



ALEJANDRO ZÚÑIGA BOLÍVAR
ABOGADOS

SEÑORES

TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL CAUCA

Atn. Dr. David Fernando Ramírez Fajardo

E.

S.

D.

Asunto: Recurso de reposición y de apelación. MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL de ALEJANDRO ZÚÑIGA BOLÍVAR contra MUNICIPIO DE POPAYÁN – CONCEJO DE POPAYÁN (ELECCIÓN PERSONERO – CAUSALES OBJETIVAS). **Radicado:** 2020 – 00084.

ALEJANDRO ZÚÑIGA BOLÍVAR mayor de edad, vecino, residente en la ciudad de Popayán (C), identificado con la cédula de ciudadanía 1.061.697.489 expedida en esta misma capital, obrando en mi calidad de actor en causa propia, abogado en ejercicio y portador de la tarjeta profesional 220.751 otorgada por el Consejo Superior de la Judicatura, mediante el presente escrito **INTERPONGO RECURSO DE REPOSICIÓN Y DE APELACIÓN** contra el auto No. 522 calendarado el 2 de diciembre de 2020 y notificado electrónicamente el pasado 3 de diciembre de 2020, en los siguientes términos:

PARTE I – RECURSO DE REPOSICIÓN

- **Procedencia y oportunidad.**

El artículo 242 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (en adelante “CPACA”) prevé que: *“Salvo norma legal en contrario, el recurso de reposición procede contra los autos que no sean susceptibles de apelación o de súplica. En cuanto a su oportunidad y trámite se aplicará lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil”*

Por su parte, el inciso 3 del artículo 318 del Código General del Proceso prevé que: *“El recurso deberá interponerse con expresión de las razones que lo sustenten, en forma verbal inmediatamente se pronuncie el auto. Cuando el auto se pronuncie fuera de audiencia el recurso deberá interponerse por escrito dentro de los tres (3) días siguientes al de la notificación del auto”*

En ese orden de ideas, el presente recurso procede respecto de aquellos aspectos que no sean susceptibles de apelación y, al presentarse dentro de los tres (3) días, siguientes a la notificación por estados corresponde al Tribunal darle el trámite que corresponde.





Ahora bien, teniendo en cuenta que el recurso de reposición procede contra aquellas determinaciones respecto de las cuales no procede el recurso de apelación, el objeto del presente recurso no debe estar enlistado dentro de aquellas decisiones a las que hace referencia el **artículo 243 del C.P.A.C.A.**, esto es:

“Artículo 243. Apelación. Son apelables las sentencias de primera instancia de los Tribunales y de los Jueces. También serán apelables los siguientes autos proferidos en la misma instancia por los jueces administrativos: 1. El que rechace la demanda. 2. El que decrete una medida cautelar y el que resuelva los incidentes de responsabilidad y desacato en ese mismo trámite. 3. El que ponga fin al proceso. 4. El que apruebe conciliaciones extrajudiciales o judiciales, recurso que solo podrá ser interpuesto por el Ministerio Público. 5. El que resuelva la liquidación de la condena o de los perjuicios. 6. El que decreta las nulidades procesales. 7. El que niega la intervención de terceros. 8. El que prescinda de la audiencia de pruebas. 9. El que deniegue el decreto o práctica de alguna prueba pedida oportunamente. Los autos a que se refieren los numerales 1, 2, 3 y 4 relacionados anteriormente, serán apelables cuando sean proferidos por los tribunales administrativos en primera instancia. El recurso de apelación se concederá en el efecto suspensivo, salvo en los casos a que se refieren los numerales 2, 6, 7 y 9 de este artículo, que se concederán en el efecto devolutivo. Parágrafo. La apelación solo procederá de conformidad con las normas del presente Código, incluso en aquellos trámites e incidentes que se rijan por el procedimiento civil.”

Por tal razón, es necesario precisar el alcance del recurso de reposición en aras de corroborar la procedencia del mismo respecto a algunas de las decisiones adoptadas en el auto que, por esta vía, se recurre.

- **Alcance del recurso.**

En síntesis, el auto No. 522 toma las siguientes determinaciones: (i) Niega la solicitud de distribución de la carga de la prueba; (ii) Niega la práctica de una prueba pedida oportunamente y (iii) Clausura el debate probatorio y corre traslado del proceso a las partes para que rindan sus alegatos de conclusión.

En ese orden de ideas, el presente recurso de reposición tiene por objeto reponer para revocar la determinación que niega la solicitud de distribución de la carga de la prueba y, como consecuencia de ello, la clausura del debate probatorio. Decisiones que, por no estar enlistadas en el **artículo 243 del C.P.A.C.A.** son susceptibles del recurso de reposición.

- **Razones de la inconformidad.**

A continuación, las razones de la inconformidad que sustentan el recurso:





1. **No es cierto que la figura de la carga dinámica de la prueba únicamente deba ser solicitada y decretada en la audiencia inicial.**

El fundamento utilizado por el Tribunal Contencioso Administrativo para negar la distribución de la carga de la prueba, señaló:

*“Dentro del asunto sometido a estudio, considera el Despacho Sustanciador que no hay lugar a invertir la carga de la prueba, pues precisamente el ente territorial ha fundamentado su defensa en que no hubo irregularidad alguna en el marco del proceso de elección del Personero Municipal de Popayán; **correspondiéndole exclusivamente al demandante desvirtuar tal situación.** Adicionalmente, **la oportunidad para solicitar la inversión de la carga probatoria debió ser cuando se decretaron éstas y no mucho después, cuando se ve la imposibilidad de llevar cabo la prueba solicitada. Se trataba de una situación previsible dada la tecnicidad del dictamen. En su momento debió recurrir la decisión, pero guardó silencio, así que en este estado del proceso no resulta admisible tal situación.**” (Subrayas y negrilla por fuera del texto original)*

Sin embargo, es una conclusión errada que, con el respeto que merece el Despacho, no encuentra fundamento en las disposiciones normativas aplicables a esta institución jurídico procesal, veamos por qué:

En primer lugar, la figura de la **carga de la prueba** es una institución jurídico procesal prevista en el **artículo 167 del Código General del Proceso** y aplicable al *procedimiento de lo contencioso administrativo* por remisión expresa del **artículo 211 del C.P.A.C.A.** prevé que: *“En los procesos que se adelanten ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en lo que no esté expresamente regulado en este Código, se aplicarán en materia probatoria las normas del Código de Procedimiento Civil.”*

En segundo lugar, el **artículo 167 del Código General del Proceso** prevé que:

*“Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. **No obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir, la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar,** exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. **La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales,** por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares. Cuando el juez adopte esta decisión, que será susceptible de recurso, otorgará a la parte correspondiente el término necesario para aportar o solicitar la respectiva prueba, la cual se someterá a las reglas de contradicción previstas en este código. Los hechos y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba.” (Subrayas y negrilla por fuera del texto original)*

De la norma previamente citada queda **absolutamente claro** que la norma procesal no limita la oportunidad para la distribución de la carga de la prueba al





momento de su decreto, sino que, de forma expresa, autoriza que se haga en **cualquier momento del proceso antes de dictar el fallo.**

Por tal razón, considera el suscrito que existen cuando menos dos circunstancias que habilitarían al juez para adoptar dicha decisión: (i) *El Municipio de Popayán – Concejo Municipal está en mejor posición de probar el cumplimiento de los requerimientos técnicos de seguridad por haber sido esta Corporación la encargada del proceso que dio lugar a la prueba técnica y, además, por el vínculo contractual que celebró con la Universidad Nacional – Sede Manizales, esto es, la cercanía con el objeto de la prueba;* (ii) *Por las circunstancias técnicas como las presentes en donde se requiere de una Institución o profesionales altamente especializados para la realización de la experticia. En este sentido, el Municipio de Popayán está en mejor posición para probar el cumplimiento de los requerimientos técnicos, precisamente por las capacidades de gestión técnica y administrativa de la entidad territorial quien, con toda seguridad, cuenta, conocen o han de conocer a múltiples proveedores tecnológicos altamente calificados quienes pueden rendir la experticia técnica.*

2. No es cierto que todas las pruebas decretadas en el auto interlocutorio No. 363 del 12 de agosto de 2020 hayan sido recaudadas en su totalidad.

En el auto 363 del 12 de agosto de 2020, el Tribunal Contencioso Administrativo del Cauca dispuso decretar una prueba de oficio consistente en:

*“DÉCIMO PRIMERO: DE OFICIO, Requerir a la Universidad del Cauca se sirva certificar si por parte de la Universidad Nacional de Colombia-Sede Manizales o por parte del concejo de Popayán se solicitó el servicio para realizar en su inmueble y / o con sus equipos, un examen para el concurso dirigido a proveer el personero de Popayán, a realizarse la prueba escrita o virtual el 3 de diciembre de 2019; en caso positivo, cuál fue su respuesta. Además, si esa Institución, eventualmente, podría suministrar las instalaciones físicas para realizar dicha prueba, ya sea en forma escrita o por computador, de manera simultánea a cerca de noventa personas. **En el evento de que se realizare de forma virtual, qué tipo de seguridades podrían aplicarse para garantizar la transparencia, igualdad y no beneficio a persona alguna. Cómo se podría corroborar que todas las respuestas fueron expresadas en el mismo tiempo y desde los computadores asignados a cada persona.**” (Subrayas y negrilla por fuera del texto original)*

En ese orden de ideas, queda claro que existe una prueba de oficio que aún haría falta por practicar, la cual, consiste en un concepto sobre cuáles son las condiciones técnicas que garantizarían, en una prueba virtual, que las respuestas emitidas correspondan a cada persona desde un equipo de cómputo específico.





Y, si bien es cierto, lo que venía haciéndose es que a la institución que se le encomendaba la realización del dictamen pericial solicitado a instancia de parte se le solicitaba, adicionalmente, responder este interrogante, no es menos cierto que esta prueba es, en sí misma, independiente a la prueba pericial y se encuentra pendiente de ser absuelta.

En este sentido, esta prueba es conducente, pertinente y útil porque, precisamente, brinda elementos de juicios abstractos respecto de cuáles son las condiciones técnicas de seguridad que deben reunirse para saber que las respuestas dadas por una persona en una prueba virtual se dieron, al mismo tiempo y desde determinado equipo electrónico e, igualmente, cuáles son las condiciones para garantizar transparencia, igualdad y no beneficio a ningún participante en una prueba virtual.

En ese orden de ideas, este elemento, solicitado por el Despacho, aún no ha sido absuelto y resulta de total relevancia e importancia para fallar el asunto. Razón más que suficiente para que se procure obtener esos criterios objetivos que permitan orientar al Tribunal en punto a verificar si, en el caso de marras, se encuentran reunidas, o no, las condiciones de seguridad que brinden garantías de transparencia, igualdad y no beneficio a ningún participante.

3. **No es cierto que la modulación pedida sea una sustitución de la prueba.**

Como ya quedó dicho, desde el inicio del proceso, el Despacho y el suscrito han decretado pruebas a instancia de parte y de oficio en torno a las condiciones de seguridad necesarias para brindar transparencia, igualdad y no beneficio a ninguna de las partes. De allí que la solicitud de modulación elevada por el suscrito **no modifica la esencia del objeto de la prueba** tanto pericial como de oficio.

Y por esa razón, es viable modular la prueba para colocar en cabeza de una entidad especializada la respuesta a las preguntas que orientan tanto el dictamen pericial como la prueba de oficio.

• **Petición.**

Teniendo en cuenta lo anterior, ruego a su Despacho que **REPONGA PARA REVOCAR** el auto 522 y, en su lugar: (i) **ACCEDA A DISTRIBUIR LA CARGA DE LA PRUEBA** en los términos de la petición inicial; (ii) **PRACTIQUE LA PRUEBA DE**





OFICIO CUYA PRÁCTICA NO HA SIGO NEGADA, A PESAR DE HABERSE DECRETADO EN EL AUTO 363 y (iii) MODULE EL AUTO DE PRUEBAS EN LOS TÉRMINOS SOLICITADOS POR EL SUSCRITO.

PARTE II – RECURSO DE APELACIÓN

- **Procedencia y oportunidad.**

El auto 522, tal y como se ha mencionado en precedencia, entre las decisiones que adoptó incluyó una relativa a **NEGAR LA PRÁCTICA DEL DICTAMEN PERICIAL** a cargo de la UNIDAD DE DELITOS ELECTRÓNICOS DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN o en su defecto a cargo de la UNIVERSIDAD DE LOS ANDES, UNIVERSIDAD DEL NORTE o PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA – SEDE BOGOTÁ quienes cuentan posgrados sobre la materia.

En ese orden de ideas, queda claro que el dictamen pericial solicitado por el suscrito y decretado por el Tribunal al interior del proceso se enmarcó en una de las dos posibilidades previstas en el **artículo 218 del C.P.A.C.A.** Corolario de lo anterior, que la negativa a practicar una prueba decretada corresponde a la causal de apelación de autos prevista en el **numeral 9 del artículo 243 del C.P.A.C.A.**

Tratándose de su oportunidad, el numeral 2 del artículo 244 del C.P.A.C.A. prevé que el presente recurso debe presentarse y sustentarse dentro de los tres (3) días siguientes al haberse proferido. En este caso, el auto de marras fue notificado al suscrito el día 3 de diciembre de 2020 y, por tal razón, la presentación del presente escrito es oportuna.

- **Alcance del recurso.**

En este caso, el recurso de apelación está encaminado a que el superior jerárquico del Tribunal revoque la negativa a practicar el dictamen a cargo de la UNIDAD DE DELITOS ELECTRÓNICOS DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN o en su defecto a cargo de la UNIVERSIDAD DE LOS ANDES, UNIVERSIDAD DEL NORTE o PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA – SEDE BOGOTÁ quienes cuentan posgrados sobre la materia.

- **Efecto en el que debería concederse.**





Por mandato del **inciso 3 del artículo 243 del C.P.A.C.A.** el recurso de apelación debidamente sustentado debe concederse en el efecto **devolutivo**.

- **Sustentación.**

A continuación, la sustentación del recurso de apelación contra la negativa del Tribunal de practicar la prueba solicitada y decretada oportunamente.

- **Aún no se han agotado las entidades o dependencias oficiales que podrían realizar la experticia.**

Como bien lo reseña el Tribunal, a la fecha, todas las instituciones a las que se le ha solicitado la colaboración con la administración de justicia han manifestado la imposibilidad de realizar la experticia encomendada. Sin embargo, el Despacho ha considerado no practicar la prueba a cargo de la UNIDAD DE DELITOS ELECTRÓNICOS DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN porque considera que, por la congestión que aqueja a esta entidad, el proceso de nulidad electoral no podría esperar a que llegue la experticia.

Es decir, la decisión adoptada por el Tribunal no ha permitido que la UNIDAD DE DELITOS ELECTRÓNICOS DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN manifieste si está, o no, en capacidad de realizar la experticia solicitada. Y, además, aduce que ante este hecho “*previsible*” quien debe cargar con las consecuencias probatorias es el suscrito.

Esta posición no solo va en contravía de las posibilidades probatorias previstas en nuestro ordenamiento, sino que, además, pretende cargar con las consecuencias probatorias al suscrito por no haber previsto que la UNIVERSIDAD DEL CAUCA que tiene doctores en la materia, no estaría en posibilidad de rendir la experticia y, en idéntica situación, con las demás Entidades Oficiales.

Incluso, es necesario rememorar que el apoderado del Municipio de Popayán mencionaba la ya tradicional renuencia de las entidades para brindar colaboración a la práctica de estas pruebas. Y, a pesar de ello, se pretende que las consecuencias de una presunta





renuencia de una entidad pública pesen sobre los hombros de la parte que está buscando esclarecer la verdad de lo ocurrido.

Por tal razón, al existir aún una entidad o dependencia oficial que podría asumir la experticia debe ordenarse su práctica.

- **El artículo 218 del C.P.A.C.A. habilita al Tribunal Contencioso Administrativo del Cauca para prescindir de la lista de auxiliares o, si se quiere, de las entidades o dependencias oficiales cuando se trate de asuntos altamente técnicos, como el presente.**

De otra parte, queda claro que, expresamente, el **artículo 218 del C.P.A.C.A.** prevé la posibilidad de encomendar, excepcionalmente, a expertos idóneos para la realización del dictamen pericial cuando la complejidad del asunto lo amerite o ante la ausencia de un perito que acepte el encargo.

En este caso, se dan ambas situaciones y, por tal situación, debería interpretarse el **artículo 218 del C.P.A.C.A.** y el **artículo 234 del C.G.P.** en el entendido de permitir, excepcionalmente, que el juez pueda encomendar a expertos que no hagan parte de institucionales o dependencias oficiales cuando se reúnen, como en este caso, los requisitos de complejidad o ausencia de perito.

Por ende, en aras de garantizar la verdad de lo ocurrido, debe preferirse una interpretación que genere un efecto útil a aquella que no. Lo cual, sin duda alguna, debería dar lugar a que el juez decreta que la prueba pericial se haga a cargo de la UNIVERSIDAD DE LOS ANDES, UNIVERSIDAD DEL NORTE o PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA – SEDE BOGOTÁ **o de cualquier otro experto idóneo** que garantice la verdad de lo ocurrido.

- **Petición.**

Ruego al H. Tribunal Contencioso Administrativo del Cauca que conceda, en el efecto devolutivo, el recurso de apelación contra el auto 522 para que el H. CONSEJO DE ESTADO **revoque** la decisión adoptada y, en su lugar, **ordene la práctica de la prueba pericial en los términos de la petición de marras.**





ALEJANDRO ZÚÑIGA BOLÍVAR
ABOGADOS

No siendo otro el motivo de la presente,

ALEJANDRO ZÚÑIGA BOLÍVAR

C.C. 1.061.697.489 de Popayán (C)

T.P. 220.751 del C.S. de la J.

AZB



Carrera 7 # 1N-28
Edificio Édgar Negret Dueñas - Oficina 615
Popayán, Colombia



8331139 - 3117319405



zunigabolivar.alejandro@gmail.com