

Bogotá D.C., 20 de octubre de 2023

Honorable Magistrado

NAUN MIRAWAL MUÑOZ MUÑOZ

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CAUCA

E. S. D.

REFERENCIA: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

EXPEDIENTE: 19001-23-33-000-2021-00201-00

DEMANDANTE: SERVIASEO POPAYÁN S.A. E.S.P.

DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS (SSPD)

ASUNTO: RECURSO DE REPOSICIÓN Y, EN SUBSIDIO, APELACIÓN

EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT, mayor de edad, identificado como aparece al pie de mi firma, en mi calidad de apoderado especial de la empresa **SERVIASEO POPAYÁN S.A. E.S.P.**, por medio de la presente, dentro de la oportunidad procesal correspondiente, respetuosamente me permito interponer **RECURSO DE REPOSICIÓN Y, EN SUBSIDIO, APELACIÓN** contra el auto del 13 de octubre de 2023, notificado por correo electrónico el 17 de octubre de 2023, mediante el cual se *“niega la práctica de la prueba correspondiente al testimonio de David Alonso Andrade Córdoba, Director Territorial Suroccidente de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, quien suscribió la Resolución N° SSPD 20198500034865 del 12/9/2019 expediente N° 2019850390102479E de la SSPD”*.

Por razones metodológicas, el presente recurso se organiza como sigue: *en primer lugar*, se establece lo correspondiente a la Procedencia y oportunidad del presente recurso; *en segundo lugar*, se expondrán los fundamentos de derecho de conformidad con el marco jurídico

aplicable; *en tercer lugar*, se exponen las peticiones; y *en cuarto lugar*, se informan los datos correspondientes para las notificaciones.

I. ACLARACIÓN PREVIA- PROCEDENCIA Y OPORTUNIDAD DEL RECURSO

El artículo 242 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (en adelante “CPACA”), modificado por el artículo 61 de la Ley 2080 de 2021, prevé que: “El recurso de reposición procede contra todos los autos, salvo norma legal en contrario. En cuanto a su oportunidad y trámite, se aplicará lo dispuesto en el Código General del Proceso”

De forma complementaria, el artículo 243 del CPACA, consagra las providencias contra las cuales procede el recurso de apelación, en los siguientes términos:

ARTÍCULO 243. APELACIÓN. Son apelables las sentencias de primera instancia y los siguientes autos proferidos en la misma instancia:

(...)

7. El que niegue el decreto o la práctica de pruebas.

(...)

Sobre este mismo asunto, los artículos 321 y 322 del Código General del Proceso establecen que:

“ARTÍCULO 321. PROCEDENCIA. *Son apelables las sentencias de primera instancia, salvo las que se dicten en equidad. También son apelables los siguientes autos proferidos en primera instancia:*

(...)

3. El que niegue el decreto o la práctica de pruebas.

(...)

En ese orden, queda acreditado que, toda vez que el auto que se recurre en la presente oportunidad dispuso “Negar el decreto de la prueba testimonial solicitada por la parte demandante, por las razones expuestas”, contra el mismo procede el recurso de reposición y, en subsidio apelación, de conformidad con lo dispuesto en las normas recién reseñadas.

En cuanto a la oportunidad en la que debe interponerse el recurso, sumado a lo dispuesto en el artículo 242 del CPACA, se tiene que el artículo 322 del Código General del Proceso dispone que:

“ARTÍCULO 322. OPORTUNIDAD Y REQUISITOS. *El recurso de apelación se propondrá de acuerdo con las siguientes reglas:*

(...)

3. En el caso de la apelación de autos, el apelante deberá sustentar el recurso ante el juez que dictó la providencia, dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación, o a la del auto que niega la reposición”.

En ese orden, se tiene que el presente recurso se presenta de forma oportuna, considerando que el auto fue notificado vía correo electrónico el pasado 17 de octubre de 2023, de forma que los 3 días a los que hace referencia la norma transcurrieron los días 18, 19 y 20 de octubre de 2023. Por tanto, este recurso se presenta *en término*.

Con dicha precisión, a continuación se exponen las razones jurídicas que motivan el presente recurso.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

En primer lugar, debe precisarse que de conformidad el artículo 168 del Código General del Proceso -aplicable al caso por remisión expresa del artículo 211 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo- el juez debe rechazar “las pruebas ilícitas, las notoriamente impertinentes, las inconducentes y las manifiestamente superfluas o inútiles”.

De igual forma, el artículo 164 del mismo estatuto señala que toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso, siempre que se relacionen con los supuestos fácticos objeto de controversia.

Respecto de lo anterior, se tiene que, en el ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de la referencia, la parte actora del proceso solicitó en el acápite de pruebas:

“Testimonio de David Alonso Andrade Córdoba, Director Territorial Suroccidente de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, quien suscribió la Resolución N°

SSPD 20198500034865 del 12/09/2019 expediente N° 2019850390102479E de la SSPD.

Sobre el particular, el Tribunal Administrativo del Cauca en el auto recurrido sostuvo que:

Se considera inconducente e innecesaria la prueba testimonial solicitada, toda vez que, en lo que corresponde a determinar por esta jurisdicción la legalidad o ilegalidad de los actos administrativos demandados, se debe determinar a partir de los mismos actos, de la prueba documental arribada y del proceso administrativo adelantado por la entidad, y no por la declaración del servidor que lo suscribió.

Por otro lado, no se cumple con lo dispuesto en el artículo 212 del código general proceso, con respecto a enunciar concretamente los hechos objeto de la prueba.

Así, sin explicar por qué la prueba solicitada no cumpliría, para el Despacho, con los requisitos necesarios para su decreto (a saber, conducencia, pertinencia, utilidad, legalidad, licitud y oportunidad), o por qué la misma resulta inconducente e innecesaria, este se limita a privilegiar los requisitos formales sobre lo sustancial al momento de referirse al debate probatorio, en clara contravía del principio constitucional de primacía del derecho sustancial (Art. 228 CP), especialmente relevante al momento de administrar justicia.

En ese orden, este recurso sostiene que (i) la prueba solicitada cumple con los requisitos recién mencionados y que, (ii) no hay lugar a negar el decreto de la misma por meras consideraciones formales.

Sobre el particular, *primero* abordaremos la importancia y necesidad de la prueba solicitada y *luego* se explicará por qué, con base en el principio de prevalencia del derecho sustancial, los hechos relatados en la demanda resultan suficientes para suplir el requisito que, a ojos del Despacho, no se cumplió.

A. IMPORTANCIA Y NECESIDAD DE LA PRUEBA

El Tribunal procede a verificar la pertinencia conducencia o utilidad de las pruebas. Al respecto, el Tribunal considera la prueba solicitada como:

Inconducente e innecesaria la prueba testimonial solicitada, toda vez que, en lo que corresponde a determinar por esta jurisdicción la legalidad o ilegalidad de los actos

administrativos demandados, se debe determinar a partir de los mismos actos, de la prueba documental arribada y del proceso administrativo adelantado por la entidad, y no por la declaración del servidor que lo suscribió.

El Tribunal hace la verificación del cumplimiento de la conducencia conforme al artículo 182A del CPACA. el cual dispone que:

Sentencia anticipada. Se podrá dictar sentencia anticipada:

1. Antes de la audiencia inicial:

(...)

d) Cuando las pruebas solicitadas por las partes sean impertinentes, inconducentes o inútiles.

Además, el citado artículo dispone que “el juez o magistrado ponente, mediante auto, se pronunciará sobre las pruebas cuando a ello haya lugar, dando aplicación a lo dispuesto en el artículo 173 del Código General del Proceso y fijará el litigio u objeto de controversia”. En concreto, el artículo 173 dispone:

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 en este código.

Así las cosas, el artículo 176 del Código General del Proceso, estipula que para la apreciación de las pruebas, deben ser apreciadas de forma conjunta, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, **sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial (...).**

En suma, debe tenerse en cuenta los artículos 212 y 213 del CGP, el primero contiene los requisitos formales para la petición de la prueba testimonial, entre los que se cuenta el nombre, domicilio, residencia o lugar donde pueden ser citados los testigos y la enunciación concreta de los hechos objeto de la prueba. Por su parte, el artículo 213 CGP condiciona el decreto a que la petición reúna estos requisitos, porque de otra manera no se permitirá al juez controlar la pertinencia, conducencia y utilidad de la prueba con los propósitos del artículo 168. Sobre el particular, se observa que todos los requisitos dispuestos por el CGP se cumplen teniendo en

cuenta que el objeto de la solicitud de la prueba se encuentra claramente definido en la demanda.

Debe mencionarse que el Juez no decreta la prueba solicitada haciendo referencia al artículo 173 del Código General del Proceso. No obstante, no se justifica la razón de esta decisión, como tampoco se da cumplimiento a lo dispuesto por el artículo citado, pues, como se explicó en el Auto del Tribunal, este se limita a hacer una referencia sin delimitar su alcance ni su aplicación al caso en concreto.

Sin suficientes razones para negar el decreto de la prueba solicitada, el operador judicial se encuentra en la innegable obligación de darle trámite. Pues, de lo contrario, tal como ocurre en el caso concreto, se le estaría negando a la parte demandante su oportunidad de ejercer un mecanismo otorgado por el legislador para la protección de su derecho fundamental al debido proceso y el acceso a la justicia.

Con todo, conviene resaltar que esta prueba es pertinente, conducente, tendiente a demostrar unas situaciones fácticas en relación al señor David Alonso Andrade Córdoba, ya que este último, como Director Territorial Suroccidente de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios suscribió la Resolución objeto de litigio en este proceso. Por lo tanto, es claro que resulta pertinente, seria y, que conduce a esclarecer los hechos objeto del proceso de la referencia, y que, por un formalismo estaríamos inmersos en exceso de ritualidades formales del juez frente al objetivo perseguido y la prueba solicitada.

B. PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL

Como se anticipó, se estima que, para el caso concreto, la negación de práctica de prueba testimonial solicitada con ocasión de que ***“no se cumple con lo dispuesto en el artículo 212 del código general proceso, con respecto a enunciar concretamente los hechos objeto de la prueba”*** constituye un claro escenario de prevalencia de la formalidad sobre el derecho sustancial pues, como ya se anunció, de un lado, no se justifica de forma suficiente la inconducencia alegada por el Despacho, pero del otro, se rechaza el decreto de la prueba solicitada por una formalidad que podría suplirse de formas alternativas o, incluso limitando el decreto de la prueba a los hechos relatados en la demanda.

De esta manera, se tiene que el artículo 228 de la Constitución Política consagra:

*La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas **prevalecerá el derecho sustancial**. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo.*

En efecto, el principio constitucional de la prevalencia del derecho sustancial, está expresamente garantizado por el artículo 228, que también consagra el derecho al acceso a la administración de justicia. Por lo tanto, la Constitución busca garantizar que las formalidades propias de los procesos judiciales, sean interpretadas y empleadas para la materialización de los derechos de los ciudadanos que acceden a la administración de justicia, y no como un obstáculo o impedimento para el ejercicio y protección de los mismos.

En ese orden, el Alto Tribunal Constitucional ha dispuesto sobre el acceso a la justicia que:

No puede ser concebido como un derecho simplemente enunciativo o formal, sino que requiere que de él se predique en cada proceso su efectividad, con miras a asegurar la tutela judicial efectiva y los derechos materiales invocados por el actor¹.

Ahora, en cuanto lo dispuesto por el artículo 212 del Código General del Proceso, la Jurisprudencia del Consejo de Estado ha estimado que, al no decretar los testimonios por no enunciar concretamente los hechos objeto de la prueba, tal circunstancia no impide su recepción, pues conforme lo señaló la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en proveído de 13 de julio de 2010 (Expediente núm. 2010-00183, C.P: doctor Mauricio Torres Cuervo):

Si del escrito de la demanda —que no se puede escindir— se infieren los temas objeto de la prueba, nada impide que ésta se decrete. Por tanto, resulta jurídicamente viable decretarlos (...), con la advertencia de que, al momento de recibir las declaraciones, en garantía del debido proceso, el contenido de las preguntas se limitará al contexto de los hechos que según la demanda le consta a cada uno de los testigos.... (CE, S1, 10 de marzo de 2011)

¹ Corte Constitucional. Sentencia C-037 de 1996, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa

En este entendido, se tiene que, si bien la solicitud de la prueba no enuncia concretamente los hechos a los que se referirá el testimonio, el juez, con base en el mandato constitucional de prevalencia del derecho sustancial y garantía de los derechos al debido proceso y a la administración de justicia, debe armonizar el contenido del artículo 212 del Código General del Proceso con el fin de interpretarlo de manera conforme a las disposiciones constitucionales.

En ese mismo sentido, de acuerdo con el precedente citado, se admite la posibilidad de que el juez decrete la prueba solicitada con base en los hechos de la demanda, sin que estos deban reiterarse en la solicitud de la prueba. Esto, además de ser jurídicamente viable, también corresponde a la armonización entre la importancia de las formas, innegable en materia procesal, y la prevalencia de lo sustancial y la garantía de administración de justicia, esenciales en nuestro ordenamiento.

Debe recordarse que, la falla correspondiente a privilegiar las formas sobre los aspectos sustanciales, podría resultar en la incursión en *exceso ritual manifiesto*[1]. Lo anterior, de conformidad con lo dispuesto por el Consejo de Estado[2] y la Corte Constitucional, la cual indicó en la sentencia T-264 de 2009, que este tiene ocurrencia:

Cuando un funcionario utiliza o concibe los procedimientos como un obstáculo para la eficacia del derecho sustancial y por esta vía, sus actuaciones devienen en una denegación de justicia[3].

Así mismo, este exceso ritual manifiesto recae en una tensión entre las garantías constitucionales al debido proceso y el acceso a la administración de justicia en su faceta de prevalencia del derecho sustancial sobre el derecho adjetivo, en tanto **el acatamiento riguroso de las formas puede implicar el sacrificio del derecho material** o, viceversa, el respeto irrestricto del derecho sustantivo podría suprimir importantes principios formales, atentando contra la seguridad jurídica del ordenamiento jurídico y la salvaguarda del debido proceso de las partes.

En tal virtud, y con el fin de evitar una mayor afectación a los derechos mencionados, el testimonio debe decretarse.

III. PETICIONES

En virtud de lo expuesto, respetuosamente se solicita:

1. **REVOCAR** el auto del 13 de octubre de 2023, notificado mediante correo electrónico el 17 de octubre de 2023, en el cual se dispuso “Negar el decreto de la prueba testimonial solicitada por la parte demandante, por las razones expuestas”.

2. **CONTINUAR** con el curso del proceso de la referencia.

Y, en consecuencia,

3. **DECRETAR** el testimonio de David Alonso Andrade Córdoba, Director Territorial Suroccidente de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, quien suscribió la Resolución N° SSPD 20198500034865 del 12/09/2019 expediente N° 2019850390102479E de la SSPD, bajo el entendido de que el objeto de este testimonio es que el declarante se pronuncie sobre:
 - a. Los hechos de la demanda y de su contestación.
 - b. Los fundamentos de hecho y de derecho que motivaron la expedición de la Resolución N° SSPD 20198500034865 del 12/09/2019.
 - c. El deber de garantía del servicio de deber de garantizar la prestación del servicio público de aseo en cabeza de la Alcaldía de Popayán.

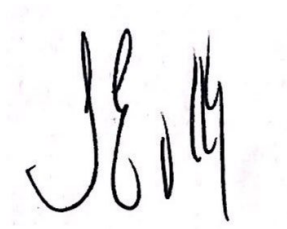
En caso de no acceder a lo anteriormente expuesto, se solicita, de forma respetuosa:

4. **CONCEDER** el Recurso de Apelación interpuesto contra el auto del 13 de octubre de 2023, notificado mediante correo electrónico el 17 de octubre de 2023, en el cual se dispuso “Negar el decreto de la prueba testimonial solicitada por la parte demandante, por las razones expuestas”.

IV. NOTIFICACIONES

Se informa al Despacho que recibiré las notificaciones correspondientes al proceso de la referencia en la Cra 9 #115-06 /3, Edificio Tierra Firme, oficina 1004, de la ciudad de Bogotá, o vía electrónica en las siguientes direcciones de correo: edys.asesores@gmail.com y rechts.2016@gmail.com.

Cordialmente,



EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT

C.C. 6.000.512

T.P 29.229 (CSJ)

[1] Sentencia T-109 de 2019. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[2] CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN A Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ Bogotá, D.C., dieciséis (16) de agosto de dos mil dieciocho (2018) Radicación numero: 11001-03-15-000-2018-00616-01(AC)

[3] Sentencia T-591-11.

[4] Constitución Política de Colombia, artículo 228.

[5] Constitución Política de Colombia, artículo 229.

[6] Corte Constitucional, Sentencia C-437 de 2013.

[7] Corte Constitucional, Sentencia T-608 de 2019.

[8] Constitución Política de Colombia, artículo 2.

[9] Constitución Política de Colombia, artículo 6.

[10] Encabezado de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia.

[11] Corte Constitucional, Sentencia SU-786 de 2014.

[12] Ley 270 de 1996.