



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CAUCA**

Popayán, seis (6) de marzo de dos mil veinticuatro (2024)

Magistrado Ponente: **JAIRO RESTREPO CÁCERES**

Expediente: **19001 33 33 004 2015 00290 01**
Demandante: **LUCY MARÍA CASTILLO HIDALGO Y OTROS**
Demandado: **DEPARTAMENTO DEL CAUCA - INDEPORTES**
Medio de Control: **REPARACIÓN DIRECTA**
Auto I.- 059

I. OBJETO A DECIDIR

Pasa a Despacho el asunto de la referencia para considerar el informe secretarial que antecede, consistente en la solicitud de decreto de pruebas en segunda instancia presentada por el apoderado de la parte demandante.

II. CONSIDERACIONES

Mediante auto S.- 098 del 22 de marzo de 2023, fue admitido por esta Corporación, el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia emitida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Popayán, siendo notificado en estado del día 23 del mismo mes y año.

El apoderado de la parte demandante, presentó solicitud de pruebas en segunda instancia el día 24 de marzo de 2023¹, esto es, dentro del término establecido en la norma *ut supra*, por lo que es oportuno resolver de fondo sobre su procedencia.

De la solicitud:

La parte demandante elevó su petición en los siguientes términos:

*“...la primera petición que se elevara es dirigida a la contraparte **INDEPORTES CAUCA**, y **GOBERNACION DEL CAUCA**, para que de mutuo acuerdo solicitemos la prueba del interrogatorio del testigo **NELSON RICARDO FERNANDEZ ENRIQUEZ**, lo anterior solicitud se eleva con el fin de la búsqueda de la verdad dentro del proceso, lealtad procesal entre las partes, dando así cumplimiento a lo regulado en el **Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo Artículo 212. Oportunidades probatorias.***

*Subsidiariamente; y en el evento de no prosperar la primera petición solicitaré la aplicación de la causal 4 **Artículo 212. Oportunidades probatorias.** “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.”*

*Si bien es cierto; este litigante en su momento procesal no solicito la vinculación del testigo de nombre **NELSON**, apodado como “**NECO**”, o así lo describieron en varias ocasiones dentro de la audiencia las señoras Martha Solano y de Dilia Esperanza Villarreal, para ese momento era imposible saber de quien se hablaba o a quien se referían los testigos, y como se generan varias incongruencias dentro de los testimonios allegados al plenario, se necesita la intervención del ahora identificado **NELSON RICARDO FERNANDEZ ENRIQUEZ**, para que aclare algunos puntos que fueron determinantes en la decisión de primera instancia.*

¹ Archivo pdf 06 y 07 del Cuaderno de Segunda Instancia-Expediente digital.

Expediente: 19001 33 33 004 2015 00290 01
Demandante: SIDNEY GUEVARA PIAMBA Y OTROS
Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA – EJÈRCITO NACIONAL
Medio de Control: REPARACIÓN DIRECTA

Por lo anterior expuesto considera este litigante estar frente a un evento de fuerza mayor o caso fortuito que le impedía a este recaudar el testimonio del señor NELSON RICARDO FERNANDEZ ENRIQUEZ, que puede ser determinante en la búsqueda de la verdad de los hechos además que reúne los requisitos de viabilidad.

Como fundamento de la anterior, argumentó que (i) En audiencia de pruebas llevada a cabo el 06 de julio de 2021, continuada el 07 de septiembre de 2021, fueron rendidos los testimonios de las señoras MARTHA SOLANO y DILIA ESPERANZA VILLARREAL, de los que destaca, refirieron al señor NELSON RICARDO FERNÁNDEZ ENRÍQUEZ. (ii) Afirma que su solicitud encaja en el evento de fuerza mayor o caso fortuito puesto que le fue imposible tener conocimiento del prenombrado hasta la audiencia de pruebas, dado que contaba con muy poca información.

Arguye que la solicitud de pruebas en segunda instancia, se enmarca en la causal establecida en el numeral cuarto del artículo 212 del C.P.A.C.A (por fuerza mayor), al tornarse la situación como un evento incierto que imposibilitaba la asistencia del testigo al plenario, además expresa que quien tenía conocimiento de la existencia del testigo era INDEPORTES CAUCA.

Ahora bien, en relación con las oportunidades probatorias y en especial el decreto de pruebas en segunda instancia, el artículo 212 del CPACA establece:

“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, que se decretarán **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. <Numeral modificado por el artículo 53 de la Ley 2080 de 2021. El nuevo texto es el siguiente>: Cuando fuere negado su decreto en primera instancia o no obstante haberse decretado se dejaron de practicar sin culpa de la parte que las pidió. En este último caso, solo 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.*
- PARÁGRAFO. Si las pruebas pedidas en segunda instancia fueren procedentes se decretará un término para practicarlas que no podrá exceder de diez (10) días hábiles.” (Subraya y negrilla por el Despacho)*

Sobre la aplicación de la anterior norma, la Sección Cuarta del Consejo de Estado, en providencia del 12 de febrero de 2019, reconoció que:

“Dicha norma es estricta al señalar que «para que sean apreciadas por el juez las pruebas deberán solicitarse, practicarse e incorporarse al proceso dentro de los términos y oportunidades señalados», tras lo cual especifica que, en el trámite de la segunda instancia, «cuando se trate de apelación de sentencia», las partes podrán pedir pruebas en el término de ejecutoria del auto que admite el recurso, las cuales «se decretarán únicamente» en los casos en que se evidencien las situaciones que están señaladas en los ordinales uno a cinco del mismo artículo (i.e. que sean pruebas solicitadas de común acuerdo por las partes; que habiendo sido decretadas en la primera instancia no se hayan podido practicar sin culpa de la parte que las solicitó; que verse sobre hechos posteriores a la oportunidad probatoria de la primera instancia; que no se hayan podido solicitar en la primera instancia por fuerza mayor

Expediente: 19001 33 33 004 2015 00290 01
Demandante: SIDNEY GUEVARA PIAMBA Y OTROS
Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL
Medio de Control: REPARACIÓN DIRECTA

*o caso fortuito; o que busquen desvirtuar algunas pruebas decretadas en segunda instancia).*²

En lo concerniente al decreto de pruebas en segunda instancia, el Consejo de Estado mediante providencia del 15 de julio de 2021³, señaló lo siguiente:

“La solicitud de pruebas en segunda instancia se debe presentar hasta la ejecutoria del auto que admite el recurso de apelación contra sentencia y, su decreto es de carácter excepcional, ya que se encuentra sujeto a la satisfacción de alguno de los cuatro (4) requisitos de procedibilidad que enseña taxativamente el artículo 212 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), a saber: i) cuando siendo decretadas en primera instancia, se dejaron de practicar sin culpa de la parte que las pidió o con el fin único de que se agoten los requisitos necesarios para su perfeccionamiento; ii) busquen demostrar o desvirtuar hechos acaecidos después de transcurrida la oportunidad para solicitar pruebas en primera instancia; iii) cuando se trate de documentos que no pudieron aducirse en primera instancia por fuerza mayor, caso fortuito o por obra de la parte contraria, y iv) aquellas que busquen desvirtuar los mismos.

Así las cosas, la admisibilidad de un recaudo de pruebas en segunda instancia está sometido a un doble escrutinio, puesto que, por un lado debe satisfacer los requerimientos generales de toda prueba, a saber: pertinencia, conducencia y utilidad, señalados en el artículo 168 del Código General del Proceso (CGP), y por otro, se debe acreditar que la prueba se circunscribe a alguno de los supuestos de procedencia del artículo 212 del CPACA.

En este orden de ideas, también se debe señalar que la primera instancia es la oportunidad idónea en la cual las partes pueden efectuar todo tipo de peticiones en materia de pruebas para que sean tenidas en cuenta y valoradas –posteriormente – por el Juez Administrativo, dado que es en ese momento que, en principio, debe surtirse íntegramente el debate probatorio.

Por tanto, el juez de lo contencioso administrativo debe rechazar cualquier solicitud probatoria en la que una parte pretenda subsanar el incumplimiento de sus deberes de autorresponsabilidad frente a sus pretensiones o excepciones, según el caso, comoquiera que “incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”, al tenor de lo dispuesto en el artículo 167 del Código General del Proceso; e igualmente tampoco se puede hacer uso de las pruebas en segunda instancia para reiterar peticiones probatorias que fueron negadas expresamente por el a quo, pues esta no es una instancia para debatir las decisiones que en materia probatoria adoptó el juez administrativo de primera instancia.” La negrita es propia.

En el presente asunto, de las actuaciones surtidas en la primera instancia, el Despacho observa que, con posterioridad a la emisión de la Sentencia de primera instancia, fue remitida por el apoderado de la parte actora, una solicitud relacionada con el decreto de la prueba testimonial del señor NELSON RICARDO FERNÁNDEZ ENRÍQUEZ, la cual sustenta bajo el argumento de la imposibilidad de conocimiento del prenombrado hasta antes de la celebración de la audiencia de pruebas.

Visto lo enunciado y teniendo en cuenta el precedente jurisprudencial en cita, es claro que no puede pretender la parte actora solicitar el decreto y práctica de pruebas en segunda instancia, contemplado en el artículo 212 del CPACA, con el objetivo de subsanar el incumplimiento de sus deberes de autorresponsabilidad frente a sus pretensiones, dado que no se evidencia que en la primera instancia haya desplegado actuación alguna tendiente a realizar, en las oportunidades procesales pertinentes, dicha solicitud probatoria, pues es de recordar que es tal instancia la idónea para efectuar las mismas ,dado que, en principio, es donde debe surtirse íntegramente el debate probatorio.

² Consejo de Estado, Sección Cuarta, Providencia del 12 de febrero de 2019, Expediente 05001-23-33-000-2013-01534-01 (21611). [C.P. Julio Roberto Piza Rodríguez].Ídem.

³ Consejo de Estado, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN C Consejero ponente: JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS Bogotá D.C., quince (15) de julio de dos mil veintiuno (2021) Radicación número: 25000-23-36-000-2014-00599-01(65189)A

Expediente: 19001 33 33 004 2015 00290 01
Demandante: SIDNEY GUEVARA PIAMBA Y OTROS
Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA – EJÈRCITO NACIONAL
Medio de Control: REPARACIÓN DIRECTA

Ahora bien, no se encuentra acertado el argumento del apoderado del demandante respecto de la imposibilidad de solicitar la referida prueba en primera instancia por fuerza mayor, pues del acervo probatorio se puede inferir que, la persona de quien en esta oportunidad solicita el decreto del testimonio, se encontraba presente a la fecha de los hechos sobre los que acaece la controversia, de lo cual es posible establecer que, el conocimiento del señor FERNÁNDEZ ENRÍQUEZ no sobrevino por fuerza mayor ni se encuentra acreditada justificación alguna de la omisión de solicitud oportuna de su decreto en primera instancia, por tal motivo es claro que su solicitud no se enmarca en la causal establecidas en el numeral cuarto del artículo 212 del CPACA.

Asimismo, es importante precisar que, no se encuentra acreditada la existencia de la causal primera ibidem, toda vez que la prueba no fue solicitada de mutuo acuerdo por las partes.

De igual forma, frente a la posibilidad de decretar la práctica de tales medios de prueba de manera oficiosa, es importante recordar que el máximo tribunal de lo contencioso administrativo, en providencia del 12 de febrero de 2019, recordó que tampoco *"sería procedente que se decretara la práctica de una prueba de oficio a partir de la insinuación hecha en tal sentido por la apelante, toda vez que la actividad oficiosa regulada en el artículo 213 del CPACA debe ejercerse cuando el juzgador valore la necesidad de decretar pruebas para esclarecer la verdad del caso y no opera a solicitud o insinuación de parte, a manera de mecanismo útil para frustrar la estricta regulación de las oportunidades probatorias consagradas en el artículo 212 ejusdem."*

Conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, la solicitud efectuada por la apoderada de la parte demandante no cumple con alguno de los supuestos previstos en el artículo 212 del CPACA para que proceda el decreto excepcional de pruebas en segunda instancia, en consecuencia, no se accederá a la misma.

De conformidad con lo expuesto, **SE DISPONE:**

PRIMERO.- NEGAR la solicitud del decreto de pruebas en segunda instancia, efectuada por la apoderada de la parte demandante.

SEGUNDO.- En firme esta providencia, devuélvase el expediente a Despacho para continuar con el trámite respectivo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

El Magistrado,

JAIRO RESTREPO CÁCERES

Firmado SAMAI