



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PAMPLONA
SALA ÚNICA DE DECISIÓN
ÁREA FAMILIA

Pamplona, nueve de agosto dos mil veintidós

REF: 54-518-31-84-001 2020-00131-01
RECURSO DE SÚPLICA
DECLARACIÓN UNIÓN MARITAL DE HECHO
DEMANDANTE: JUANA MARÍA BRIÑER GALLEGO
DEMANDADO: GABRIEL ALFONSO CABRALES VILLAMIZAR
MAGISTRADO PONENTE: JAIME ANDRÉS MEJÍA GÓMEZ
ACTA No. 007

I. A S U N T O

Se decide el **recurso de súplica** interpuesto por la parte demandante en el asunto identificado, contra el auto proferido en esta sede por el H. Magistrado Sustanciador el 14 de julio de 2022¹, mediante el cual negó solicitudes varias probatorias de naturaleza documental.

II. ANTECEDENTES

De lo que obra en el expediente, y para lo que interesa a la resolución del recurso, surge:

1. El Despacho del Magistrado mediante auto del 25 de octubre de 2021 admitió el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del demandado contra la sentencia dictada por el Juzgado Primero Promiscuo de Familia de esta ciudad el 27 de septiembre de 2021, por la cual, entre otras cosas, se declaró que entre Juana María Briñer y Gabriel Alfonso Cabrales “*existió una unión marital de hecho desde el 10 de julio de 2015, hasta el 7 de noviembre de 2020, la cual dio origen a una Sociedad Patrimonial entre compañeros permanentes que perduró el mismo lapso de tiempo (...)*”².

2. Llegada la actuación a esta Corporación el Magistrado mediante auto³ del 25 de octubre de 2021 dispuso admitir el recurso de apelación. En el término de su ejecutoria, que cursó hasta el 29 del citado mes, el apoderado de la demandante presenta memorial en el cual advierte: “(...) como no recurrente me permito solicitar se dé aplicación al artículo 327 Numeral 4 del CGP, para lo cual pongo en conocimiento del honorable AD-QUEM así: **Anexo fotografías que por fuerza mayor mi**

¹ En los sucesivos Magistrado.

² Archivo 105 del expediente digital de primera instancia.

³ Folio 31 del expediente digitalizado de segunda Instancia.

representada no adjuntó en la demanda y en el interrogatorio rendido ante el despacho en razón a que su móvil celular se encontraba extraviado y solo pudo recuperarlas cuando logró bajarlas de la Nube (sin otras motivaciones sobre la fuerza mayor).

Argumenta el letrado que “con las anteriores pruebas documentales demuestro que mi prohijada sí estuvo viviendo en la finca ubicada en el municipio de Chinácota, vereda Pantanos. Así mismo, en archivos adjunto anexo videos donde se observa que la demandante realizaba trabajo en la finca y no como manifestó el demandado que ella no convivio con él hasta el día 7 de noviembre del año 2020, así mismo en los videos anexos se observa que ella sí tenía una habitación en la vivienda ubicada en la FINCA, donde dormía con el demandado (...)”⁴.

3. El 9 de noviembre pasado el Magistrado emitió auto por el cual, a las voces del Art. 14 del Decreto 806 de 2020, ordena correr traslado a los contendientes; en primer lugar, al apelante por 5 días para que “sustente su alzada”; seguidamente, idéntico espacio a la contraria para que se pronuncie sobre el sustento⁵. En este último interregno se presentó “réplica”, reclamándose nuevamente “se dé aplicación al Art. 327 Numeral 4 del CGP”, solicitándose el allegamiento de prueba documental con similar prédica a la supra indicada⁶.

4. Resolviéndose las postulaciones probatorias, inicia la decisión confrontada advirtiéndole que ellas se rigen por los Arts. 327 del CGP y 14 del Decreto 806 de 2020, procediéndose a su transliteración.

Con fundamento en estas normativas se concluye que los elementos suasorios fueron solicitadas en eficiente oportunidad, pues se produjo estando “en curso el término de ejecutoria del auto admisorio del recurso de apelación propuesto por la parte demandada; requerimiento probatorio que fuera complementado posteriormente a través del escrito de réplica presentado oportunamente y que vale la pena someter a estudio, en tanto dicho adicionamiento es una posibilidad que no se encuentra vedada expresamente por la normatividad y en su lugar enrostra una postura plenamente garante del derecho de defensa”. En tal orden, se remite la Magistratura al contenido del “escrito de réplica” del 24 de noviembre de 2021, del que en parte extrae:

“Me permito solicitar se dé aplicación al artículo 327 Numeral 4 del C.G.P., para lo cual pongo en conocimiento del honorable AD-QUEM así:

(...) Su señoría, fotografías que anexo, lo hago en razón a que por fuerza mayor mi representada no las adjunto en la demanda y en el interrogatorio rendido ante

⁴ Folio 76 ibídem.

⁵ Folio 80 ibídem.

⁶ Folio 136 ibídem.

el despacho en razón a que su móvil celular se encontraba extraviado y solo pudo recuperarlas cuando logró bajarlas de la Nube”.

Para denegar las peticiones probatorias se argumentó:

“En ese orden de ideas, el apoderado de la parte demandante aboga por la incorporación de material documental, fotográfico y audiovisual que no fue aducido en primera instancia con motivo de circunstancias que califica como constitutivas de fuerza mayor y como tal dentro de las razones de que trata el numeral 4 del artículo 327 del C.G.P.

(...) Así las cosas, para que un acontecimiento pueda ser clasificado como constitutivo de fuerza mayor, resulta indispensable la acreditación de su irresistibilidad e imprevisibilidad bajo las concretas condiciones que la jurisprudencia y la doctrina de manera pacífica han decantado.

En ese contexto, la justificación ofrecida por el togado refiere al daño de un dispositivo móvil contentivo de la evidencia fotográfica que hoy se arrima y que impidió su incorporación dentro de la instancia procesal previa ya culminada; no obstante, en abierto desconocimiento del “onus probandi” se denota ausente la aportación de elementos de juicio que sustenten su dicho y demuestren la efectiva concurrencia del supuesto a partir del cual pretende configurar la consecuencia jurídica que demanda.

(...) Finalmente, téngase en cuenta que a pesar de la pertinencia que puede representar para el petente los medios demostrativos solicitados ante esta Corporación de cara a la decisión de la alzada, lo cierto es que ello no se constituye como una causal que autorice su incorporación en segundo grado”⁷.

5. Oportunamente, ante tal negativa, la parte demandante radicó **recurso de súplica**, pidiendo se le revocara. Preciso *“que las pruebas incorporadas en segunda instancia son útiles... en tanto se trata de unas documentales, fotografías y videos que son trascendentes para demostrar los hechos de la demanda y por razones y hechos externos a mi cliente y de los cuales ella no pudo presentir perdió de su teléfono móvil, en razón a que el mismo se averió y lo tenía perdido, no obstante logró recuperar dichas pruebas y solo fue posterior a la fecha de la sentencia de primera instancia que lograron ponerse en conocimiento del honorable magistrado ponente”.*

“(...) Considero señoría, que las pruebas aportadas cumplen con los requisitos de ser pertinentes, conducentes y útiles toda vez que pueden traer al proceso elementos de convicción importantes para desatar el recurso interpuesto por la parte demandada.

Por lo tanto, y dando prevalencia del derecho sustancial sobre el formal, se proceda a la admisión de las pruebas solicitadas, revocándose el auto impugnado y disponiendo su admisión.

⁷ Folios 162-167 ibídem

Es así que al Operador Judicial por mandato Constitucional se le han encomendado dos tareas claves: (i) la obtención del derecho sustancial y (ii) la búsqueda de la verdad; las cuales consolidan el ideal de la justicia material derivado de la interpretación de lo propuesto por el constituyente en la Constitución Política de 1991”.

Para sustentar su predicado hace referencia a fallos de la Corte Constitucional C-1186 de 2008, SU-449 de 2016 y T-271 de 2016, para seguidamente afirmar:

“ (...) el hecho de estar extraviado el móvil celular de la demandante donde se encontraban archivadas las fotografías y videos en la aplicación WhatsApp, y haberlo encontrado y podido acceder a la información en el aparato encontrado (celular), es la causal primigenia de no haber podido aportar las pruebas en la primera instancia, no obstante presentarse esa fuerza mayor y/o caso fortuito ya que sin el aparato nunca se hubieran podido acceder a las mismas ya que se encontraban almacenadas en su memoria interna y ahí tenía la clave para acceder a la nube.

Señoría, la pérdida o extravió del móvil de propiedad de mi cliente es un hecho que no es posible resistir, ya que normalmente, señoría, nadie extravía o pierde su teléfono personal porque quiere, hecho que resulta ajeno al querer de mi cliente y también es un hecho que no se puede evitar, nadie como humano está exento a que se le pierda o extravié su teléfono móvil, por lo tanto al haberse presentado la situación de pérdida de su teléfono móvil quedó inmersa a soportar sus efectos, pero que gracias a un hecho de suerte logró encontrarlo y acceder a la información que el aparato tenía en su memoria interna.

(...) Su señoría, fotografías que anexo, lo hago en razón a que por fuerza mayor mi representada no las adjunto en la demanda y en el interrogatorio rendido ante el despacho en razón a que su móvil celular se encontraba extraviado y solo pudo recuperarlas cuando logró bajarlas de la Nube”⁸.

6. Descorriendo el traslado del recurso de súplica la parte demandada, plantea “sea despachado desfavorablemente”.

Advierte que las normas procesales “son de orden público y obligatorio cumplimiento y como tal, la ritualidad y la rigidez de las mismas no permiten incorporaciones de nuevos documentos en etapas procesales diferentes que podrían llegar a servir como supuestas pruebas”.

Precisa el apoderado que es bien sabido que las oportunidades procesales para allegar pruebas en los procesos concurren con la demanda inicial, la contestación de la demanda y con la controversia de las excepciones propuestas. Y que en segunda instancia, ya fue bastamente ilustrado el auto en ciernes.

⁸ Folios 181-208 ibídem.

Puntualiza: *“No cabe la menor duda de lo atinadas que han sido las Altas Cortes en nuestro país con respecto a la búsqueda de la verdad dentro de los procesos judiciales; pero no veo que en ninguna de sus manifestaciones o jurisprudencias sea menester violar otras normas y sobre todo las procesales que no admiten ninguna clase de modificación o interpretación jurisprudencial con el objeto de buscar la verdad y sobre todo incorporar documentos a un proceso en etapas no dadas para ello. Las normas procesales son rígidas y como tal, deben ser aplicadas taxativamente y sin ningún tipo de elucubración.*

La... cita que hace la parte demandante (el objetivo de todo operador judicial es (i) la obtención del derecho sustancial y (ii) la búsqueda de la verdad), no es más que una manera de intentar manipular al Despacho habida cuenta que era obligación del abogado demandante y su poderdante allegar las pruebas en las que se basa su demanda. No es culpa del demandado ni mucho menos del fallador, que por descuido, desidia o negligencia, no se hayan aportado los documentos que podrían llegar supuestamente, a servir como prueba de los hechos narrados en la demanda”.

III. CONSIDERACIONES

1. Según lo dispone el Art. 331 del Código General del Proceso, *“el recurso de súplica procede contra los autos que por su naturaleza serían apelables dictados por el Magistrado sustanciador en el curso de la segunda o única instancia (...)”*, y por su parte el Art. 321-3 ibídem señala que tienen esta condición, entre otros autos, *“el que niegue el decreto o práctica de pruebas (...)”*, lo que permite concluir que es admisible la vía impugnativa de la que da cuenta la presente actuación.

2. Indíquese que las pruebas que serán objeto de atención y estudio corresponden exclusivamente a las solicitadas en el estadio contemplado en el Art. 327 citado, es decir, *“dentro del término de ejecutoria del auto que admite la apelación”*, que son las plasmadas en el memorial que remitió el apoderado de la parte accionante el 26 de octubre de 2021.

Al respecto doctrina y jurisprudencia han sido categóricas al tema: el tratadista Azula Camacho⁹ advierte que *“para que proceda el decreto de pruebas en los anteriores casos¹⁰ es indispensable que la parte interesada formule petición dentro de la ejecutoria del auto que admite el recurso e indique la causal que la funda y los hechos que pretende establecer”*; en el mismo sentido la CSJ, SC: *“(...) a voces del artículo 361¹¹ del estatuto procesal, la solicitud de pruebas en segunda instancia ha de hacerse, no en cualquier momento, sino “en el término de ejecutoria del auto que admite el recurso(...)”*.

3. Para solucionar nuestro caso, partamos de la premisa de que la solicitud, práctica y

⁹ Manual de Derecho Procesal, Tomo II, Parte General, Nomo Impresores, 2015, pág. 315.

¹⁰ Se refiere al Art. 327 de CGP.

¹¹ Similar redacción en lo pertinente del Art. 327 del CGP.

aporte de pruebas debe darse esencialmente en el curso de la primera instancia por ser esa la directriz adoptada por el CGP, empero de manera “**excepcional**” y sobre el supuesto que se cumplan unos precisos requisitos es viable verificarlo en segunda instancia¹².

La norma en que pretende escampo el letrado requirente para la aducción de la prueba concretamente atiende a “*Cuando se trate de documentos que no pudieron aducirse en la primera instancia por **fuerza mayor o caso fortuito**, o por obra de la parte contraria*”.

Refiere el profesional que la pérdida del aparato celular de la demandante impidió acceder a elementos representativos de su caro interés probatorios, y esa circunstancia, dice, encuadra en el anterior supuesto legal.

Como se planteó en la decisión antecedente, la almendra del debate remite a establecer si aquí concurre la figura de la fuerza mayor o caso fortuito; resulta así pertinente remitirnos a su definición:

*... [e]n general, por **fuerza mayor o caso fortuito** debe entenderse ‘el imprevisto que no es posible resistir, como el naufragio, el terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercido por un funcionario público, etc.’ (Art. 1° Ley 95 de 1890); es claro que estos hechos o actos, u otros semejantes, que enuncia el legislador, requiere que sean **imprevisibles o irresistibles**, significando lo primero, un acontecer intempestivo, excepcional o sorpresivo; y lo segundo, imposible, fatal, inevitable de superar en sus consecuencias (Sentencia de revisión de 2 de diciembre de 1987, G.J. t. CLXXXVIII, pág. 332).*

Igualmente ha enseñado el órgano de cierre en la materia¹³ que los conceptos de fuerza mayor y caso fortuito no soportan una enumeración taxativa. Por ello, en su jurisprudencia hace hincapié en la necesidad de valorar cada caso concreto, para así determinar si se ha producido, o no, un evento como los señalados. En tal sentido, ha establecido que:

*...[la] **imprevisibilidad del caso fortuito** es una cuestión de hecho que el juzgador debe apreciar concretamente en cada situación, tomando como criterio para el efecto la normalidad o la frecuencia del acontecimiento, o por el contrario, su rareza y perpetuidad; si tal acontecimiento es frecuente, y más aún, si suele presentarse con cierta periodicidad, no constituye caso fortuito porque el obligado razonablemente ha debido preverlo y medir su propia habilidad para conjurarlo, o bien abstenerse de contraer el riesgo de no creer que podría evitarlo; por el contrario, si se trata de un evento de rara ocurrencia, que se ha*

¹² López Blanco, Hernán Fabio, Código General del Proceso, Parte General, Drupre Editores, 2016, pág. 820.

¹³ CSJ, SC, sentencia del 25 de agosto de 2018, radicado SC674-2020

*presentado en forma súbita y sorpresiva, hay caso fortuito, porque nadie está obligado a prever lo que es excepcional y esporádico. **Pero, además el hecho de que se trata debe ser irresistible.** Así como la expresión caso fortuito traduce la requerida imprevisibilidad de su ocurrencia, la fuerza mayor empleada como sinónimo de aquélla en la definición legal, reliva esta otra característica que ha de ofrecer tal hecho: al ser **fatal, irresistible, incontrastable, hasta el punto que el obligado no pueda evitar su acaecimiento ni superar sus consecuencias.** Tampoco hay fuerza mayor o caso fortuito cuando el obstáculo, sin impedir el cumplimiento de la obligación lo hace más difícil u oneroso que lo previsto inicialmente" (CSJ, 27 febrero 1974).*

Diáfano resulta, entonces, que el supuesto de hecho que presenta el suplicante no comporta la entidad de la fuerza mayor o caso fortuito, al no reunir los atributos jurídicos de *imprevisibilidad e irresistibilidad*.

Es de la carga del impugnante el demostrar que, en virtud de la fuerza que enuncia, no pudo postular las pruebas documentes en primera instancia. Sobre la pérdida del aparato de comunicación, lo cierto es que ninguna narrativa se recrea, ni se sustenta la manera como aconteció, simplemente se le refiere.

En el recurso de súplica se alude a hechos nuevos a los presentados en las peticiones probatorias, que no pueden ser objeto de análisis, pues el recurso no es el momento para variar los presupuestos medulares fácticos del debate. Véase que al momento de peticionar las novedosas pruebas, simplemente se manifestó por el hoy recurrente en el escrito del 26 de octubre hogaño ante el Magistrado que **"el móvil celular se encontraba extraviado y -la demandante- sólo pudo recuperarlas cuando logró bajarlas de la nube"**. Ya en el trámite de la súplica, además de la pérdida del equipo, se apunta a que en éste, *"en su memoria interna"*, **"ahí tenía la clave para acceder a la nube"**.

Dos escenarios bien distintos: Es claro que *"la nube"*¹⁴ es una forma de archivo, sin que la pérdida del equipo por el que se ingresó allí información, en el sub-examine el celular, impida accederla. En la súplica, y con el claro afán de superar esta obvia explicación, se le aumenta a la pérdida del equipo, que en el mismo estaba en forma exclusiva la

¹⁴ "La nube hace referencia a los servidores a los que se accede a través de Internet, y al software y bases de datos que se ejecutan en esos servidores. Los servidores de la nube están ubicados en centros de datos por todo el mundo. Con la informática en la nube, no es necesario que los usuarios y las empresas gestionen los servidores físicos ni que ejecuten aplicaciones de software en sus propios ordenadores.

La nube permite a los usuarios acceder a los mismos archivos y aplicaciones casi desde cualquier dispositivo, ya que los procesos informáticos y de almacenamiento tienen lugar en servidores en un centro de datos, y no de forma local en el dispositivo del usuario. Por ello, un usuario puede iniciar sesión en su cuenta de Instagram con un teléfono nuevo después de que se le haya roto el anterior y seguirá teniendo acceso a su cuenta de siempre, con sus fotos, videos y el historial de conversación. Funciona igual con proveedores de correo electrónico en la nube como Gmail o Microsoft Office 365, y con proveedores de almacenamiento en la nube como Dropbox o Google Drive". <https://www.cloudflare.com/es-es/learning/cloud/what-is-the-cloud/>

llave o clave de acceso a la nube; variación o fractura respecto de la petición probatoria, eje temático de la discusión, que en escenario de lealtad procesal no merece atención.

Así, en tal plano y acromático horizonte de solicitud de las pruebas, no se puede indicar que la pérdida del celular de la señora Juana María Briñer, asumiendo en gracia de discusión este hecho como cierto, hubiera tenido los ribetes de *imprevisibilidad* para ella, ya que al son de la última doctrina acotada, al ser el extravío de ese aparato un hecho que, conforme a la experiencia, es de relativa ocurrencia, la descarta; como que tampoco se cuenta con insumo alguno suasorio para colegir que el tal desvanecimiento temporal del aparato fue bajo unas particulares premisas fácticas de fatalidad *irresistible*. Y qué decir de la manera como finalmente aparece el celular, de lo que no se dice nada, simplemente se alude a que lo fue por “**un hecho de suerte**”. El suplicante parece confundir el hecho en sí de la imposibilidad de no tener acceso a un conjunto documental, con la génesis de esa imposibilidad; era de su resorte patentizar por qué la pérdida del celular, específicamente estuvo revestida de un caso fortuito, y no simplemente aludir a la consecuencia de la pérdida.

De acogerse las razones para la petición probatoria, simplemente bastaría que se indicara por el petente que en oportunidad no se contó, por un simple extravío involuntario o razón similar, con equis material documental, vaciándose así de contenido jurídico la fuerza mayor con sus ingredientes de *imprevisibilidad e irresistibilidad*, que se asocian a **excepcionalidad**, como supuestos del reclamo probatorio del citado Art. 327-4; y, de paso, se desequilibraría en su recta final la litis, permitiendo que parte interesada engrose la cauda probatoria a su favor con pleno conocimiento de la estrategia defensiva de la contraria.

Finalmente, para el caso particular no puede ser una compuerta para dar camino a la petición probatoria el manido argumento de la prevalencia del derecho sustancial y la búsqueda de una “*verdad*”, cuando con ello se pretende soslayar los principios del **debido proceso**, igualdad y lealtad de las partes. No se puede dejar de lado que las normas procesales son de **orden público** y, por consiguiente, de obligatorio cumplimiento, sin que se pueda disponer de ellas a discreción y conveniencia de los litigantes; con tales premisas quedaría sin piso alguno cualquiera disciplina procesal, aspecto que guarda la propia C.P.¹⁵; esto, claro está, sin perjuicio de la *facultad-deber*

¹⁵ En la sentencia T-213 de 2008 la Corte Constitucional presenta la siguiente reflexión, que resulta acá deducible: “Así mismo, en la Sentencia C-131/02 M.P. Jaime Córdoba Triviño, la Corte se refirió al tema de la constitucionalización del derecho procesal así:

“(…) 3. En ese contexto, el derecho fundamental al debido proceso viene a compendiar todo ese cúmulo de garantías sustanciales y procesales que regulan la actividad jurisdiccional y administrativa orientada a la solución de controversias; garantías enarboladas desde el Estado liberal, consolidadas tras una ardua tensión entre el poder y la libertad, potenciadas por el constitucionalismo y que hoy se orientan a la racionalización del poder estatal en el trámite de los asuntos que se someten a decisión de las autoridades. Por ello, el debido proceso involucra la previa determinación de las reglas de juego que se han de seguir en las actuaciones procesales, garantiza la igualdad ante la ley de quienes se someten a la justicia o a la administración, asegura su imparcialidad y las sustrae de la arbitrariedad.

que tiene el operador judicial de decretar pruebas de oficio y según lo ha desarrollado la Corte Constitucional¹⁶, pero que no es la discusión que nos ocupa.

Por tanto, se confirmará el auto recurrido en súplica.

En armonía con lo expuesto, **LA SALA DUAL ÚNICA DE DECISIÓN DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PAMPLONA,**

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMA el auto del 14 de julio de 2022, mediante el cual se dispuso negar solicitudes probatorias documentales de la parte demandante.

SEGUNDO: DEVOLVER las diligencias ante el Magistrado sustanciador. **No proceden recursos.**

CÓPIESE y CÚMPLASE.

JAIME ANDRÉS MEJÍA GÓMEZ

NELSON OMAR MELÉNDEZ GRANADOS

Ahora bien, es claro que las garantías que integran el debido proceso, y entre ellas el derecho de defensa, son de estricto cumplimiento en todo tipo de actuaciones, ya sean judiciales o administrativas, pues constituyen un presupuesto para la realización de la justicia como valor superior del ordenamiento jurídico. Ello es así por cuanto la concepción del proceso como un mecanismo para la realización de la justicia, impide que algún ámbito del ordenamiento jurídico se sustraiga a su efecto vinculante pues a la conciencia jurídica de hoy le repugna la sola idea de alcanzar la justicia pervirtiendo el camino que conduce a ella. (..)"

Pues bien, nótese cómo las leyes de estirpe procesal son de orden público y en consecuencia de obligatoria observancia. Sus dictados entonces, son ajenos al querer de los individuos: particulares y funcionarios llamados a aplicarlas".

¹⁶ SU-768 de 2014.

Firmado Por:
Jaime Andres Mejia Gomez
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
002

Tribunal Superior De Pamplona - N. De Santander

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **25a7fe35958f729455d6fbc3245876ef24cb16523980e3f191cae62c0ac7a826**

Documento generado en 09/08/2022 02:54:43 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>