

DICTAMEN PERICIAL - Objetivo. Designación del perito / PERITO - Forma de rendir el dictamen / DICTAMEN - Concepto. Requisitos

Procede la Sala a indicar, en primer lugar que, según el régimen probatorio del Código de Procedimiento Civil, aplicable a los juicios contencioso administrativos, el dictamen pericial es un medio de prueba cuyo objetivo es verificar hechos que interesan al proceso y requieran especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos de peritos. (arts. 175 y 233 C.P.C.). Las partes dentro del término probatorio podrán solicitar la práctica del dictamen pericial y determinar los puntos a resolver (cuestionario). A continuación el juez de conocimiento, mediante auto, deberá pronunciarse sobre la procedencia del dictamen y las cuestiones que tratara. En la misma providencia designará a los peritos, que deben ser escogidos de la lista oficial de auxiliares de la justicia. Una vez posesionados los peritos el juez señala el plazo para presentar el dictamen. (arts. 236 [1 y 2] y 9 [1. a] C.P.C) Los peritos designados por el juez deben rendir formalmente y por escrito su dictamen, entendido como un concepto, informe u opinión según su experiencia, con el cual dan respuesta a los interrogantes formulados por las partes y el juez. El dictamen o prueba pericial a que hacen referencia los artículos 233 a 242 del Código de Procedimiento Civil se rige por estas normas, de manera que para que sea decretado y valorado como prueba debe cumplir todos y cada uno de los requisitos contenidos en ellas, entre otros, su práctica en legal forma y que se le dé a la parte contraria la posibilidad de contradecirlo, en aras de garantizar el derecho de defensa.

FUENTE FORMAL: CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 175 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 233 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 236 INCISO 1 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 236 INCISO 2 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL-ARTICULO 233 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 234 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 235 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL-ARTICULO 236 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 237 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 238 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 239 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 240 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 241 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 242

EXPERTICIO - Concepto / DICTAMEN PERICIAL - Es diferente al experticio

Los artículos 1º del artículo 10 de la Ley 446 de 1998 y 183 del Código de Procedimiento Civil, modificado por el artículo 18 de la Ley 794 de 2003, protegen la libertad probatoria al permitir a las partes allegar dentro de la oportunidad procesal experticios emitidos por instituciones o profesionales especializados. Entiéndese como experticio el concepto, informe u opinión que emite un profesional especializado en determinada materia o una institución. De manera que cualquiera de las partes pueden solicitar a un particular experto su concepto u opinión sobre el asunto discutido a instancias judiciales con el fin de sustentar los hechos y afirmaciones de la demanda o de la contestación de la misma. Ese experticio debe ser apreciado por el juez de conocimiento al momento de dictar sentencia junto con las demás pruebas. Se resalta nuevamente la libertad que tienen las partes pues ellas pueden elegir si la cuestión a resolver debe someterse al concepto de un perito designado por el juez (prueba pericial) o si simplemente aportan un informe de un profesional especializado o institución. Si se escoge esta última opción el juez la tendrá como una prueba documental. Conforme con lo expuesto estima la Sala que no debe tomarse de manera literal la solicitud de la

sociedad actora de “decretar y tener como prueba el dictamen pericial emitido por la doctora GLORIA ZADY CORREA PALACIO”, toda vez que en este caso se trata de un concepto técnico elaborado por fuera del proceso a solicitud de la demandante, que eligió un profesional en contaduría pública para que explicara el procedimiento de declaración electrónica de retenciones en la fuente a través del Sistema de Declaración y Pago Electrónico de la DIAN. Además el concepto se allegó dentro de una las oportunidades procesales para pedir pruebas, pues se aportó con la adición de la demanda.

DICTAMEN PERICIAL - Es la prueba decretada por el juez / EXPERTICIO - Concepto emitido por fuera del proceso que debe tenerse como prueba dentro del mismo

Se concluye entonces que el dictamen pericial es aquella prueba decretada por el juez y rendido por un perito como auxiliar de la justicia y que del mismo debe darse traslado a las partes. Esta prueba se rige por lo dispuesto en los artículos 233 a 242 del Código de Procedimiento Civil. Por su parte, los experticios de que tratan los artículos 10 [1] de la Ley 446 de 1998 y 183 del Código de Procedimiento Civil, si bien también son conceptos o informes, éstos son presentados por fuera del proceso por profesionales escogidos por las partes y no por el juez y posteriormente se allegan al juicio dentro de las oportunidades procesales para que sean tenidos como prueba. En este sentido la Corte Constitucional se pronunció (sent. T-417/08) y precisó que el legislador diseñó un nuevo concepto de prueba judicial técnica, diferente a la prueba pericial. Primero en el artículo 21 del Decreto 2651 de 1991 y más tarde en el artículo 10 de la Ley 446 de 1998. Norma reiterada por el artículo 18 de la Ley 794 de 2003 que modificó el artículo 183 del Código de Procedimiento Civil.

FUENTE FORMAL: LEY 446 DE 1998-ARTICULO 10 / LEY 794 DE 2003 - ARTICULO 18

NOTA DE RELATORIA: Sobre el valor probatorio del experticio se cita sentencia de la Corte Constitucional T-417 de 2008

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION CUARTA

Consejera ponente: MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA

Bogotá, D. C., once (11) de marzo de dos mil diez (2010)

Radicación número: 25000-23-27-000-2008-00183-01(17986)

Actor: HSBC FIDUCIARIA S.A.

Demandado: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES

AUTO

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte actora contra el auto de 12 de agosto de 2009 por el cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca- Sección Cuarta-Subsección "A", no tuvo como prueba un dictamen pericial.

ANTECEDENTES

La Sociedad HSBC Fiduciaria S.A. por medio de apoderado y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A. solicita la nulidad de los actos administrativos proferidos por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales que le impusieron una sanción por no presentar la declaración de retención en la fuente del período 5 del año gravable de 2002.

Surtida la admisión de la demanda y de su adición conforme a los autos de 29 de agosto de 2008 y de 23 de enero de 2009 (fls. 101 y 192), procede el *a quo* a decretar las pruebas solicitadas oportunamente por las partes mediante auto de 12 de agosto de 2009 (fls. 213-215), objeto del presente recurso.

EL AUTO APELADO

El Tribunal tiene como pruebas los documentos allegados oportunamente. Decreta los testimonios solicitados por la demandante.

No tiene como prueba el dictamen pericial de la contadora Gloria Zady Correa Palacio allegado por la parte demandante por no cumplir con los requisitos del Código de Procedimiento Civil.

EL RECURSO

El apoderado de la parte demandante precisa que solicitó decretar y tener como prueba el experticio de la contadora Gloria Zady Correa Palacio, especialista en temas contables y tributarios, con fundamento en el numeral 1º del artículo 10 de la Ley 446 de 1998 y en el artículo 183 C.P.C. que disponen que *cualquiera de las partes, en las oportunidades procesales para solicitar pruebas, podrá presentar experticios emitidos por instituciones o profesionales especializados.*

Sostiene que su solicitud no se sustentó en los artículos 174, 233 y 238 del Código de Procedimiento Civil, por lo que la aplicación de esas normas por el Tribunal, para determinar si el experticio cumple los requisitos legales para decretarse como prueba, es equivocada.

Trascribe apartes de jurisprudencia (sent. C-798/03 C. Cnal) y de doctrina (López Blanco Hernán Fabio, Procedimiento Civil, Tomo III) para fundamentar la legalidad de la facultad de las partes de presentar experticios emitidos por profesionales especializados en las oportunidades procesales para pedir pruebas.

Por lo anterior, considera que el experticio cumple con los requisitos establecidos por el artículo 183 del Código de Procedimiento Civil, al ser rendido por una profesional especializada y presentado en la oportunidad procesal para pedir pruebas. En consecuencia, solicita revocar parcialmente la providencia recurrida y decretar y tener como prueba el informe pericial de la contadora Gloria Zady Correa Palacio.

LA OPOSICIÓN

La parte demandada se opone al recurso interpuesto. En primer lugar, se refiere al concepto de *peritación* y de *prueba pericial*. En segundo lugar, transcribe el artículo 233 del Código de Procedimiento Civil, norma que, a su juicio, no permite tener como prueba el dictamen emitido por la contadora Gloria Zady Correa Palacio, al no estar probado que fue decretado y practicado en otro proceso o actuación con audiencia de la contraparte.

Estima que decidir en contravía de la norma estudiada y tener como prueba el experticio implica la violación del derecho a la defensa de la parte demandada, porque el informe carece de contradicción, requisito exigido por el artículo 238 ib.

Concluye que esa prueba desnaturaliza los fundamentos probatorios que regulan el litigio, si se tiene en cuenta que se incorporaría una prueba obtenida por una de las partes, sin mediar conocimiento de la parte contraria, lo cual impide que intervenga en su práctica, aclaración u objeción.

Por lo antes expuesto, solicita confirmar el auto apelado.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA

La Sala observa que la sociedad actora en el numeral 11.3 del acápite de pruebas de la demanda (fl. 147), solicita:

"11.3. EXPERTICIO.

*De conformidad con lo establecido en el numeral 1° del Artículo 10 de la Ley 446 de 1998, solicito al Tribunal Administrativo de Cundinamarca se sirva decretar y tener como prueba el dictamen pericial emitido por la doctora **GLORIA ZADY CORREA PALACIO**, Contadora Pública de reconocida experiencia profesional en materia tributaria y contable, relacionado con las declaraciones de Retención en la Fuente y Recibo de Pago en Bancos, para el período de mayo de dos mil dos(2002), con fecha del día veinticuatro (24) de noviembre del año dos mil ocho (2008)."*

A folios 149 a 167 obra informe rendido por la contadora pública Gloria Zady Correa Palacio en el que resuelve nueve preguntas formuladas por la sociedad HSBC Fiduciaria S.A., relacionadas con el procedimiento de declaración electrónica de retenciones en la fuente a través del Sistema de Declaración y Pago Electrónico de la DIAN en el año 2002. Este informe es el que pretende la parte actora que se tenga como prueba.

Procede la Sala a indicar, en primer lugar que, según el régimen probatorio del Código de Procedimiento Civil, aplicable a los juicios contencioso administrativos, el dictamen pericial es un medio de prueba cuyo objetivo es verificar hechos que interesan al proceso y requieran especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos de peritos. (arts. 175 y 233 C.P.C.).

Las partes dentro del término probatorio podrán solicitar la práctica del dictamen pericial y determinar los puntos a resolver (cuestionario). A continuación el juez de conocimiento, mediante auto, deberá pronunciarse sobre la procedencia del dictamen y las cuestiones que tratara. En la misma providencia designará a los peritos, que deben ser escogidos de la lista oficial de auxiliares de la justicia. Una vez posesionados los peritos el juez señala el plazo para presentar el dictamen. (arts. 236 [1 y 2] y 9 [1. a] C.P.C)

Los peritos designados por el juez deben rendir formalmente y por escrito su dictamen, entendido como un concepto, informe u opinión según su experiencia, con el cual dan respuesta a los interrogantes formulados por las partes y el juez.

El dictamen o prueba pericial a que hacen referencia los artículos 233 a 242 del Código de Procedimiento Civil se rige por estas normas, de manera que para que sea decretado y valorado como prueba debe cumplir todos y cada uno de los requisitos contenidos en ellas, entre otros, su práctica en legal forma y que se le dé a la parte contraria la posibilidad de contradecirlo, en aras de garantizar el derecho de defensa.

Precisado lo anterior, la Sala para el caso concreto observa que, el informe rendido por la citada contadora pública no encaja en el concepto de prueba pericial contenido en las normas citadas en el párrafo anterior, pues no se emitió por un perito (auxiliar de la justicia) designado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca ni tuvo audiencia de la parte contraria.

Al no cumplir con los anteriores requisitos no es posible decretar y tener como prueba pericial el informe presentado, tal como lo entendió el Tribunal.

No obstante, alega la recurrente que su solicitud no se fundamentó en los artículos 174, 233 y 238 del Código de Procedimiento Civil sino en el numeral 1º del artículo 10 de la Ley 446 de 1998 que dispone:

"Art. 10. Solicitud, Aportación y Práctica de Pruebas. Para la solicitud, aportación y práctica de pruebas, además de las disposiciones generales contenidas en el Código de Procedimiento Civil y demás disposiciones se dará aplicación a las siguientes reglas:

- 1. Cualquiera de las partes, en las oportunidades procesales para solicitar pruebas, podrá presentar experticios emitidos por instituciones o profesionales especializados. De existir contradicción entre varios de ellos, el juez procederá a decretar el peritazgo correspondiente. (...)"*

Igualmente se apoya en el artículo 183 del Código de Procedimiento Civil, modificado por el artículo 18 de la Ley 794 de 2003, que reprodujo la norma transcrita, así:

"Art. 183. 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 para ello en este código.

Cualquiera de las partes, en las oportunidades procesales para solicitar pruebas, podrá presentar experticios emitidos por instituciones o profesionales especializados. De existir contradicción entre varios de ellos, el juez procederá a decretar el peritazgo correspondiente. (...)"

Las normas trascritas protegen la libertad probatoria al permitir a las partes allegar dentro de la oportunidad procesal experticios emitidos por instituciones o profesionales especializados. Entiéndese como experticio el concepto, informe u opinión que emite un profesional especializado en determinada materia o una institución.

De manera que cualquiera de las partes pueden solicitar a un particular experto su concepto u opinión sobre el asunto discutido a instancias judiciales con el fin de sustentar los hechos y afirmaciones de la demanda o de la contestación de la misma. Ese experticio debe ser apreciado por el juez de conocimiento al momento de dictar sentencia junto con las demás pruebas.

Se resalta nuevamente la libertad que tienen las partes pues ellas pueden elegir si la cuestión a resolver debe someterse al concepto de un perito designado por el juez (prueba pericial) o si simplemente aportan un informe de un profesional especializado o institución. Si se escoge esta última opción el juez la tendrá como una prueba documental.

Conforme con lo expuesto estima la Sala que no debe tomarse de manera literal la solicitud de la sociedad actora de *"decretar y tener como prueba el dictamen pericial emitido por la doctora **GLORIA ZADY CORREA PALACIO**"*, toda vez que en este caso se trata de un concepto técnico elaborado por fuera del proceso a solicitud de la demandante, que eligió un profesional en contaduría pública para que explicara el procedimiento de declaración electrónica de retenciones en la fuente a través del Sistema de Declaración y Pago Electrónico de la DIAN. Además el concepto se allegó dentro de una las oportunidades procesales para pedir pruebas, pues se aportó con la adición de la demanda.

Entiende la Sala que la sociedad demandante lo que pretende con ese documento es sustentar las afirmaciones de la demanda, razón por la cual debe tenerse como prueba conforme con lo dispuesto en los artículos 10 [1] de la Ley 446 de 1998 y 183 del Código de Procedimiento Civil.

Se concluye entonces que el dictamen pericial es aquella prueba decretada por el juez y rendido por un perito como auxiliar de la justicia y que del mismo debe darse traslado a las partes. Esta prueba se rige por lo dispuesto en los artículos 233 a 242 del Código de Procedimiento Civil.

Por su parte, los experticios de que tratan los artículos 10 [1] de la Ley 446 de 1998 y 183 del Código de Procedimiento Civil, si bien también son conceptos o informes, éstos son presentados por fuera del proceso por profesionales escogidos por las partes y no por el juez y posteriormente se allegan al juicio dentro de las oportunidades procesales para que sean tenidos como prueba.

En este sentido la Corte Constitucional se pronunció (sent. T-417/08) y precisó que el legislador diseñó un nuevo concepto de prueba judicial técnica, diferente a la prueba pericial. Primero en el artículo 21 del Decreto 2651 de 1991 y más tarde en el artículo 10 de la Ley 446 de 1998. Norma reiterada por el artículo 18 de la Ley 794 de 2003 que modificó el artículo 183 del Código de Procedimiento Civil.

Es importante resaltar los siguientes apartes de la sentencia T-417 de 2008, así:

“(...) 15. Nótese que las experticias técnicas que hacen referencia éstas no son los mismos dictámenes periciales regulados en los artículos 233 a 242 del Código de Procedimiento Civil, ni los informes técnicos de entidades y dependencias oficiales que reglamenta el artículo 243 del mismo estatuto procesal, por cuanto no se practican por mandato judicial, ni en el curso de una actuación judicial que impliquen intervención del juez, ni están sometidos a las ritualidades de posesión, recusaciones e impedimentos que sí se exigen para los peritos. Por el contrario, este tipo de pruebas se origina en un encargo de la parte que lo escoge y sin la intervención judicial que delimite su práctica y su contenido, pues ello corresponde a una solicitud previa al proceso.

La incorporación de los conceptos técnicos se efectúa válidamente de la misma manera que se aportan al proceso las demás pruebas documentales, puesto que el Código de Procedimiento Civil expresamente señala que podrán ser aportados en las oportunidades procesales correspondientes para solicitar pruebas (demanda, complementación de la demanda, solicitud de excepciones, contestación de la demanda y escrito que contesta las excepciones).

En cuanto a la contradicción de los conceptos técnicos se tiene que no se ejerce mediante el traslado de 3 días, como ocurre en la prueba pericial, sino en las oportunidades previstas en el procedimiento para que la contraparte manifieste su oposición y sus razones para restar credibilidad al mismo. Por esa misma razón, la validez de su incorporación al proceso se valora dentro de la sana crítica judicial, como las demás pruebas, y se aprecian en conjunto, pues al igual que el dictamen pericial, el juez es autónomo para valorar las pruebas técnicas y verificar la veracidad de sus fundamentos y conclusiones, en tanto que es al juez, y no al perito o al profesional especializado, a quién corresponde administrar justicia y resolver la controversia que se somete a su decisión final. De esta forma, es evidente que aunque el juez no se encuentra atado a la opinión técnica porque debe someterla a su valoración y apreciación objetiva y razonada, la especialidad de los conocimientos que se expresan en los documentos técnicos sí constituye un importante instrumento de apoyo judicial para su convencimiento. (..)"

Por lo expuesto, la Sala revocará el auto recurrido en cuanto negó tener como prueba el concepto presentado por la sociedad actora y en su lugar se accederá a tal solicitud.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, por medio de la Sección Cuarta de su Sala de lo Contencioso Administrativo,

RESUELVE :

1. Revócase el auto de 12 de agosto de 2009 proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca- Sección Cuarta, Subsección A en cuanto negó tener como prueba el concepto técnico. En su lugar:
2. Con el valor legal que le corresponda en su oportunidad, se tiene como prueba el concepto técnico de la contadora pública Gloria Zady Correa Palacio, presentado en tiempo por la sociedad actora.
3. Tiene personería el doctor Antonio Moyano Salamanca para actuar en representación de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales conforme al poder que obra a folio 250.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la sesión de la fecha.

MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA
Presidente de la Sección

HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS

WILLIAM GIRALDO GIRALDO