anterior, se señaló que se adoptó la determinación de cortar el fluido del agua en forma definitiva, pues la finalidad habría sido la de llenar el embalse.

Se agregó en la demanda que:

“La bocatoma del acueducto no recibió un litro de agua y el Municipio de Bolívar sufrió la calamidad de quedarse sin agua potable para el consumo humano como lo puede advertir la empresa ACUAVALLE quien es la responsable del manejo del acueducto de este municipio.

Los diferentes cultivos, que antes del daño injusto pronosticaban una excelente cosecha para todos y cada uno de los integrantes del grupo

actor, se destruyeron unos en su gran mayoría [se] perdieron totalmente y redujeron sus posibles ventas hasta en un cincuenta por ciento, otros que tenían pasto para ganado vieron cómo la producción de leche mermó considerablemente ya que utilizaban pasto de corte como comida de sus animales, este perjuicio a raíz de la falta de agua causó un detrimento patrimonial en el grupo actor sin que exista una justa causa, lo cual no puede ser patrocinado por nuestro Estado, según lo proclaman claras normas legales y constitucionales”.

3.- La sentencia objeto de nulidad.

Surtido el trámite legal correspondiente en sede de primera instancia, el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, mediante sentencia proferida el 29 de junio de 2007 (fls. 833 a 909 c ppal), consideró que existía falta de legitimación en la causa por pasiva respecto de las Sociedades de Acueductos y Alcantarillados del Valle del Cauca S.A., E.S.P., MAPFRE Seguros Generales de Colombia S.A., y del Departamento del Valle del Cauca.

En relación con la sociedad CONCONCRETO S.A., dentro del fallo apelado se le absolvió de responsabilidad patrimonial, por considerar que *<<del material probatorio no puede siquiera inferir la Sala, conducta dolosa o gravemente culposa de la empresa contratista CONCONCRETO S.A., en desarrollo y ejecución de la obra en mención, que conduzca a la prosperidad del llamamiento en garantía hecho por la CVC>>*.

De otra parte, el Tribunal Administrativo *a quo* accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, en cuanto reconoció las indemnizaciones por concepto de perjuicios materiales, toda vez que no encontró demostrados los perjuicios morales reclamados por los actores.

Para atribuirle responsabilidad patrimonial a la C.V.C., se concluyó en la sentencia materia de recurso de apelación, lo siguiente:

“En conclusión, deben acogerse las pretensiones de la demanda – aunque en forma parcial–, pues aparecen en el proceso suficientemente demostrados los elementos que permiten imputar la responsabilidad a la demandada Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca – CVC– no a título de falla en el servicio porque no se encuentra probada en el expediente la negligencia, impericia o imprudencia que los actores atribuyen a la autoridad ambiental, pero sí bajo el título de imputación del daño especial, toda vez que pese a que el diseño, construcción, montaje, operación y puesta en funcionamiento del embalse SARA-BRUT –Sistema de Abastecimiento Regional de Agua–, ciertamente

obedeció a la imperiosa necesidad de satisfacer un servicio público consistente en proveer de agua potable a las poblaciones de los municipios de Bolívar, Roldanillo, La Unión, Toro, Zarzal, La Victoria, Obando y los Corregimientos de Ricaurte y la Herradura en el Departamento del Valle del Cauca, y, por ende, resulta indiscutible que la administración obró no sólo en ejercicio de una actividad completamente lícita, sino también atendiendo claros y expesos preceptos constitucionales, como quiera que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado y es deber de éste asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional, no obstante ello, se repite, se impuso a los actores –todos ellos dignos representantes de un grupo de especial relevancia social, dada su condición de modestos labriegos quienes de la noche a la mañana vieron truncados sus esfuerzos de varios meses, ante la pérdida inexorable de sus cultivos por la escasez de tan vital líquido, para padecer en cambio los perjuicios cuyo resarcimiento reclaman, los cuales han tenido importantes repercusiones sociales en toda el área de influencia del proyecto en cuestión–, una carga excepcional, superior a la que normal y ordinariamente deben encarar todos los ciudadanos, en la medida en que por causa del susodicho proyecto, sus condiciones de vida y hábitat natural se vieron evidentemente afectados, todo lo cual es violatorio del principio de igualdad ante la ley”.

4.- El recurso de apelación y los argumentos allí contenidos que justifican la petición de nulidad de la sentencia de primera instancia.

Inconforme con la sentencia de primera instancia antes referida, la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca –CVC– interpuso recurso de apelación (fls. 995 a 1004 c ppal); entre los puntos encaminados a lograr la revocatoria del fallo impugnado, dicha entidad deprecó la declaratoria de una nulidad procesal por la supuesta vulneración de sus derechos al debido proceso y de defensa.

A juicio de la entidad impugnante, dentro del proceso se habría omitido el traslado para que las partes pudieran alegar de conclusión, por cuanto una vez practicada la última prueba pericial –con su respectiva aclaración y complementación– se profirió fallo de primera instancia, sin haber concedido el traslado para que la entidad demandada hubiera presentado sus alegaciones finales, dado que si bien existió una decisión en tal sentido, lo cierto es que después de esa primera oportunidad para alegar de conclusión se practicó una nueva prueba técnica, la cual dio lugar a diferentes actuaciones procesales y, por consiguiente, *<<habiéndose agotado con ellas un período probatorio nuevo que recauda pruebas no consideradas por las partes y por el despacho al momento de haber corrido traslado para alegar inicialmente ... era obligatorio que el despacho otorgara nuevo [término] para presentar alegatos de conclusión>>*.

De otra parte, la entidad pública demandada sostuvo que en el proceso se recaudó y se acogió como prueba un dictamen pericial, cuya constancia de recibido por parte del Tribunal Administrativo *a quo* no se encontraba bien determinada en el expediente, cuestión que según la entidad pública recurrente

“... atenta contra el derecho al debido proceso de la Corporación, toda vez que habiéndose presentado los alegatos de conclusión el día 25 de febrero de 2005 soportados en la valoración de las pruebas recaudadas y en las que se encontraba un dictamen pericial no objetado por ninguna parte y favorable a las pretensiones de la CVC, se presenta una prueba pericial que si bien había sido decretada, se allega al expediente de una manera irregular pues se dejó transcurrir el tiempo de alegar para conocer los argumentos de la Corporación y refutados con la prueba que hoy es considerada como la que determina la existencia de perjuicios”.

Agregó que a través de la vulneración a su debido proceso <<se produjo concomitantemente la violación al derecho de defensa de mi poderdante, puesto que al incurrir en la primera omisión puso en evidente desventaja a los demandados de la acción de grupo con relación a los demandantes, al privarlos del derecho y completa valoración de los medios probatorios>>.

5.- Oposición al recurso de alzada.

El grupo actor rebatió los cargos que el recurso de apelación plantea, pues señaló que en el proceso sí se garantizó de manera efectiva el debido proceso y el derecho de defensa del ente demandado, amén de que existen pruebas suficientes que acreditan la responsabilidad patrimonial del ente público accionado (fls. 1016 a 1020 c ppal).

6.- Alegatos de conclusión en segunda instancia.

La compañía MAPFRE Seguros Generales de Colombia S.A., la parte actora y la C.V.C., intervinieron en esta etapa del proceso con apoyo en argumentos que serán expuestos al momento de dictar sentencia, puesto que dicen relación con el correspondiente recurso de apelación y no con la alegada nulidad procesal que aquí se examina y resuelve (fls. 1035 a 1041 c ppal); los demás sujetos procesales guardaron silencio.

7.- Trámite previo a la resolución del incidente de nulidad propuesto en contra del fallo de primea instancia.

A través de proveído fechado el 15 de abril de 2013, el Despacho dio traslado del incidente de nulidad formulado por la parte demandada a los demás sujetos procesales, con el propósito de pudieren pronunciarse en relación con el mismo, según lo previsto en el inciso 6° del artículo 142 del C. de P. C.

La anterior decisión se fundamentó en lo siguiente:

<<Al llevar a cabo el análisis del recurso de apelación interpuesto por la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca –CVC–, en contra de la sentencia que dictó el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, el día 29 de junio de 2007, el Despacho encuentra que dentro del escrito que contiene dicha impugnación, la parte demandada elevó las siguientes peticiones:

1. Principal: *que se revoque la sentencia apelada;*

2. Subsidiaria 1: *que se declare la nulidad, de pleno derecho, de un dictamen pericial rendido en el proceso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 29 de la Constitución Política;*

3. Subsidiaria 2: *que se “... DECLARE LA NULIDAD de todas las actuaciones procesales surtidas desde el auto que ordena correr traslado a las partes para alegar de conclusión inclusive (...).”*

A juicio del Despacho, la parte demandada –CVC– al elevar las peticiones que aparecen formalmente como subsidiarias, en realidad procedió a promover un incidente de nulidad procesal, de cuyo fundamento se deduce la petición de que se anule parcialmente lo actuado dentro del presente proceso, cuestión que impone un pronunciamiento en relación con los temas planteados por la C.V.C., a título de nulidad procesal, antes de que se resuelva el recurso de alzada>>. (fls. 1084 y 1085 c ppal).

8.- Oposición al incidente de nulidad.

8.1.- La parte actora señaló que la nulidad de pleno de derecho que se predica respecto del dictamen pericial rendido en el proceso se definió en sede de primera instancia, a través de auto de 23 de febrero de 2006, por manera que la entidad demandada pretende reabrir el debate en torno a un tema procesal ya resuelto.

Agregó que mediante auto de fecha 26 de agosto de 2005, se dio traslado a las partes del dictamen pericial que se practicó en el proceso, decisión que fue materia de impugnación por unos de los sujetos procesales y también se elevaron sendas peticiones de aclaración y de adición respecto de tal informe técnico; que tanto los recursos como las aludidas peticiones fueron objeto de las decisiones

correspondientes, motivo por el cual “... *no existe ninguna causal de nulidad, en la que se pueda fundar lo solicitado ...*”.

8.2.- Los demás sujetos procesales guardaron silencio dentro de esta oportunidad procesal.

II. CONSIDERACIONES

Este Despacho es competente para resolver el incidente de nulidad formulado por la parte demandante, de conformidad con los dictados del artículo 61 de la Ley 1395 de 2010, mediante el cual se adicionó el artículo 146-A del C.C.A., así:

“Art. 146-A.- Las decisiones interlocutorias del proceso, en única, primera o segunda instancia, proferidas por los tribunales administrativos y el Consejo de Estado, serán adoptadas por el magistrado ponente.

Sin embargo, las decisiones a que se refieren los numerales 1, 2, 3 del artículo 181 serán de Sala excepto en los procesos de única instancia”.

Ahora bien, para efectos de resolver las peticiones anulatorias elevadas por la entidad pública demandada –CVC–, se efectuará la reseña procesal correspondiente, en punto al dictamen pericial que se practicó en el proceso y de las actuaciones que a partir de él se surtieron en sede de primera instancia:

1.- Dentro del proceso se decretó y se practicó una inspección judicial con intervención de un perito respecto de los predios que habrían resultado afectados con la actuación de la CVC, dentro de la ejecución del proyecto denominado SARA-BRUT.

2.- Más adelante, mediante proveído calendado el 15 de febrero de 2005 (fl. 480 c 9), el señor Magistrado Ponente en primera instancia corrió traslado a los sujetos procesales para que pudieran presentar sus alegatos de conclusión, oportunidad dentro de la cual intervinieron algunas de las partes, entre ellas la propia CVC (fls. 481 a 507 c 9).

3.- Una vez vencido el término para alegar de conclusión en primera instancia, al expediente se anexó el informe pericial que rindió el auxiliar de la Justicia que intervino durante la práctica de la referida inspección judicial (fls. 509 a 515 c 9).

4.- A través de auto de fecha 26 de agosto de 2005, todavía en primera instancia, se dio traslado a las partes respecto del aludido dictamen pericial y ello dio lugar a que el experticio fuese objeto de sendas peticiones de aclaración, corrección y adición por parte de la compañía MAPFRE Seguros Generales de Colombia y de la sociedad Acuavalle S.A., E.S.P., a propósito de se produjo el correspondiente pronunciamiento por parte del perito.

5.- De ese segundo escrito, elaborado por el perito, nuevamente se corrió traslado a los sujetos procesales, a través de proveído de 17 de marzo de 2006 (fl. 684 c 9). La prueba pericial así recaudada fue objetada por error grave tanto por la CVC, como por la compañía MAPFRE Seguros Generales de Colombia S.A. (fls. 685 a 696 c 9).

6.- Dentro de la aludida objeción por error grave, la entidad pública demandada – CVC– solicitó la práctica de un nuevo dictamen pericial (fl. 688 c 9), con el propósito de acreditar la objeción por ella propuesta, petición probatoria a la cual accedió el señor Magistrado Ponente en primera instancia, a través de auto de septiembre 18 de 2006 (fl. 714 c 9), para cuyo efecto se designó y se posesionó un segundo perito –Ingeniero Agrónomo– (fl. 722 c 9).

7.- El segundo peritaje lo rindió el segundo auxiliar de la Justicia el día 31 de enero de 2007 (fl. 739 c 9); de esa nueva prueba se dio el consiguiente traslado a las partes y respecto de ella se propuso, de nuevo, objeción por error grave por parte de la CVC, objeción que fue denegada por el Magistrado Sustanciador del proceso en primera instancia, mediante decisión de marzo 20 de 2007,

<< ... toda vez que esa experticia fue decretada y presentada, con el objeto de probar a su vez, las objeciones formuladas al dictamen rendido por el perito OSCAR ALVAREZ REYES, y en esas condiciones, en los términos del art. 238 numeral 5° del C.P.C. ...' El dictamen rendido como prueba de las objeciones no es objetable ...' >>. (fl. 749 c 9).

8.- También fue objeto la segunda prueba pericial de peticiones de aclaración, adición y/o complementación por parte del grupo actor, de la compañía MAPFRE Seguros Generales de Colombia S.A., y de la CVC (fls. 743 a 747 c 9), lo cual dio lugar a que a través de auto de 20 de marzo de 2007 (fl. 749 c 9), se dispusiera la aclaración y complementación del segundo dictamen, lo cual llevó al consiguiente

pronunciamiento por parte del perito, a través de escrito radicado el día 26 de abril de 2007 (fls. 751 a 752 c 9).

9.- El proceso ingresó al Despacho del señor Magistrado Ponente el día 27 de abril de 2007, según el informe secretarial que obra a folio 823 (c 9); el proceso permaneció allí hasta que se dictó sentencia de primera instancia, el día 29 de junio de 2007.

A juicio del Despacho, en el presente asunto no se requería de un nuevo traslado para alegar de conclusión como lo sostiene la entidad demandada, puesto que en su momento las partes contaron de manera real y efectiva con dicha oportunidad procesal e intervinieron en ella y el hecho de que con posterioridad a esa etapa se hubiera culminado con la práctica de la prueba que se inició con la inspección judicial, en punto a la presentación del correspondiente dictamen pericial, de ninguna manera constituyó una transgresión al debido proceso; por el contrario, éste de garantizó y se materializó a plenitud.

Ciertamente, de acuerdo con la reseña que se dejó expuesta en precedencia, al Despacho no le queda el menor asomo de duda de que respecto de cada prueba pericial que se practicó en este proceso –tanto aquella rendida en desarrollo de la inspección judicial, como aquella decretada para acreditar la objeción por error grave propuesta frente a la primera– se surtieron a cabalidad los traslados respectivos para que todos los sujetos procesales pudieran conocer a cabalidad tales medios probatorios y, por lo tanto, pudieran ejercer sus correspondientes derechos de defensa y de contradicción frente a tales experticios, a través de los distintos mecanismos previstos en la ley para controvertir y/o pronunciarse respecto de ambos dictámenes periciales, como en efecto lo hicieron, en particular la CVC.

Nótese cómo la aludida entidad pública intervino de manera efectiva y sin limitaciones, dentro de todas y cada una de las oportunidades procesales que en primera instancia se le brindaron para que pudiera controvertir –como efectivamente controvertió– la primera prueba pericial, tanto a través de la objeción por error grave, como con sus diferentes solicitudes de adición y de aclaración de dicha prueba, amén de que la práctica del segundo dictamen pericial se produjo precisamente por petición suya y más adelante tuvo de nuevo la ocasión para

controvertir ese nuevo informe técnico y no dejó de hacerlo, por cuanto también formuló peticiones de complementación y/o aclaración.

En ese sentido, la Sala estima que dentro del presente asunto, lejos de existir una violación o restricción al menos al debido proceso, este fue cabalmente garantizado y con él lo fueron los derechos de defensa y de contradicción de **TODOS** los sujetos procesales, incluida, desde luego, la parte demandada, cuya participación fue notoria y activa dentro de cada actuación e incluso decisiva para la práctica de la segunda prueba técnica a cuyo decreto –se repite– procedió el Tribunal *a quo* en atención a la petición que en tal sentido formuló en su oportunidad la mencionada entidad pública demandada.

Ahora bien, después de que los sujetos procesales alegaron de conclusión, la foliatura del expediente, que en apariencia contiene la cronología de las actuaciones procesales, refleja la presentación y el consiguiente ingreso al encuadernamiento del primer informe pericial, prueba que, bueno es señalarlo, no cuenta con la respectiva nota de presentación y de recibido por el Tribunal Administrativo de primera instancia, ni con una fecha de elaboración por parte del auxiliar de la Justicia, aspectos éstos que llevaron a la CVC a advertir esa situación tanto en primera instancia, como ahora por vía del recurso de apelación, en el sentido de que en el expediente no quedó registro alguno de la fecha de entrega o presentación de esa prueba.

Al respecto se debe tener presente que el proveído de fecha 26 de agosto de 2005 (fl. 586 c 9), por medio del cual se corrió traslado a las partes del primer informe pericial rendido en el proceso, fue objeto, además, de un recurso de reposición por parte de la CVC (fl. 590 c 9), dentro del cual dicha entidad advirtió esa situación, puesto que según ella se le corrió traslado “... *de un peritazgo que no aparece recibido oportuna y formalmente ...*” en el proceso.

Y para decidir la aludida impugnación, el Magistrado Ponente, en forma previa, requirió a la Secretaría del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca para efectos de esclarecer la situación (fl. 602 c 9), requerimiento que tuvo respuesta en el sentido de señalar que el dictamen pericial se recibió en dicha Dependencia el día 9 de septiembre de 2004 (fl. 604 c 9).

Con base en el informe que emitió la Secretaría del Tribunal Administrativo de primera instancia, el señor Magistrado que condujo el proceso en ese nivel resolvió² el recurso de reposición que interpuso la CVC, en el sentido de mantener el auto cuestionado –por medio del cual se dio traslado a las partes del primer dictamen pericial presentado–, pues consideró que la fecha de presentación de dicha prueba había sido esclarecida y que, por lo tanto, no existía una irregularidad que viciara la validez de la actuación (fls. 607 a 610 c 9), tema que, por lo tanto, quedó definido en esa instancia.

Así pues, el Despacho estima que el argumento planteado por la entidad pública recurrente no está llamado a prosperar y, por lo tanto, no existe justificación y mucho menos causal de nulidad que invalide lo actuado a partir del recaudo del primer dictamen pericial, comoquiera que al margen de si la prueba técnica se entregó ante el Tribunal con anterioridad o después del vencimiento de la etapa de alegatos de conclusión, lo cierto es que ese medio probatorio en realidad era desarrollo o complementación de una prueba pedida, decretada y practicada de manera oportuna y con arreglo a la ley, esto es la inspección judicial con intervención de perito, cuyo inicio se produjo mucho antes de la etapa de alegatos de conclusión, por manera que resultaba completamente viable y razonable, desde el punto de vista jurídico y del orden de las cosas, que el auxiliar de la Justicia elaborara y allegara su informe como consecuencia de la inspección judicial de la cual él fue partícipe.

Por lo tanto, al tratarse de una prueba cuyos decreto y práctica fueron ampliamente conocidos por las partes, puesto que su petición la hizo oportunamente una de ellas –CONCRETO S.A.– y además todos los sujetos procesales pudieron intervenir en su práctica y contradecirla sin cortapisas, se impone concluir que la CVC, tenía total claridad de que el informe del perito aún no se había allegado al proceso para la fecha en que se emitió el auto que llamó a las partes a alegar de conclusión y aunque sabía perfectamente que dicho dictamen se encontraba en período de elaboración y debía integrarse a la respectiva inspección judicial, lo cierto es que nada advirtió, nada manifestó y ningún recurso interpuso al respecto, dado que una vez se corrió traslado para alegar de conclusión en primera instancia guardó absoluto silencio y procedió a presentar sus alegatos de conclusión, sin mencionar y mucho menos manifestar

² A través de auto fechado en octubre 11 de 2005.

inconformidad alguna por la falta de incorporación del mencionado informe pericial al proceso.

En ese sentido, se impone concluir, además, que si dentro del presente asunto hubiere existido una irregularidad de índole procesal, ésta habría resultado convalidada con la pasividad que la propia entidad demandada observó frente a la decisión que llamó a las partes a presentar alegatos de conclusión y al Ministerio Público a rendir concepto de fondo, a lo cual se agrega la actuación ulterior que, sin proponer impugnación alguna y sin promover incidente de nulidad procesal, cumplió la propia entidad demandada en cuanto presentó sus respectivas alegaciones finales, por manera que la convalidación en esta oportunidad emerge palmaria, tal como de manera reiterada lo ha predicado la Corporación, en los siguientes términos:

*“(...) la posibilidad de alegar las causales de nulidad susceptibles de saneamiento –al igual que sucede con las demás irregularidades que se configuren dentro de un proceso, distintas de las causales legales de nulidad procesal–, es una posibilidad que se encuentra sometida a precisas y determinadas etapas procesales cuyo vencimiento determina su preclusión, a lo cual debe agregarse **que dicho saneamiento supone la convalidación de la actuación lo cual puede darse bien por manifestación expresa del consentimiento de la parte afectada o bien por consentimiento tácito, como el que corresponde a la realización de actuaciones posteriores sin alegación de la nulidad correspondiente**”³. (Se destaca).*

En línea con el aludido principio de convalidación, en providencia de 1º de febrero de 2013⁴, se precisó:

*“Tal como se puede apreciar con facilidad, **la pasividad del demandante frente a algunas de las decisiones judiciales adoptadas en el proceso con posterioridad a la supuesta configuración del vicio señalado, así como el desarrollo activo y efectivo de algunas actuaciones cuyas también con posterioridad al momento en el que se habría presentado la referida nulidad** –todo según se ha reseñado cronológicamente– constituyen suficientes elementos para concluir que la nulidad cuyo decreto solicitó la parte demandante ante la segunda instancia tan sólo el día 14 de abril de 2011 –petición que se formuló después de que ya se había interpuesto, concedido y admitido el correspondiente recurso de apelación–, aun en el hipotético evento de tratarse de una nulidad que en realidad se hubiere presentado, de todas*

³ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, auto de 22 de abril de 2008, exp. C-110010315000200800180 00, reiterado en sentencias de la Sección Tercera de dicha Corporación, de 20 de septiembre de 2007, exp. 15.779 y de 21 de febrero de 2011, exp. 17.721, entre muchas otras providencias.

⁴ Dictado dentro del expediente con número interno 39.424.

formas se habría saneado para el momento en que se invocó, en la medida en que "... la parte que podía alegarla no lo hizo oportunamente" (artículo 144-1, C. de P. C.), amén de que la alegó cuando ya no podía hacerlo, puesto que la ley le niega esa posibilidad "... [a] quien haya actuado en el proceso después de ocurrida la respectiva causal sin proponerla" (artículo 143, inciso 6, C. de P. C.)". (Se destaca).

Es más, aún en el evento de que las pruebas se hubieran decretado y practicado cuando la etapa probatoria ya hubiera concluido e incluso después de fenecida la etapa de alegatos de conclusión, es decir que aún si el dictamen pericial no hubiera constituido –como en efecto sí constituyó– la continuación del recaudo de una prueba decretada previamente en el proceso, lo cierto es que tal situación no exigiría la reapertura de la etapa de alegaciones finales.

En relación con ese último punto conviene señalar que existen circunstancias, igualmente previstas por la ley, en las cuales se permite de manera explícita, por su razonabilidad, la posibilidad de abrirle paso a un período probatorio adicional, luego de finalizado el trámite normal del proceso, tal como ocurre por ejemplo cuando el juez, antes de dictar sentencia, decreta una o varias pruebas de oficio, con el propósito de llegar al esclarecimiento de la verdad⁵, al paso que el ordenamiento jurídico también consagra la posibilidad de decretar y practicar pruebas en segunda instancia⁶, es decir, cuando claramente el proceso ya ha finalizado su trámite en primera instancia.

En ese último caso, de aceptarse la argumentación planteada por la parte demandada, se estarían contraviniendo de manera directa los preceptos legales que prevén la posibilidad de practicar pruebas en segunda instancia, por la sencilla pero suficiente razón de que cada vez que en la nueva instancia tuvieran que practicarse pruebas habría por lo tanto que retrotraer la actuación hasta antes de la etapa de alegatos de conclusión en primera instancia, lo cual resultaría todo un contrasentido.

Se estima que lo realmente importante y desde luego a tener en cuenta cada vez que dentro del proceso se requiera la práctica de nuevas pruebas, es que el operador judicial actúe con estricto apego al debido proceso en el sentido de garantizar y de respetar de manera efectiva los derechos de defensa y de

⁵ Artículos 169 del C.C.A., y 134 del C. de P. C.

⁶ Artículos 214 del C. C. A., y 361 del C. de P. C.

contradicción de las partes en relación con el medio probatorio que se trae al litigio⁷, los cuales, para el caso que aquí se estudia, fueron plenamente observados, tal como se indicó anteriormente.

Pero es más, aunque todo lo anterior resulta suficiente para desestimar las peticiones de nulidad procesal contenidas en el recurso de apelación, se estima pertinente agregar una razón adicional en el sentido de que los aspectos a los cuales ha hecho alusión la parte demandada como supuestas irregularidades de orden procesal, en realidad no se ajustan a una sola de las causales de nulidad previstas de manera expresa y precisa en el ordenamiento jurídico al punto que la propia entidad pública demandada en sus peticiones subsidiarias de nulidad procesal no invocó y menos precisó una específica causal que en este caso se hubiere podido configurar, a propósito de lo cual la Jurisprudencia del Consejo de Estado, de manera reiterada, ha sostenido:

*“A propósito del régimen legal de las nulidades procesales, importa destacar que el mismo se encuentra orientado, entre otros, por los principios de i) **taxatividad o especificidad** y de ii) convalidación o saneamiento, con sujeción a los cuales se tiene, en virtud del primero, que **no será posible invocar y menos aplicar causales de nulidad que no hubieren sido expresamente consagradas por el legislador** –única autoridad, junto con el Constituyente claro está, con facultades para establecer y definir las causales de nulidad (...)”⁸.*

De conformidad con todo lo expuesto, se denegarán las peticiones –subsidiarias– contenidas en el recurso de apelación, encaminadas a lograr la nulidad procesal de parte de este litigio.

➤ **Renuncia del apoderado principal del grupo demandante.**

Mediante memorial allegado al Despacho el pasado 10 de mayo de 2013, el apoderado principal del grupo actor, doctor José Conrado Ortiz Muñoz, portador de

⁷ En ese sentido, la Jurisprudencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de la Corporación, en relación con el régimen que gobierna las causales de nulidad procesal –taxativas– previstas en el artículo 140 del C. de P. C., ha destacado precisamente la causal constitucional de pleno derecho, consagrada en el inciso final del artículo 29 Constitucional, en cuanto se trate de pruebas obtenidas con violación del debido proceso, cuestión que se configura sólo cuando el recaudo de la prueba se realiza con total desconocimiento de las formalidades esenciales establecidas para la práctica de las pruebas. [Auto de 3 de febrero de 2009, exp. 11001-03-15-000-2007-00581-00 (P.I.)].

⁸ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, auto de 22 de abril de 2008, exp. C-110010315000200800180 00, reiterado en sentencias de la Sección Tercera de dicha Corporación, de 20 de septiembre de 2007, exp. 15.779 y de 21 de febrero de 2011, exp. 17.721, entre muchas otras providencias.

la Tarjeta Profesional de Abogado No. 95.906 del Consejo Superior de la Judicatura, renunció al poder a él conferido y para el efecto señaló que la representación judicial de los actores dentro de este litigio la asumiría el apoderado sustituto de los mismos, doctor Robert Jairo Echeverry Cañarte, portador de la Tarjeta Profesional de Abogado No. 94.676 del Consejo Superior de la Judicatura (fl. 1104 c ppal).

Comoquiera que la renuncia al poder por parte del apoderado principal de los actores se ajusta a la ley, el Despacho la admitirá; se prescindirá de la comunicación a los poderdantes, toda vez que su representación dentro de este proceso la mantendrá su apoderado sustituto, ahora principal⁹.

Por lo expuesto, el Despacho

RESUELVE:

Primero: DENEGAR las peticiones de nulidad procesal que elevó la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca –CVC–, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Segundo: ACEPTAR la renuncia al poder que presentó el apoderado del grupo demandante, doctor José Conrado Ortiz Muñoz, portador de la Tarjeta Profesional de Abogado No. 95.906 del Consejo Superior de la Judicatura.

Tercero: TENER como apoderado principal de los actores en este proceso al doctor Robert Jairo Echeverry Cañarte, portador de la Tarjeta Profesional de Abogado No. 94.676 del Consejo Superior de la Judicatura.

⁹ Se encuentra que los actores confirieron sendos poderes a los doctores José Conrado Ortiz Muñoz y Robert Jairo Echeverry Cañarte, para que los representaran en este proceso como sus apoderados, principal y sustituto, respectivamente y en tal condición se les reconoció personería a través de auto de 18 de marzo de 2003 (fl. 151 c 9).

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ
Consejero de Estado