



Tribunal Administrativo de Boyacá
Despacho No. 5
Magistrada Ponente: Clara Elisa Cifuentes Ortiz

Tunja,

18 JUL 2016

Medio de Control: Contractual
Demandante: **E.S.E. HOSPITAL SAN JOSÉ DE EL COCUY**
Demandado: Lyncos S.A.S
Expediente: 15238 3339 751 **2015 00109 01**

Ingresa el proceso al Despacho para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra el auto proferido en audiencia inicial llevada a cabo de 15 de junio de 2016 (fls. 24 - 26) por el Juzgado Primero Administrativo Oral de Duitama, que negó la prueba testimonial solicitada.

I. PROVIDENCIA APELADA

El a-quo en desarrollo de la audiencia inicial llevada a cabo el día 15 de junio de 2016 decidió no decretar la prueba testimonial solicitada por la entidad demandante (fl. 27, min. 12:53).

Afirmó que la prueba es improcedente, toda vez que el señor Harvy Humberto Silva Mojica es el representante legal de la entidad demandante, de manera que, la prueba testimonial debe provenir de un tercero tal como lo establece el Código General del Proceso.

II. RECURSO DE APELACIÓN

En desarrollo de la audiencia inicial, posterior al pronunciamiento negativo sobre la prueba solicitada por la parte demandante, el juez notificó en estrados la decisión y corrió traslado a las partes para que se pronunciaran al respecto.

*A minuto 14:17 del vídeo obrante a folio 27, el apoderado de **la parte demandante** inconforme con la decisión adoptada, presentó recurso de reposición y en subsidio apelación; manifestó:*

“...respecto a la negación de la prueba del señor Harvy Humberto Silva Mojica, si bien es cierto es el representante legal, él es el supervisor del contrato y pues es él la persona que nos tiene que dar la información respectiva frente a la ejecución o cumplimiento del mismo, por tal razón, me aparto respetuosamente de la decisión tomada por el señor juez y en este momento presentó recurso de reposición o en su defecto de apelación de ser procedente para que se reconsidere la posición toda vez que no acude como representante legal de la entidad sino como supervisor del contrato y directamente veedor de la ejecución y control del mismo.”

III. TRÁMITE

Luego de la sustentación del recurso, el juez a quo corrió traslado a la parte demandada quien afirmó:

“...Teniendo en cuenta que el doctor Harvy es directamente el implicado este debería ser llamado a interrogatorio de parte más no como testimonio según lo dispuesto en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo...” (Fl. 27, Min. 15:20 a 15:42)

Para resolver se, CONSIDERA:

Sin lugar a divagaciones, es claro que en el sistema que hoy impera en la jurisdicción, el documento que debe evidenciar lo ocurrido es el video y el acta no es más que un resumen, documento de constancias y recursos presentados y, en fin, de los aspectos que exige el artículo 183 del CPACA. En consecuencia, los antecedentes antes reseñados atendieron a lo sucedido en la audiencia, según la documental videográfica obrante a folio 27.

Se considera pertinente tener en cuenta, que de conformidad con el numeral 9 del artículo 243 del CPACA, la decisión recurrida es susceptible del recurso de apelación en el efecto devolutivo, toda vez que mediante la misma se negó la práctica de una prueba pedida oportunamente.

El artículo 211 del CPACA, respecto del régimen probatorio, establece que “en los procesos que se adelanten ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en lo que no esté expresamente regulado en este Código, se aplicarán en materia probatoria las normas del Código de Procedimiento Civil”, hoy Código General del Proceso.

- De la prueba testimonial y el interrogatorio de parte:

El artículo 198 del CGP regula lo relacionado con el “Interrogatorio de las partes”; obsérvese que esta norma señala la comparecencia de representantes legales,

cuando se trata de partes que tienen la calidad de personas jurídicas. En adelante la normatividad procesal (arts. 199 a 205) precisa el procedimiento específico para esta prueba.

El testimonio es entendido como un medio de prueba consistente en “el relato de hechos atinentes al proceso, efectuado ante el funcionario que corresponda y con las formalidades legales, por persona ajena al juicio”¹.

A su vez, el artículo 208 y subsiguientes del mismo ordenamiento, prevé la “CAPÍTULO V: Declaración de terceros” con formas y consecuencias diferentes. Trata en el artículo 208 las excepciones a este deber, situación que no se da en el caso del interrogatorio de parte; indica en el artículo 211 el deber de imparcialidad que, sin duda, no puede predicarse de la parte quien, por el contrario tiene un claro interés en las resultas del proceso; y en cuanto a la forma de la solicitud y la limitación de los testimonios, ello se regula en el artículo 212, d forma completamente distinta a lo que al respecto prevé el artículo 202 para los interrogatorios de parte.

Es decir que, en sentido estricto, no puede rendir testimonio aquel que tenga la calidad de parte en cualquiera de sus modalidades, sino interrogatorio de parte.

Al respecto el Consejo de Estado ha señalado que el testimonio es propio de personas ajena al proceso. Ha dicho:

“Por su parte, respecto de los testimonios se tiene que a través de dicha prueba se cita a declarar a una persona ajena a las partes del proceso, a quien le constan de manera directa la totalidad o algunos de los hechos sobre los cuales versa un determinado litigio.

(...)

Ahora bien, para el sub examine se tiene que en el escrito de la demanda se solicitó la declaratoria de algunos de los propios demandantes en este juicio, con el fin de probar los perjuicios morales padecidos por ellos; esa solicitud no es procedente en cuanto se trata de declaraciones formuladas por los mismo demandantes, comoquiera que para ello se impone, de manera imperativa, que la versión provenga de un tercero ajeno al proceso judicial y no de quien se encuentra en uno de los extremos de la Litis, evento éste en el cual lo procedente es acudir a la declaración de parte con sujeción a las reglas que determinan su petición y práctica, entre las cuales se encuentran la improcedencia de que la propia parte pueda pedir que se realice su propia declaración.”² Resaltado fuera del texto

¹Jorge Cardozo Isaza, Pruebas Judiciales, Pág. 2015

² Consejo De Estado Sala De Lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección A Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez Decisión del veintinueve (29) de agosto de dos mil doce (2012) Radicación número: 76001-23-31-000-2010-01744-01(43168)

Así mismo, esa Corporación, mediante providencia de 12 de septiembre de 2012, con ponencia del doctor Carlos Alberto Zambrano Barrera con radicación número 76001232500019980147101, explicó:

“Para que la prueba testimonial pueda valorarse en el curso de un proceso judicial, es necesario que la versión provenga de un tercero ajeno al mismo y no de quien se encuentra en uno de los extremos de la litis, evento éste en el cual lo procedente es acudir a la declaración de parte, con sujeción a las reglas que determinan su petición y práctica³, medio de prueba éste cuyo propósito es la confesión y que puede ser practicado en el proceso con la única condición de que sea una de las partes la que solicite la citación de la otra, con el fin de interrogarla acerca de los hechos relacionados con el asunto debatido.”

Entonces, las variantes del testimonio, de las partes o de un tercero, se diferencian por la calidad del sujeto que lo rinde, toda vez que, en la declaración de parte, es aquel vinculado al juicio por interés particular y directo que tiene sobre las pretensiones o excepciones dentro del proceso, por el contrario, el testimonio, es rendido por quien no es parte en la Litis y, en consecuencia, no surte efectos frente a él la decisión que en ésta se adopta. Así no es procedente decretar la práctica del testimonio, cuando el testigo es parte.

Por su parte ha entendido la doctrina frente a la declaración de parte y la prueba testimonial o declaración de terceros *“...que no se trata de dos medios de prueba diversos sino de uno solo con matices diferenciadores de las dos especies, de ahí el porqué, como se verá el desarrollo de cada uno de ellos, gocen de muchos elementos comunes y, en algunos eventos, el interrogatorio a una de las partes puede asumir visos de declaración de testigo y en otros ésta ser tenida como confesión...”*⁴

- Del sentido de la prueba, su finalidad y su carga:

La prueba, tiene ínsito el derecho de defensa y contradicción; y también hace parte del derecho de acceso a la administración de justicia siendo deber de las partes probar el supuesto de hecho que aleguen.

Una de las principales cargas procesales cuando se acude a la administración de justicia, es la concerniente a la prueba de los hechos que se alegan. La carga de la prueba es un elemento característico de los sistemas procesales de tendencia dispositiva. Se conoce como principio *“onus probandi”*, el cual indica que por regla general corresponde a cada parte acreditar los hechos que invoca, tanto los que sirven

³ Consejo de Estado, Providencia del 11 de noviembre de 2009, expediente 18.163

⁴ López Blanco, Hernán Fabio. Procedimiento Civil -. Pruebas. Tomo III. Dupre Editores 2001.



de base para la demanda como los que sustentan las excepciones, de tal manera que deben asumir las consecuencias negativas en caso de no hacerlo⁵.

En tal sentido la Corte Suprema de Justicia ha señalado cómo en el sistema procesal se exige, en mayor o menor grado, que cada uno de los contendientes contribuya con el juez al esclarecimiento de la verdad:

“En las controversias judiciales, por regla general, cada una de las partes acude al juez con su propia versión de los hechos, esto es, que presenta enunciados descriptivos o proposiciones fácticas a partir de las cuales pretende generar un grado de convencimiento tal, que sea suficiente para que se emita un pronunciamiento favorable al ruego que se eleva ante la jurisdicción. Dicho de otro modo, en el punto de partida de toda controversia procesal, cada uno de los extremos del litigio intenta convencer al juez de que las descripciones que presenta coinciden con la realidad y, a partir de aquéllas, justamente, propicia el litigio.

De esa manera, cuando hay una genuina contención, el sistema exige que cada uno de los contendientes correlativamente contribuya a que el juez supere el estado de ignorancia en el que se halla respecto de los hechos debatidos, tarea que por lo general concierne al demandante respecto de sus pretensiones, y al demandado respecto de las excepciones.

Desde luego, al juez no le basta la mera enunciación de las partes para sentenciar la controversia, porque ello sería tanto como permitirles sacar beneficio del discurso persuasivo que presentan; por ende, la ley impone a cada extremo del litigio la tarea de traer al juicio de manera oportuna y conforme a las ritualidades del caso, los elementos probatorios destinados a verificar que los hechos alegados efectivamente sucedieron, o que son del modo como se presentaron, todo con miras a que se surta la consecuencia jurídica de las normas sustanciales que se invocan”⁶.

Y en reciente sentencia, al declarar exequible el artículo 167 del CGP, precisó la Corte Constitucional en la sentencia C-086 de 2016:

“...En este sentido, el artículo 2° del código reconoce el derecho que toda persona tiene “a la tutela judicial efectiva” para el ejercicio de sus derechos y la defensa de sus intereses, “con sujeción a un debido proceso de duración razonable”, lo que reafirma la competencia del juez para asumir un rol activo en el proceso y lograr la búsqueda de la justicia material. El artículo 4° consagra el principio de igualdad, según el cual “el juez deber hacer uso de los poderes que este código le otorga para lograr la igualdad real de las partes”; ello supone abandonar una visión estrictamente formalista de la posición de las partes en el proceso para hacer uso de las facultades oficiosas y restablecer el equilibrio o distribuir las cargas probatorias cuando las circunstancias así lo

⁵ “Luego de una prolongada evolución, las reglas de la carga de la prueba en materia civil han decantado hasta el punto que es posible resumir su doctrina en tres principios jurídicos fundamentales: ‘onus probandi incumbit actori’, al demandante le corresponde probar los hechos en que funda su acción; ‘reus, in excipiendo, fit actor’, el demandado, cuando excepciona, funge de actor y debe probar los hechos en que funda su defensa; y, ‘actore non probante, reus absolvitur’, según el cual el demandado debe ser absuelto de los cargos si el demandante no logra probar los hechos fundamento de su acción”. Corte Constitucional, Sentencia C-070 de 1993.

⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 28 de mayo de 2010. Exp. 23001-31-10-002-1998-00467-01.M.P. Edgardo Villamil Portilla.

demanden. El artículo 7º reitera la sujeción de los jueces al imperio del Derecho, lo que incluye la obligación de tener en cuenta la jurisprudencia y la doctrina probable incluso en lo relativo a la carga dinámica de la prueba; así como la obligación de “exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos” en caso de apartarse de la doctrina probable en la materia o de cambio de criterio en casos análogos. El artículo 11 exige al juez interpretar las normas procesales teniendo en cuenta “que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial”. Por último, el artículo 12 señala que los actos procesales se realizarán “con observancia de los principios constitucionales y los generales del derecho procesal, procurando hacer efectivo el derecho sustancial”.

Finalmente, se dirá que aunque la lectura normativa pueda ser ajustada a la literalidad, no puede esta desconocer que lo sustancial prevalece sobre lo formal. Al respecto se lee en la Sentencia T-1045 de 2008⁷:

“...es posible que una interpretación perfectamente posible desde el punto de vista legal, no responda, sin embargo, a especiales exigencias previstas en la Constitución y, pese a su plausibilidad como interpretación de la ley, resulte contraria a la Carta, debido a que el juez durante el proceso interpretativo no establece la indispensable conexión con los contenidos superiores y obtiene como resultado una lectura de la disposición de ley que no guarda coherencia con lo constitucionalmente exigido.

- Caso concreto

En el caso bajo análisis, el apoderado de la ESE Hospital San José del Cocuy, en ejercicio de la facultad que le otorga la ley, solicitó se citara a rendir declaración como tercero en calidad de Supervisor al señor Harvy Humberto Silva Mojica, quien funge como representante legal de la misma.

No queda duda que la solicitud probatoria fue inadecuada, como lo consideró el juez, en tanto el “testigo” es parte en calidad de representante legal de la entidad demandante, lo cual no varía ni siquiera si se admitiera que Harvy Humberto Silva Mojica fue supervisor independiente, ello nada aporta en la intervención procesal solicitada pues lo cierto es que tiene calidad de representante legal de la demandante, sin perjuicio de sus responsabilidades que no pueden desligarse de la representación legal de la entidad pública.

Sin embargo, considera la Sala que lo formal no puede prevalecer sobre lo sustancial y que, por el contrario, corresponde al juez privilegiar el esclarecimiento de la verdad, como lo indica el artículo 213 del CPACA.

⁷ M. P. Rodrigo Escobar Gil.

Entonces, si la demandante considera necesario llamar al proceso al representante legal de la entidad para que rinda versión sobre la forma como fue supervisado el contrato, procede escucharlo pues lo sustancial, que es verter sobre el proceso la mayor cantidad de información sobre los hechos, es aspecto que el juez no puede dejar de lado al examinar el decreto probatorio, mucho más cuando ningún argumento señala para considerar que esa prueba es impertinente, inútil y/o necesaria.

Al fin, no se ha adelantado aún su práctica, únicamente se está en la etapa del decreto de pruebas; la prueba fue oportunamente solicitada y no se ha descartado por ninguna de las razones esenciales para su decreto, se reitera, utilidad, pertinencia y necesidad. En estas condiciones se revocará la decisión apelada y se ordenará que la prueba sea recaudada a título de interrogatorio de parte, con la carga para el solicitante de cumplir para su recaudo las exigencias de que tratan los artículos 202 y siguientes del CGP.

- **Costas**

La prosperidad del recurso exonera de condena en costas.

Por lo expuesto, se **Resuelve:**

1. **Revocar** el auto de 15 de junio de 2016, proferido en audiencia inicial, en el proceso iniciado por la E.S.E. Hospital San José de El Cocuy contra Lyrco S.A.S, en su lugar se dispone:
2. **Decretar a título de interrogatorio de parte**, la declaración de Harvy Humberto Silva Mojica, representante legal de la entidad demandante.
3. **Sin costas en esta instancia.**
4. En firme esta providencia y una vez cumplida, por Secretaría devuélvase el expediente al despacho judicial de origen, previas las anotaciones del caso.

Notifíquese y cúmplase

Clara Elisa Cifuentes Ortiz
CLARA ELISA CIFUENTES ORTIZ
Magistrada

 TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ CONSTANCIA DE NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO
El auto que antecede, de fecha <u>18 Julio</u> , se notificó por Estado Electrónico Mro. <u>123</u> Publicado en el Portal WEB de la Rama Judicial, siendo las <u>8:00</u> AM. JUL 2016
Marya Patricia Tamara Pinzón Secretaria