REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE POPAYÁN
SALA CIVIL-FAMILIA

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: MANUEL ANTONIO BURBANO GOYES

Popayán, doce (12) de agosto del año dos mil veintiuno (2021).

ASUNTO A TRATAR

Pasa a despacho el recurso de súplica interpuesto por el apoderado judicial de REVECONEX TELECOMUNICACIONES S.A.S., contra el auto proferido por la H. Magistrada Doris Yolanda Rodríguez Chacón el 05 de abril de 2021, remitido a la Sala Dual de esta Corporación, conforme a lo dispuesto en auto del 09 de ese mes y año.

EL AUTO IMPUGNADO

En la providencia impugnada, la Magistrada Sustanciadora negó el decreto de la prueba solicitada en segunda instancia por el apoderado judicial de la parte demandante.

En ese sentido explicó, con apoyo en las disposiciones del artículo 327 del Código General del Proceso, jurisprudencia emitida por la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional, que el medio de prueba no fue "*solicitado en las oportunidades probatorias de primera instancia, siendo allí donde debía surtirse el debate probatorio pertinente*", encontrando además, que el requerimiento de su decreto en sede de apelación, no se ajusta a las exigencias determinadas en la citada disposición normativa, aunado a que no se precisaron "*las circunstancias de fuerza mayor, caso fortuito, u obra de la parte contraria, que impidieron allegar el respectivo*

documento en el trámite de la primera instancia, pues nada se indica en tal sentido".

EL RECURSO DE SÚPLICA Y LA INTERVENCIÓN DE LA PARTE NO RECURRENTE

Mediante escrito remitido vía correo electrónico el 08 de abril de 2021, a las 12:24, la demandante interpuso "*recurso de reposición y en subsidio apelación*", expresando que "*en búsqueda de la verdad, el Magistrado puede decretar pruebas de oficio, debido a que la aportada puede variar considerablemente la decisión de primera instancia"*, agregando que se incurrió en un "*exceso ritual manifiesto*", máxime cuando la prueba se encontró después que Oscar Gerardo García Amú declarara en calidad de testigo, y, después que se dictara Sentencia de primera instancia.

La parte no recurrente, omitió hacer pronunciamiento.

Mediante auto del 09 de abril de 2021, la Magistrada Sustanciadora explicó que "*con el propósito de garantizar el derecho de acceso a la administración de justicia y de primacía del derecho sustancial sobre el procesal*", debía impartirse al recurso presentado por el vocero judicial de la demandante, el trámite previsto para el recurso de súplica, al ser improcedente el de reposición y en subsidio apelación.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA

COMPETENCIA: Conforme a lo dispuesto en el artículo 331 del C.G.P. corresponde, a la Sala Dual, resolver el recurso de súplica presentado frente a un auto que por su naturaleza sería apelable (el que niega la práctica de una prueba), dictado por la Magistrada Sustanciadora en el curso de la segunda instancia.

PROBLEMA JURÍDICO PARA RESOLVER:

¿Debe confirmarse el auto del 05 de abril de 2021 emitido en el curso de la segunda instancia,

mediante el cual se negó decretar y practicar la prueba pedida por la parte demandante?

TESIS DE LA SALA:

El auto adiado el 05 de abril de 2021 emitido en el cuso de la segunda instancia, debe ser confirmado al no ser procedente decretar y practicar, en segunda instancia, la prueba solicitada por la parte demandante.

CASO CONCRETO:

En el *sub exámine* se verifica de manera primigenia que el auto que negó la práctica y decreto de una prueba en el curso de la segunda instancia era susceptible (**requisito de procedencia**) de ser atacada a través del recurso de súplica a voces de lo consagrado en los artículos 321 numeral 3 y 331 del C.G.P., recurso que se presentó dentro del término de ejecutoria de la providencia (**requisito de oportunidad**), expresando las razones por las cuales debía revocarse la providencia impugnada (**requisito de sustentación**)[1].

Paralelamente se observa que esa decisión le fue adversa a la parte demandante, razón por la cual podía recurrirla (**requisito de legitimación**)[2], lo que efecto aconteció presentando su vocero judicial (**requisito de capacidad**) recurso de reposición y en subsidio apelación (sic), el que a voces de lo dispuesto en el parágrafo del artículo 318 del C.G.P. era susceptible de ser tramitado por las reglas del recurso procedente (súplica).

---

[1]Artículo 331: … "La súplica deberá interponerse dentro de los **tres (3) días siguientes a la notificación del auto**, mediante escrito dirigido al magistrado sustanciador, en el que se **expresarán las razones de su inconformidad**". (Negrillas fuera de texto)

[2]Frente al requisito de legitimación ha explicado la Corte, que "**sólo la parte afectada puede saber y conocer el perjuicio recibido**", razón por la que la legitimación se exige no solo frente a los medios de impugnación sino entre otros, para alegar nulidades procesales al interior de los trámites judiciales. Al respecto: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, once (11) dé marzo de mil novecientos noventa y uno (1991). MP Rafael Romero Sierra. Sentencia citada en el libro: "Las nulidades en el Código General del Proceso". Canosa Torrado, Fernando. Ediciones Doctrina y Ley, 2017, pag.20 y siguientes

Clarificado lo anterior, a la luz del problema jurídico planteado y la tesis expuesta por la Sala Dual, se verifica que el decreto y práctica de la prueba solicitada en segunda instancia por REVECONEX TELECOMUNICACIONES S.A.S., consistente en tener como tal una certificación emitida el 09 de julio de 2018 por el Gerente de Enercauca S.A. E.S.P., es abiertamente improcedente por varias razones:

1. Contraría disposiciones elementales del estatuto procesal civil. En ese orden, se recuerda que a voces de lo dispuesto en el artículo 173: "*Para que sean apreciadas por el juez las pruebas deberán solicitarse, practicarse e incorporarse al proceso* ***dentro de los términos y oportunidades señalados para ello*** *…",* oportunidades que se entiende, están previstas v.g. en la demanda, la contestación a la demanda y/o a su reforma, la reforma a la demanda, y, el traslado a las excepciones de mérito.

2. Atender las exigencias del mandato anterior, materializa y efectiviza principios de carga de la prueba (CGP, art. 177), perentoriedad, preclusividad, debido proceso y seguridad jurídica.

3. La solicitud, no cumple ninguna de las exigencias previstas en el artículo 327 *ibidem*, mandato conforme al cual … "*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 …*".

4. La H. Magistrada Sustanciadora halló que la solicitud de la demandante, se subsumía en el evento

de pruebas "*que no pudieron aducirse al proceso por fuerza mayor o caso fortuito*" (Auto del 05 de abril de 2021); sin embargo, la parte demandante al recurrir el auto que ahora es materia de súplica, adujo que la prueba se "*encontró*" después de recepcionada la testimonial y de haberse dictado Sentencia en primera instancia, insistiendo que el documento allegado puede "*variar notablemente el sentido de la Sentencia de primera instancia*".

5. La lacónica argumentación presentada por quien lleva la vocería judicial de la demandante, no especifica en cual de las causales taxativas de aquéllas previstas en el citado artículo 327 sustenta su solicitud, sin que, tal como lo expresó la Magistrada Sustanciadora, pueda determinarse que no se allegó la prueba por alguna causa de fuerza mayor o caso fortuito, y sin que la Sala Dual avizore que versa sobre un hecho ***"ocurrido después de transcurrida la oportunidad para pedir pruebas en primera instancia",*** como, al parecer, se quiso dar a entender al intentar el recurso de súplica.

6. En lo concerniente al evento previsto por el numeral 3° del mencionado precepto, según el cual hay lugar a pedir pruebas en el transcurso de la segunda instancia cuando hayan surgido hechos nuevos con posterioridad al término probatorio surtido en primera instancia, se advierte con facilidad que la actividad probatoria allí señalada se encuentra supedita evidentemente al surgimiento de hechos nuevos, de modo que por lógico que resulte, valga anotarlo, está vedado o prohibido para demandar el decreto o la incorporación de piezas de convicción encaminadas a demostrar situaciones, hechos o circunstancias preexistentes; situación que se subraya porque la certificación a la que alude el vocero judicial de la sociedad demandante, data del **09 de julio de 2018 y certifica la preexistencia de un contrato de prestación de servicio de internet cableado entre ENERCAUCA S.A. E.S.P. y FUNDACIÓN LLEVAT EN MARXA,** en otras palabras, no refiere en modo alguno el surgimiento a un hecho nuevo acaecido después de ***transcurrida la oportunidad para pedir pruebas en***

primera instancia, estando supeditado más, a la negligencia con la que actuó la parte frente al cumplimiento de su carga probatoria.

7. Además, el precepto normativo no contempla el conocimiento posterior que tenga la parte frente a la existencia de un documento que aquí ha dicho, tiene trascendencia para la litis, "*pues en rigurosa lógica el hecho nuevo consistiría en el conocimiento que tiene el litigante de la prueba*"[3], y no, del hecho en sí.

8. Así, en la medida en que la parte recurrente no solicitó la prueba dentro de la oportunidad correspondiente, y tampoco alegó ni acreditó que se estuviera frente a una de las hipótesis de solicitud de pruebas en la segunda instancia, carece de fundamento legal su solicitud, lo que conduce a confirmar el auto recurrido.

9. Finalmente, aclara la Sala Dual que, tampoco era procedente decretar la prueba de manera oficiosa, a partir de la insinuación hecha en tal sentido por el vocero de la parte apelante, toda vez que dicha actividad (oficiosa) regulada en el artículo 170 del C.G,P, debe ejercerse cuando el juzgador valore la necesidad de su decreto, sin que opere a solicitud o insinuación de parte, a manera de mecanismo para burlar las oportunidades probatorias y salvar su propia incuria, arropándola en el pedimento de dar prevalencia al "*derecho sustancial sobre lo formal*".

Por lo expuesto, la Sala Dual del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE POPAYAN, SALA CIVIL FAMILIA,**

RESUELVE:

PRIMERO: Confirmar el auto proferido por la H. Magistrada Doris Yolanda Rodríguez Chacón el 05 de abril de 2021, dentro del trámite de la referencia y conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

[3] Expediente 6896, M.P. Dr. Jorge Antonio Castillo Rugeles.

SEGUNDO: Condenar en costas a la parte demandante aquí apelante (Numeral 1 artículo 365 del C.G.P.). Fijar como agencias en derecho la suma equivalente a ½ SMLMV.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,

MANUEL ANTONIO BURBANO GOYES

JAIME LEONARDO CHAPARRO PERALTA