República de Colombia

Tribunal Superior de Popayán
Sala Civil Familia

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE POPAYÁN

SALA CIVIL – FAMILIA

Magistrada Ponente:	DORIS YOLANDA RODRÍGUEZ CHACÓN
Radicado:	19001 31 10 003 2019 00385 03
Proceso:	DECLARATIVO – UNIÓN MARITAL DE HECHO
Demandante:	CARLOS ALBERTO ARBELAEZ BARRERA[1]
Demandado:	KARIM JULIETH CASTRO MARTINEZ[2]
Asunto:	Niega solicitud de pruebas en segunda instancia

Popayán, dieciocho (18) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

Procede el Despacho a resolver lo pertinente, en relación con la solicitud de pruebas presentada por la apoderada de la parte demandante, indicando "*que la solicitud aquí planteada no versa sobre una práctica de prueba con fundamento en el artículo 327, sino que esta petición busca el ejercicio de la facultad oficiosa…con el fin de que se decrete algunas pruebas que puede ser de utilidad para la resolución del problema jurídico planteado en el presente asunto*", y en tal virtud, reclama con fundamento en los artículos 169 y 170 del C.G.P., se decrete la recepción del testimonio de la señora GLORIA ELENA PINO PARRA, quien laboró en la Clínica Animal Doctor y tiene conocimiento de la relación que existió entre las partes. Lo anterior, dado que las pruebas testimoniales de la parte demandada fueron tachados en su totalidad, por razones de familiaridad y dependencia laboral. Aunada, la falta de garantía de que los testigos "*hubiesen sido separados al momento de rendir su testimonio, desconociendo así los artículos 211 y 220 del Código General del Proceso*".

Así mismo, solicita se decrete como prueba el mensaje de datos (audio) remitido en marzo del año 2019 por la señora KARIM CASTRO MARTINEZ, al señor JUAN FELIPE ARBELAEZ REVELO, quien en su momento era el apoderado del demandante, tras manifestar que, pese a que dicha prueba fue oportunamente solicitada con el escrito de contestación a las excepciones propuestas por la parte

[1] Por conducto de apoderada: Dra. NATALIA VALENTINA MERA CONSTAIN – Correo electrónico: nataliavm@unicauca.edu.co - Celular: 316 387 8103 - El demandante: kptoarbelaezb@hotmail.com

[2] Apoderado: Dr. MILTON JAVIER LOPEZ GARCIA – Correo electrónico: cdiderecho@hotmail.com – Celular: 315 551 2737 - La demandada: karimjc18@hotmail.com

demandada, la misma fue excluida por el Juez de primera instancia, con base en los siguientes argumentos: 1. No hubo ejercicio de la defensa por parte de la demandada, por cuanto no le fue trasladado, y 2. Se trae supuestamente una grabación de la cual no se tiene la aquiescencia o permiso de la persona en contra de quien se aduce. Decisión que apelada se encuentra pendiente de resolver por el Tribunal, advirtiendo, que presentada la prueba con el escrito de contestación de las excepciones, la parte demandada tuvo la oportunidad para oponerse, y no lo hizo. Agrega, que dicha prueba conforme al artículo 370 del CGP es un audio – mensaje de datos, y no una grabación, como fue interpretado por el *a-quo,* y que la misma, resulta relevante para resolver el problema jurídico establecido en la fijación del litigio. Reiterando, que no se está frente a una grabación realizada sin el consentimiento de la señora KARIM CASTRO, sino que por el contrario, es la misma KARIM quien se graba a si misma, remitiendo un mensaje de voz, del que se deduce, que a pesar de las diferencias y dificultades la pareja seguía su relación, esto es, no se había presentado la separación física y definitiva de que habla la Ley 54 de 1990.

CONSIDERACIONES

Las pruebas en segunda instancia, se reglan por lo dispuesto en el artículo 327 del Código General del Proceso, que establece:

> *"Artículo 327. Trámite de la apelación de sentencias.*
>
> *Sin perjuicio de la facultad oficiosa de decretar pruebas, cuando se trate de apelación de sentencia, dentro del término de ejecutoria del auto que admite la apelación, las partes podrán pedir la práctica de pruebas y el juez las decretará únicamente en los siguientes casos:*
>
> *1. Cuando las partes las pidan de común acuerdo.*
>
> ***2. Cuando decretadas en primera instancia, se dejaron de practicar sin culpa de la parte que las pidió.***
>
> *3. Cuando versen sobre hechos ocurridos después de transcurrida la oportunidad para pedir pruebas en primera instancia, pero solamente para demostrarlos o desvirtuarlos.*
>
> *4. 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.*
>
> *5. Si con ellas se persigue desvirtuar los documentos de que trata el ordinal anterior.*
>
> *Ejecutoriado el auto que admite la apelación, el juez convocará a la audiencia de sustentación y fallo. Si decreta pruebas, estas se practicarán en la misma audiencia, y a continuación se oirán las alegaciones de las partes y se dictará sentencia de conformidad con la regla general prevista en este código".*

En relación con la práctica de pruebas en segunda instancia, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en pronunciamiento del 24 de septiembre de

2003[3], que resulta prudente traer a colación aún bajo la vigencia del Código General del Proceso, señaló:

> "*La actividad probatoria, como todo el quehacer procesal, está sometida al gobierno de las condiciones formales y temporales previstas en el Código de Procedimiento Civil, las cuales confluyen no solamente para determinar su eficacia, sino, también, para orientar el proceso hacia sus fines últimos, sustrayéndolo de ese modo del arbitrio antojadizo del juez o de las partes. Subsecuentemente, dado el carácter eminentemente preclusivo del procedimiento civil, es patente que las diversas fases que estructuran la labor demostrativa deben desarrollarse en los plazos previstos específicamente en el ordenamiento**, siendo la regla general en el punto, que el diálogo probatorio se desenvuelva en la primera instancia, dentro de las oportunidades establecidas para tal efecto, al paso que a petición de parte solamente es viable decretar pruebas en la segunda instancia, en los eventos expresamente prescritos por el artículo 361 del referido estatuto,** cuyo temple particularmente restrictivo impone con nitidez una excepción en la materia, supeditada en todo caso, a que la solicitud pertinente sea presentada tempestivamente y que se trate de apelación de sentencias.*
>
> *Así las cosas, **parece conveniente destacar que el mencionado precepto no consagra una oportunidad probatoria ilimitada, o a la que las partes puedan acudir ad-libitum, pues, por el contrario, su procedencia se encuentra minuciosamente regulada por la ley y explícitamente condicionada a la concurrencia de los supuestos taxativamente previstos en ella**, de ahí que deba colegirse que no incurre en errores de actividad el juzgador ad quem que no atiende el pedido de pruebas elevado por alguna de las partes en la segunda instancia, cuando éste no se presenta oportunamente, o cuando no se ajusta a los supuestos prescritos por el predicho artículo 361."*

Descendiendo al caso concreto, advierte el Despacho, que la apoderada de la parte actora solicita con fundamento en el artículo 14 del Decreto 806 de 2020[4] y el artículo 327 del Código General del Proceso, se ordene tener como prueba el "*mensaje de datos (audio) remitido en marzo del año 2019 por la señora KARIM CASTRO MARTINEZ, demandada, al señor JUAN FELIPE ARBELAEZ REVELO, este último quien en su momento era el abogado del demandante*"; pedimento que resulta improcedente, pues la petición de la apoderada del demandante no encaja en ninguna de las hipótesis previstas en el artículo 327 del C.G.P., y es además, se está en presencia de una prueba que en el trámite de primera instancia fue excluida por el funcionario de conocimiento, y en virtud del recurso interpuesto por la parte demandante, aún se encuentra pendiente por resolver la alzada contra dicho auto, y por lo tanto, mal puede pretender la parte actora, anticipar dicha decisión, bajo el ropaje de una petición de pruebas en segunda instancia.

---

[3] Expediente No. 6896, M.P. Dr. Jorge Antonio Castillo Rúgeles.

[4] ***Artículo 14. Apelación de sentencias en materia civil y familia***. *El recurso de apelación contra sentencia en los procesos civiles y de familia, se tramitará así:* ***Sin perjuicio de la facultad oficiosa de decretar pruebas, dentro del término de ejecutoria del auto que admite la apelación, las partes podrán pedir la práctica de pruebas y el juez las decretará únicamente en los casos señalado en el artículo 327 del Código General del Proceso…****Si se decretan pruebas, el juez fijará fecha y hora para la realización de la audiencia en la que se practicaran, se escucharan alegatos y se dictará sentencia. La sentencia se dictará en los términos establecidos en el Código General del Proceso".*

Así, será al momento en que se resuelva el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, cuando se examine la legalidad de la decisión adoptada por el funcionario de primer grado, en la audiencia surtida el 18 de febrero de 2021, en torno a la exclusión de la prueba en comento.

Recuérdese, que al amparo de la teoría de la carga de la prueba *"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. Esta institución pretende que quien concurre a un proceso en calidad de parte asuma un rol activo y no se limite a refugiarse en la diligencia del juez ni se beneficie de las dificultades probatorias o mala fortuna de su contraparte"*[5].

De otro lado, en relación con la solicitud de decretar el testimonio de la señora GLORIA ELENA PINO PARRA, de quien se dice tiene conocimiento de la relación existente entre las partes, conviene precisar, que la parte demandante debe solicitar en el escrito de demanda las pruebas que pretenda hacer valer en el proceso (artículo 82 numeral 6 del C.G.P.) con el propósito de demostrar los hechos que sirven de fundamento a las pretensiones, y según se observa en el libelo genitor, el demandante solicitó la recepción de los testimonios de las siguientes personas: PIEDAD CONCHA PALTA, OLIVIA DIAZ ROJAS y LOURDES BRAVO MONTILLA [que buscan probar los hechos relacionados a la existencia de la unión marital de hecho, pues conocían de su relación, y les consta que ambos trabajaban como pareja en el Barrio Santa Clara de Popayán], y en el escrito de "*Contestación de excepciones*", solicitó hacer comparecer como testigos a TATIANA LOPEZ ZAMBRANO, ANGELA FERNANDA RODAS, PATRICIA SANTACRUZ, ROBINSON IDROBO SEGURA y JIMENA JIMENEZ [a fin de probar la existencia de la unión marital de hecho], sin que en ninguno de tales escritos se haya mencionado a la señora GLORIA ELENA PINO PARRA; de tal suerte que, el Juzgado decretó las pruebas mediante auto proferido en la audiencia celebrada el 18 de febrero de 2021[6], conforme a lo expresamente solicitado en la demanda y en el escrito de

[5] Corte Constitucional, sentencia C- 086 de 2016.
[6] Minuto 1:13:41

contestación a las excepciones, providencia que notificada, no fue objeto de ningún recurso, quedando ésta debidamente ejecutoriada.

De ahí, la improcedencia de la mencionada prueba, pues se trata de un medio de prueba no solicitado en las oportunidades probatorias de primera instancia, siendo allí donde debía surtirse el debate probatorio pertinente. Ahora, si bien el artículo 169 del C.G.P., faculta al funcionario para decretar de oficio la declaración de testigos, siempre que "*estos aparezcan mencionados en otras pruebas o en cualquier acto procesal de las partes*", lo cierto, es que en el caso concreto no se evidencia la necesidad de tal declaración oficiosa, que no por insinuación de las partes, dado que conforme lo indicado en el escrito de demanda y contestación de las excepciones, todos los deponentes son citados con el propósito de probar los hechos relacionados a la existencia de la unión marital de hecho, resultando suficientes las pruebas recaudadas; máxime cuando en la sentencia de primera instancia se declaró la pretendida unión marital de hecho.

Sin más consideraciones, se procederá a denegar la solicitud de pruebas presentada por la apoderada de la parte demandante, teniendo en cuenta, que como lo indicó la Honorable Corte Constitucional *"una interpretación razonable del artículo 361 del Código de Procedimiento Civil [hoy, artículo 327 del C.G.P.], en cuanto a que señala de manera taxativa los casos en que se decreta la práctica de pruebas en segunda instancia, conduce a concluir que uno de los propósitos de la restricción es el de evitar que en esa sede se abra paso a todo un profuso y dilatado debate probatorio que indudablemente debió surtirse durante el trámite de primera instancia, pues de no ser así, el recurso de apelación como tal perdería su esencia en tanto la sentencia objeto del mismo tendría soporte probatorio diferente"*[7].

Por lo expuesto, la suscrita Magistrada Sustanciadora de la Sala de Decisión Civil Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán,

RESUELVE:

PRIMERO: Denegar el decreto de pruebas solicitada en esta instancia, por la parte demandante, por las razones indicadas en la parte motiva del presente proveído.

[7] Corte Constitucional, sentencia T- 819 de 2002, M.P Dra. Clara Inés Vargas Hernández

SEGUNDO: La apoderada del demandante remitió vía correo electrónico el 07 de mayo de 2021, escrito de sustentación del recurso de apelación. No obstante lo anterior, conviene aclarar a la apoderada del demandante – CARLOS ALBERTO ARBELAEZ BARRERA, que ejecutoriado el presente proveído, se correrá traslado al apelante para sustentar el recurso de apelación contra la sentencia, por escrito, por auto que será debidamente notificado en su oportunidad. **En consecuencia, el escrito de sustentación presentado, no se tendrá en cuenta para efectos de la sustentación del recurso**. De esta forma se entiende resuelta la solicitud del apoderado de la parte demandada remitida por correo electrónico el 12 de mayo de 2021.

TERCERO: En firme esta providencia, vuelva el expediente al Despacho, para lo pertinente.

Notifíquese y cúmplase,

DORIS YOLANDA RODRIGUEZ CHACÓN
Magistrada

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE POPAYÁN
SALA CIVIL FAMILIA

En la fecha se notifica por ESTADO No. _____ el auto anterior,

Popayán, _____ fijado a las 8 a.m.

_____
ZULMA PATRICIA RODRIGUEZ MUÑOZ
SECRETARIA