



Tribunal Administrativo de Boyacá

Despacho No 5

Magistrada: Dra. Clara Elisa Cifuentes Ortiz

Tunja, **28 MAY 2018**

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Demandante: **Luz Dary Calderón Olmos**

Demandado: Municipio de Sogamoso

Expediente: 15238-3339-751-2015-00340-01

Ingresa el expediente con informe secretarial que indica que el auto que admitió el recurso de apelación se encuentra cumplido y ejecutoriado¹. (fl. 1112).

Sería del caso proveer sobre los alegatos de conclusión en segunda instancia, no obstante, a folio 1106 se observa que dentro del término de ejecutoria del auto que concedió el recurso de apelación, la parte demandante solicitó el decreto de algunas pruebas en esta instancia.

Para resolver, se **considera**:

Sea lo primero señalar, que la concesión² y la admisión del recurso de apelación contra sentencia, son decisiones judiciales independientes, que se profieren en instancias diferentes.

El artículo 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, dispone:

Artículo 247. Trámite del recurso de apelación contra sentencias. El recurso de apelación contra las sentencias proferidas en primera instancia se tramitará de acuerdo con el siguiente procedimiento:

(...)

2. Si el recurso fue sustentado oportunamente y reúna los demás requisitos legales, se concederá mediante auto en el que se dispondrá remitir el expediente al superior, quien decidirá de plano si no se hubiese pedido la práctica de pruebas. Si las partes pidieron pruebas, el superior decidirá si se decretan según lo previsto en este Código.

3. Recibido el expediente por el superior, si este encuentra reunidos los requisitos decidirá sobre su admisión.

(...)” (Negrilla y subrayado fuera del texto original)

¹ El término de ejecutoria transcurrió del 03 al 07 de mayo de 2018.

² Entendida como la acción de conceder algo que se pide o se desea.

Como queda expuesto, una vez interpuesto el recurso de apelación contra sentencia, dentro del término oportuno y con el cumplimiento de los requisitos legales exigidos, **el a quo concederá el recurso de apelación** y enviará el expediente al superior para surtir el trámite de segunda instancia.

Una vez recibido el expediente por el **ad quem**, éste estudiará su oportunidad y procedencia con el propósito de proveer sobre su **admisión**.

Ahora bien, en relación con las pruebas, el artículo 212 ibídem, dispone:

“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 segunda instancia, cuando se trate de apelación de sentencia, en el término de ejecutoria del auto que admite el recurso, las partes podrán pedir pruebas (...)” (Negrilla fuera del texto original)

De conformidad con la norma transcrita, las partes podrán pedir pruebas en segunda instancia, **en el término de ejecutoria del auto que admite el recurso de apelación**.

En el caso concreto, la accionante solicitó pruebas en segunda instancia, en el término de ejecutoria del **auto que concedió** el recurso de apelación, esto es, **en oportunidad diferente a la otorgada por el legislador para el efecto**. Sin embargo, con el objeto de favorecer el derecho al acceso a la administración de justicia, el Despacho estudiará su procedencia.

El inciso cuarto de la disposición normativa referida en precedente, establece que las pruebas en segunda instancia serán decretadas **únicamente** en los siguientes casos:

1. Cuando las partes las pidan de común acuerdo. En caso de que existan terceros diferentes al simple coadyuvante o impugnante se requerirá su anuencia.
2. Cuando decretadas en primera instancia, se dejaron de practicar sin culpa de la parte que las pidió, pero sólo con el fin de practicarlas o de cumplir requisitos que les falten para su perfeccionamiento.
3. Cuando versen sobre hechos acaecidos después de transcurrida la oportunidad para pedir pruebas en primera instancia, pero solamente para demostrar o desvirtuar estos hechos.

4. Cuando se trate de pruebas que no pudieron solicitarse en la primera instancia por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria.
5. Cuando con ellas se trate de desvirtuar las pruebas de que tratan los numerales 3 y 4, las cuales deberán solicitarse dentro del término de ejecutoria del auto que las decreta.

De lo anterior, se extrae que el decreto de pruebas en segunda instancia reviste un **carácter excepcional y solo procede en los casos allí señalados**, por tanto, quien las solicita o aporta, tiene el deber de indicar a cuál de los casos señalados corresponde la petición.

El legislador estableció unas reglas en cuanto a las solicitudes probatorias, a partir de las cuales el juez, debe pronunciarse sobre su admisibilidad y procedencia, con el fin de garantizar el debido proceso que incorpora los principios de oportunidad, contradicción y publicidad de la prueba.

Al respecto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección "A", en sentencia de 24 de junio de 2015, con ponencia del Consejero Hernán Andrade Rincón, proferida dentro del proceso número 25000-23-26-000-2005-00527-01(33304), promovido por Luis Antonio Naveros Tovar contra la Fiscalía General de la Nación, señaló:

"A propósito de este tema, la Sala, en abundante jurisprudencia, ha sostenido:

(...)

"... la posibilidad de decretar pruebas en segunda instancia con fundamento en el artículo 214 del C.C.A., se circumscribe exclusivamente a aquellos eventos en los cuales no hubiere sido posible su incorporación al proceso por circunstancias ajenas a la actuación o culpa de la parte interesada, ora porque decretadas en primera instancia se hubieren dejado de practicar sin culpa de quien las solicitó o porque versen sobre hechos nuevos ocurridos con posterioridad a la oportunidad para pedir pruebas en primera instancia, lo cual impide, por obvias razones, que hubieren sido aportadas o pedidas en esa oportunidad o, tratándose de prueba documental, no hubieren podido aducirse en la instancia anterior por motivos de fuerza mayor, caso fortuito o por obra de la parte contraria.

"...A lo anterior se añade que el aporte de dichos documentos además de ser extemporáneo y de no cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 214 del C.C.A., tuvieron como objeto suplir su propia negligencia en el sentido de que no se acreditó la legitimación en la causa por activa respecto de algunos de los actores y, por lo tanto, se pretende ahora, vía recurso de apelación, demostrarla (Se destaca)"³.

³ Sentencia de 26 de noviembre de 2014, Exp. 27.369, acumulado con el Exp. 27.037, reiterada en sentencia reciente de 12 de febrero de 2015, Exp. 31.318.

(...)

*“Cabe señalar, además, que buen parte de los documentos aportados con los alegatos de conclusión en segunda instancia apuntan a determinar la supuesta existencia de un vínculo entre la víctima y los entes demandados y la posible titularidad de éstos respecto de la obra ejecutada, para con ello tratar de controvertir la decisión de primera instancia, en cuanto en ella precisamente se denegaron las súplicas de la demanda porque la parte actora no acreditó que las entidades demandadas eran las responsables de la obra por cuya ejecución lastimosamente murió el señor Márquez Ramírez, por lo cual resulta improcedente ahora, en esta instancia, allegar documentos con esa finalidad e incluso aportados –con los alegatos de conclusión en segunda instancia– después de que la ley permite de manera excepcional pedir pruebas para que sean decretadas en segunda instancia –artículo 212 del C.C.A.–. (...)”⁴.
(Negrilla y subrayado del texto original)⁵*

En este contexto, la primera instancia es la oportunidad procesal dispuesta para que las partes **realicen las peticiones probatorias que consideren pertinentes y, aporten todas las que se encuentren en su poder**, para que las mismas sean tenidas en cuenta y valoradas por el juez, pues si bien, la segunda instancia se configura como una oportunidad adicional para reabrir el debate probatorio, su procedencia depende de la acreditación de unas circunstancias excepcionales previstas por el legislador.

En el sub-lite, mediante escrito de 12 de abril de 2018 obrante a folio 1106, la parte demandante solicitó:

- Un “peritazgo sobre las pruebas aportadas de nuestra parte que sirvieron de base a la Evaluación del Desempeño Laboral (EDL), como la valoración de la EDL en ciernes”.
- El interrogatorio de parte de la demandante.

Enmarcó su solicitud en las causales 2 y 4 del artículo 212 del CPACA, para la procedencia de pruebas en segunda instancia, en tanto las pruebas fueron solicitadas en la oportunidad procesal correspondiente y decretadas por el juez de primera instancia, pero su práctica no fue posible, toda vez que los peritos designados para el dictamen eludieron su obligación de aceptar el cargo⁶ y, el interrogatorio de parte fue desistido por la demandada.

⁴ Sentencia de 17 de abril de 2013, Exp. 26.114; M.P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez, reiterada en sentencia reciente de 12 de febrero de 2015, Exp. 31.318.

⁵ Si bien, la sentencia en cita se refiere al artículo 214 del CCA, resulta aplicable al caso en concreto porque su contenido es similar al del 212 del CPACA.

⁶ Pese a que se agotaron la lista de auxiliares de la justicia del circuito judicial de Sogamoso y de Duitama, sin que se hubiese posesionado ninguno de los peritos.

Por lo anterior, pide sea ésta la oportunidad para practicar las pruebas que se encuentran pendientes.

El artículo 212 del CPACA, establece que las partes podrán presentar los dictámenes periciales necesarios para probar su derecho, o solicitar al juez la designación de un perito, esto, en las oportunidades probatorias establecidas. En ese mismo sentido, el artículo 219 ídem prevé:

“Artículo 219. Presentación de dictámenes por las partes. Las partes, en la oportunidad establecida en este Código, podrán aportar dictámenes emitidos por instituciones o profesionales especializados e idóneos (...)” (Negrilla fuera del texto original)

De otra parte, el artículo 167 del CGP, dispone que incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

Al revisar el expediente, se observa que la prueba pericial fue solicitada por la demandante en la oportunidad procesal correspondiente y, decretada por el a quo (fl. 1026 a 1028 y CD a folio 1029), sin embargo, su práctica no fue posible por razones “no imputables al Despacho como tampoco a ninguna de las partes” (fl. 1066 y 1067 – CD a folio 1068). Por ello, en el curso de la audiencia de pruebas, el juez de primera instancia en aras de garantizar los principios de celeridad, economía procesal y concentración, decidió declarar cerrada la etapa probatoria.

En esa misma oportunidad, el Juzgado consideró que resultaba innecesaria la celebración de la audiencia de alegaciones y juzgamiento de que trata el artículo 182 del CPACA, y dispuso que las partes presentaran por escrito sus alegaciones dentro de los 10 días siguientes, decisión notificada en estrados (Min. 07:09 CD fl 1068) y contra la cual no se interpuso recurso alguno.

En este punto, considera el Despacho que, si bien es cierto que la prueba pericial no se pudo practicar por circunstancias ajenas a la voluntad de las partes y del mismo Despacho Judicial, no lo es menos que la parte demandante podía allegar el dictamen pericial al proceso con el fin de probar los supuestos de hecho contenidos en la demanda, y otorgar mayores elementos de convicción al juez, máxime si consideraba que tal prueba era de suma importancia para el proceso.

Así mismo, se advierte que el demandante no interpuso recurso alguno contra el auto que dispuso la presentación de alegaciones por escrito dentro de los diez (10) días siguientes a la audiencia, pese a ser de su conocimiento, que la sentencia se dictaría

en el término de veinte (20) días siguientes al vencimiento de aquel concedido para presentar los alegatos, circunstancia que permitía inferir que la prueba solicitada no iba a ser practicada.

En conclusión, la demandante pudo haber realizado las gestiones necesarias para garantizar la materialización de la prueba pericial, si a su juicio resultaba vital para la prosperidad de las pretensiones de la demanda, y no esperar hasta esta oportunidad para reabrir el debate sobre el particular, pues como se señaló en precedencia, el decreto de pruebas en segunda instancia es eminentemente excepcional.

Ahora bien, respecto a la segunda solicitud probatoria del memorialista, el artículo 175 del CGP, sobre el desistimiento de las pruebas, consagra:

“Artículo 175. Desistimiento de pruebas. Las partes podrán desistir de las pruebas no practicadas que hubieren solicitado.

No se podrá desistir de las pruebas practicadas, excepto en el caso contemplado en el inciso final del artículo 270.” (Negrilla fuera del texto original)

Como se lee en el artículo en cita, las partes en litigio podrán desistir de las pruebas que hayan solicitado, siempre y cuando las mismas no hayan sido practicadas. Y, la disposición de la prueba radica exclusivamente en quien la solicitó.

En el caso concreto, se advierte que el Municipio de Sogamoso en la contestación de la demanda, solicitó el interrogatorio de parte de la demandante, señora Luz Dary Calderón Olmos, prueba que fue decretada por el a quo. Sin embargo, el demandado desistió de la misma en la audiencia de pruebas, de manera previa a su práctica.

Comoquiera que la disposición de la prueba era exclusivamente de quien la solicitó, es decir, del demandado, éste se encontraba facultado para desistir de la prueba, como en efecto lo hizo. Así, los reproches manifestados por el accionante frente a la determinación adoptada por el demandado, no resultan procedentes.

Adicionalmente, la parte interesada no adujo algún motivo de fuerza mayor o caso fortuito o una obra de la parte contraria que le hubiere imposibilitado solicitar y/o allegar las pruebas de forma oportuna, y la solicitud probatoria no fue solicitada de común acuerdo por ambas partes.

En consecuencia, la solicitud de pruebas en segunda instancia no cumple con las reglas para su decreto.

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: **Luz Dary Calderón Olmos**
Demandado: Municipio de Sogamoso
Expediente: 15238-3339-751-2015-00340-01

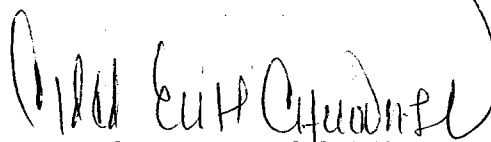
Sin embargo, si **oídas las alegaciones** se observan **puntos oscuros** en la controversia, nada impide a este Despacho hacer uso de lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 213 del CPACA.⁷

Por lo expuesto, se

Resuelve:

1. Negar la solicitud de pruebas formulada en segunda instancia por la parte demandante, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.
2. En firme esta providencia, por Secretaría ingresar el proceso al Despacho de forma inmediata para continuar con el trámite procesal.

Notifíquese y cúmplase,



CLARA ELISA CIFUENTES ORTIZ
Magistrada

 TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ CONSTANCIA DE NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO	
El auto que antecede, de fecha _____ se notificó por	
Estado Electrónico Nro. _____	Publicado en el Portal WEB
de la Rama Judicial, hoy _____ siendo las 8:00	
A.M.	
_____ Claudia Lucía Rincón Arango Secretaría	

⁷ Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. “Artículo 213. Pruebas de oficio. (...) Oídas las alegaciones (...) antes de dictar sentencia también podrá disponer que se practiquen las pruebas necesarias para esclarecer puntos oscuros o difusos de la contienda.