



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE

Sincelejo, siete (7) de julio de dos mil diecisiete (2017)

SALA TERCERA DE DECISIÓN

Magistrado Ponente: CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.
RADICADO: 70001-3333-009-2013-00081-01
DEMANDANTE: DAMARIS ESTHER MERLANO MEDRANO
DEMANDADO: MUNICIPIO DE SAN ANTONIO DE PALMITO
**ASUNTO: NACIÓN – RAMA JUDICIAL – DIRECCIÓN
EJECUTIVA DE LA ADMINISTRACIÓN JUDICIAL.**

Agotadas las etapas procesales de segunda instancia en el caso de la referencia, sería el caso de entrar a decidir el fondo del asunto mediante sentencia; sin embargo, esta Sala de Decisión observa que ello no es posible como quiera existen puntos difusos que solo es posible dilucidarlos a través de prueba que debe ser decretada conforme lo dispone el inciso 2º del artículo 213 del CPACA. Lo anterior se sustenta conforme las siguientes:

CONSIDERACIONES.

Las reglas para el decreto de pruebas de oficio previstas en el artículo 213 del CPACA, como premisa especial, se aplican a todas las controversias ordinarias contenciosas administrativas, por ello, al tener regulación especial y propia en el estatuto contencioso administrativo, no es posible efectuar remisión a las normas adjetivas generales, salvo que existan vacíos. Al efecto dicha normativa dispone:

Artículo 213. Pruebas de oficio. En cualquiera de las instancias el Juez o Magistrado Ponente podrá decretar de oficio las pruebas que considere necesarias para el esclarecimiento de la verdad. Se deberán decretar y practicar conjuntamente con las pedidas por las partes.

Además, oídas las alegaciones el Juez o la Sala, sección o subsección antes de dictar sentencia también podrá disponer que se practiquen las pruebas necesarias para esclarecer puntos oscuros o difusos de la contienda. Para practicarlas deberá señalar un término de hasta diez (10) días.

En todo caso, dentro del término de ejecutoria del auto que decrete pruebas de oficio, las partes podrán aportar o solicitar, por una sola vez, nuevas pruebas, siempre que fueren indispensables para contraprobar aquellas decretadas de oficio. Tales pruebas, según el caso, serán practicadas dentro de los diez (10) días siguientes al auto que las decrete.

Recientemente la jurisprudencia del H. Consejo de Estado ha dicho que el artículo 213 del CPACA, contiene dos componentes en cuanto a la prueba de oficio, a saber: **i) la prueba propiamente decretada de oficio** que es aquella que se utiliza para el esclarecimiento de la verdad, la cual debe decretarse por el operador concomitantemente con las pruebas solicitadas por las partes, esto es, en la etapa de decreto de prueba de la audiencia inicial como lo prevé el articulado 180, numeral 10° del CPACA; y **ii) la prueba que se decreta oficiosamente en el interregno** que incumbe una vez presentados los alegatos de conclusión y antes de dictar sentencia, mediante auto que la doctrina y la jurisprudencia ha denominado **“auto de mejor proveer”** que tiene una finalidad distinta al decreto de prueba oficioso realizado por el juez en la audiencia inicial, en la medida que busca dilucidar puntos oscuros o dudosos, es decir, frente a hechos que presentan confusión o contradicción. En este último evento es donde el juez o la Sala de Decisión tienen la potestad de desvertebrar esa incertidumbre en aras de llegar a la verdad del hecho confuso.

Sobre el particular, el H. Consejo de Estado precisó¹:

“El llamado **“auto de mejor proveer” entendido como aquella decisión de pruebas pasible de ser proferida, previamente, a dictar sentencia, tiene finalidad estricta y focalizada al esclarecimiento de puntos oscuros o dudosos de la contienda.** Hace parte del gran continente de las llamadas “pruebas de oficio” y ha mantenido en su esencia, la misma redacción que sobre el punto contenía el CCA, siendo mejorado y enriquecido en otros aspectos por el CPACA, como se evidencia del siguiente comparativo.

CPACA	CCA
“Artículo 213. Pruebas de oficio. En cualquiera de las instancias el juez o Magistrado Ponente podrá decretar de oficio las pruebas que considere necesarias para el esclarecimiento de la verdad. Se deberán decretar y practicar conjuntamente con las pedidas por las partes.	“Artículo 169. Pruebas de oficio. En cualquiera de las instancias el Ponente podrá decretar de oficio las pruebas que considere necesarias para el esclarecimiento de la verdad. Se deberán decretar y practicar conjuntamente con las pedidas por las partes; pero, si estas no las solicitan, el Ponente solo podrá decretarlas al vencimiento del término de fijación en lista.

¹ Sentencia de 9 de febrero de 2017, radicado 41001-23-33-000-2016-00080-01, Sección Quinta, C.P. Dra. **LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ**

Además, oídas las alegaciones el juez o la sala, sección o subsección antes de dictar sentencia también podrá disponer que se practiquen las pruebas necesarias para esclarecer puntos oscuros o difusos de la contienda. Para practicarlas deberá señalar un término de hasta diez (10) días. En todo caso, dentro del término de ejecutoria del auto que decreta pruebas de oficio, las partes podrán aportar o solicitar, por una sola vez, nuevas pruebas, siempre que fueren indispensables para contraprobar aquellas decretadas de oficio. Tales pruebas, según el caso, serán practicadas dentro de los diez (10) días siguientes al auto que las decreta”.	Además, en la oportunidad procesal para decidir, la Sala, Sección o Subsección también podrá disponer que se practiquen las pruebas necesarias para esclarecer puntos oscuros o dudosos de la contienda. Para practicarlas deberá señalar un término de hasta diez (10) días, descontada la distancia, mediante auto contra el cual no procede ningún recurso.
---	---

Como se observa, de la transcripción normativa, dentro de las pruebas de oficio, **existen dos modalidades** perfectamente definidas, a saber:

-La primera, las **pruebas de oficio propiamente dichas**, que se decretan durante las instancias con el propósito de toda contienda judicial y es **esclarecer la verdad** y cuya práctica, se indica, se hace en forma conjunta con las pedidas por las partes.

Esto último impone que se deban respetar las oportunidades de postulación probatoria que se prevén en el ordenamiento procesal para las partes como sujetos procesales y todos los presupuestos de las pruebas en primera y segunda instancia tal y como se encuentra previsto en el actual 212 del CPACA (antes 214 del CCA).

-La segunda modalidad, única y propia del llamado **auto de mejor proveer**, mediante la cual se resalta en grado sumo, **el poder de instrucción del operador jurídico en su labor de administrar justicia, pero de manera excepcional, por cuanto conforme a la norma pretranscrita, implica que las etapas procesales probatorias para la postulación de las partes -que incluye a la facultad oficiosa propiamente dicha- ya han sido superadas y finiquitadas**, toda vez que el proceso se encuentra entre las etapas de alegaciones de conclusión -que ya han sido escuchados o presentados- y la de antes de dictar sentencia.

Ha de recordarse que este auto está sometido al arbitrio del juez pues hace parte de su poder instructivo facultativo, en contraste con el impositivo que propende por el esclarecimiento de la verdad dentro de las instancias y bajo el iter de la facultad instructiva propiamente dicha -no en la excepcional que se analiza-. Por eso, ante hecho o supuesto fáctico no planteado, no probado o inexistente, lo procedente es negar las súplicas de la demanda, **porque con el auto de mejor proveer no se puede pretender integrar o completar el acervo probatorio**.

Ahora bien, desde el punto de vista sustancial, el propósito de **esclarecimiento de la verdad** que acompaña la motivación de las pruebas de oficio propiamente dichas, **es diferente a la que se puede desplegar mediante el auto de mejor proveer, que únicamente propende a esclarecer puntos oscuros o difusos de la contienda**.

Esa diferencia de propósito, que por regla general pasa desapercibida, tiene un efecto procesal determinante para fijar y tener claro el pequeño límite del poder instructivo del juez dentro de las dos modalidades de prueba de oficio, **a fin de que el juez no termine completando o ampliando lo que las partes estaban obligadas a cumplir conforme a la carga probatoria que les correspondía.**

Es cierto que el esclarecimiento de la verdad es lo que se busca en toda contienda judicial y hacia lo cual propende el juez de la causa, pero tal poder no puede quedar indefinido o diluido en el tiempo de todo el proceso, porque ello implicaría realmente revertir el orden procesal tan importante para materializar el debido proceso e incluso el derecho de defensa, es por ello que las oportunidades procesales, el principio de preclusión y temas como el saneamiento del proceso para el juez de los contencioso administrativo tan de reciente creación con el CPACA, no pueden ser desconocidos, para no generar anarquía al interior del proceso que no se compadece con el Estado de Derecho que también se imbuye en los aspectos procesales y en la garantía del debido proceso.

Por ello, es que la capacidad instructiva del juez, en la modalidad del auto de mejor proveer, se ve recortada bajo estrictos parámetros tanto de plazos procesales como de aspectos y presupuestos sustanciales, en atención a que las etapas regulares o normales del ejercicio de la postulación probatoria, en las que hay un pie de igualdad entre los protagonistas del proceso, han sido superadas y finiquitadas, pues el proceso se encuentra en su etapa final -alegaciones de conclusión o de fondo ya surtidas y la etapa para proferir el fallo-.

De tal suerte, que el operador jurídico para dictar auto de mejor proveer, no puede ni debe retrotraerse a su potestad instructiva propiamente dicha que ejerce durante las instancias y en forma paralela con la postulación de las partes, con el argumento de esclarecer la verdad, porque no le es permitido y se excedería en su labor, afectando el debido proceso y el derecho de defensa, dado que la facultad instructiva que debe ejercer con parámetros de excepcionalidad, en el auto de mejor proveer, pues con ella no está llamado a suplir la incuria del interesado en probar.

Además, el punto oscuro y difuso responde al concepto de vaguedad o imprecisión², lo que supone que el hecho o supuesto fáctico que se busca clarificar siempre ha estado en el proceso -no es el oculto ni el inexistente- sino el impreciso, por eso se requiere que emerja con nitidez en forma conexa a la contienda, mediante la opción del auto de mejor proveer.

Esas son las razones por la cuales ni los sujetos procesales, pueden endilgar la incuria en el esclarecimiento de verdad, buscando profiera auto de mejor proveer, si no son las mismas partes o el interesado en probar los supuestos fácticos de los que pretende la consecuencia jurídica de la norma, quienes cumplen sus deberes dentro de la carga probatoria. Por eso verran quienes critican al operador jurídico el no esclarecer la verdad mediante poder instructivo, cuando las etapas previstas por el legislador ya han sido cumplidas.

(...)

Aclarados los puntos generales y teóricos que permiten diferenciar y entender al "auto de mejor proveer" como facultad de instrucción excepcional frente al gran contenido de la prueba de oficio de espectro más amplio dentro del poder del operador jurídico, y que no es para completar, arreglar ni mejorar la postulación probatoria, se analizará lo sucedido en el caso que ocupa la atención de la Sala."

(Negrillas y subrayado fuera de texto)

Siendo así, existe una diferencia sustancial entre las pruebas de oficios propiamente

² Diccionario de la Real Academia de la Lengua. Versión 23.

dicha para el esclarecimiento de la verdad y la que se decreta para disuadir puntos dudosos u oscuros, que radica principalmente en la oportunidad para decretarla, pues, se insiste, la primera sucede al momento de decretarse las pruebas solicitadas por las partes en audiencia inicial, y la segunda después de presentar alegatos de conclusión y antes de emitir sentencia. Por lo tanto, se le advierte a la demandante que no puede confundir estos dos escenarios, habida consideración a que poseen propósitos disimiles pese a que se encuadran en el universo de pruebas de oficio.

Para el caso de marras, el proceso cursa en la etapa de dictar sentencia de segunda instancia por lo que es posible que esta Sala de Decisión decrete pruebas de oficio mediante el presente auto de mejor proveer en aras de verificar o enervar hechos dudosos u oscuros como ya se advirtió

Abordando en el **caso concreto – objeto del auto** - una de las discusiones de las partes gravita en la legalidad o no de la Resolución No. 025 de 17 de enero de 2013³, acto que en el No. 12 señala:

"(...)

*12. Que la señora **DAMARIS ESTHER MERLANO MEDRANO** presentó acción de tutela a fin que se le protegieran sus derechos fundamentales. Acción de amparo que por reparto le correspondió al Juzgado Cuarto Civil del Circuito, donde se surtido el trámite de notificación y contestada la misma, la accionante decidió retirar dicha acción sin que el Despacho Judicial pudiera proferir fallo alguno.*

*13. Que en razón a la acción de tutela interpuesta por la señora **DAMARIS ESTHER MERLANO MEDRANO**, esta seccional decide motivar el acto administrativo por medio del cual se declaró la insubsistencia del cargo que ostentaba la señora antes referenciada.*

(...)”

En aras de determinar el contenido del expediente de tutela deprecada por la aquí accionante en su momento, concretamente, las razones por las cuales llevó a interponer ese recurso de amparo, la Sala de Decisión estima la necesidad de solventar ese punto oscuro decretando la expedición de copias legibles del acción de tutela deprecada por la demandante DAMARIS ESTHER MERLANO MEDRANO contra LA DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL – SECCIONAL SINCELEJO que cursó en el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Sincelejo.

³ Acto administrativo aportado con la contestación de la demanda.

Así la cosas, previo a dictar sentencia y por el término de diez (10) días contados a partir de la ejecutoria de esta providencia de mejor proveer, se decretará la prueba documental atrás referida.

Por último, la Sala observa la manifestación de impedimento de la Dra. SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA, con sustento en lo dispuesto por el numeral 2 del artículo 141 del CGP, esto es, por haber conocido del proceso en instancia anterior.

Señala la norma:

"Artículo 141. *Causales de recusación.*

Son causales de recusación las siguientes:

(...)

2. Haber conocido del proceso o realizado cualquier actuación en instancia anterior, el juez, su cónyuge, compañero permanente o algunos de sus parientes indicados en el numeral precedente.

(...)."

Pues bien, la Sala tendrá por fundado el desistimiento manifiesto, en atención a que, conforme se aprecia en el expediente, la Dra. SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA fungió como Juez Novena Administrativo del Circuito de Sincelejo en el trámite de la primera instancia del presente asunto, profiriendo incluso sentencia en aquella oportunidad, por lo que se configura la citada causal de recusación.

Por lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión de este Tribunal,

RESUELVE:

PRIMERO: DECRÉTESE DE OFICIO la prueba de mejor proveer referida a la expedición de copias legibles de todo el expediente que contiene la acción de tutela interpuesta por DAMARIS ESTHER MERLANO MEDRANO contra LA DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL – SECCIONAL SINCELEJO, por parte del Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Sincelejo.

SEGUNDO: Señálese el término de diez (10) para la práctica de dicha prueba de mejor proveer. Por Secretaría del Tribunal désele cumplimiento inmediato a la presente orden probatoria.

TERCERO: Vencido el término establecido o una vez allegadas las copias solicitadas,

lo que ocurra primero, regrésese el expediente al Despacho del Magistrado Ponente para efectos de adoptar la decisión del caso.

CUARTO. ACÉPTESE EL IMPEDIMENTO manifestado por la Magistrada Dra. **SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA** por las razones expuestas.

Providencia aprobada en sesión extraordinaria de la fecha No. 115

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,

CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA
Con impedimento.