



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA - SUBSECCIÓN A

Consejera Ponente: Marta Nubia Velásquez Rico

Bogotá D.C., veinticinco (25) de octubre de dos mil diecinueve (2019)

Radicación número: 63001-23-33-000-2018-00078-01 (63765)

Actor: MARÍA DOLORES CATAÑO LOPERA Y OTROS

Demandado: INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR Y OTRO

Referencia: MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA

Temas: Pruebas en segunda instancia / Presupuestos de procedencia / No es posible decretarlas en el evento en el que la parte que las pide no las hubiese solicitado ante el a quo, a pesar de versar sobre hechos preexistentes a la demanda/ Los argumentos tendientes a cuestionar la forma como la primera instancia valoró las pruebas no corresponden a una petición de elementos de juicio adicionales, sino a un argumento de fondo en contra de lo decidido por el a quo.

La Sala resuelve el recurso de súplica presentado por la parte actora en contra del auto del 14 de junio de 2019¹, por medio del cual se negaron las pruebas solicitadas con el recurso de apelación interpuesto en contra de la sentencia de primera instancia.

I. ANTECEDENTES

1. Demanda

El 27 de abril de 2018², los señores María Dolores Cataño Lopera, Milton Fernando Velilla Cataño, Irma Isabel Lopera Madrid y Luis Alfonso Cataño

¹ Consejera ponente María Adriana Marín.

² Folios 5 a 31 del cuaderno principal.



Radicación: 63001-23-33-000-2018-00078-01 (63765)
Actor: María Dolores Cataño Lopera y otros
Demandado: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) y otros
Referencia: Reparación directa

Hernández, así como el menor Fernando Alejandro Velásquez Cataño, por medio de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de reparación directa, presentaron demanda en contra del ICBF y el SENA, con el fin de que se le indemnizaran los perjuicios causados con el plagio de la obra intelectual denominada: “*Atención integral a la primera infancia para hijos e hijas de estudiantes y empleados de las universidades y/o entidades públicas de municipios y departamentos de Colombia*”, lo que se habría dado en el marco de la ejecución del proyecto “*Centro de Desarrollo Infantil: Constructores de Paz*”.

Mediante sentencia del 7 de febrero de 2019³, el Tribunal Administrativo del Quindío negó las pretensiones de la demanda, porque no se probó el plagio alegado.

2. Trámite de segunda instancia

A través de escrito del 20 de febrero de 2019⁴, la parte actora apeló el fallo del *a quo*, para lo cual solicitó que se valoraran todos los elementos de juicio obrantes en el expediente y se practicaran las siguientes pruebas: i) se oficiara a las demandadas para que allegaran el proyecto desarrollado y ii) se escuchara la declaración de la persona que dijo ser la autora del proyecto.

El recurso fue concedido el 4 de marzo de 2019⁵ y su conocimiento le correspondió por reparto a la consejera María Adriana Marín, quien, mediante auto del 12 de abril de 2019, admitió la apelación presentada y a través de proveído del 14 de junio siguiente negó las pruebas pedidas.

En cuanto a la solicitud probatoria de la parte actora, se indicó que no resultaba procedente, porque las pruebas obrantes en el expediente, incluido el proyecto ejecutado por las demandadas, sí fueron decretadas en primera instancia; además, el testimonio no fue pedido en la primera instancia y no versaba sobre hechos acaecidos con posterioridad a la oportunidad para proceder de conformidad⁶.

³ Folios 786 a 798 del cuaderno principal.

⁴ Folio 831 del cuaderno principal.

⁵ Folio 834 del cuaderno principal.

⁶ Folio 852 del cuaderno principal.



Radicación: 63001-23-33-000-2018-00078-01 (63765)
Actor: María Dolores Cataño Lopera y otros
Demandado: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) y otros
Referencia: Reparación directa

3. El recurso interpuesto

El 26 de junio de 2019, la parte demandante interpuso recurso de reposición y, en subsidio de apelación, en contra del auto del 14 de junio de 2019, para lo cual invocó los siguientes argumentos.

El *a quo* no tuvo en cuenta todos los medios de prueba que reposaban en el expediente, razón por la cual, en esta instancia sí debían ser valoradas.

La recurrente indicó que en el plenario no obraba el proyecto ejecutado por las demandadas, pues solo se aportaron unas fotografías de la maqueta, por tal razón, se debe insistir en su recaudo y, en caso de que no se hubiese elaborado documento alguno, se debía escuchar la declaración de la persona que estructuró la propuesta.

Aclaró que la eventual declaración versaba sobre un hecho sobreviniente, porque solo hasta que venció la oportunidad para pedir pruebas en primera instancia se enteró de que las demandadas no habían estructurado proyecto alguno.

4. La adecuación del recurso

Mediante auto del 19 de julio de 2019, la ponente concluyó que el recurso procedente era el de súplica y lo concedió ante este despacho.

II. CONSIDERACIONES

1. Régimen aplicable

Al *sub júdice* le resultan aplicables las disposiciones procesales vigentes para la fecha de presentación de la demanda –27 de abril de 2018–, las cuales corresponden a las contenidas en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo⁷, así como las disposiciones del Código General del

⁷ En virtud de lo dispuesto en su artículo 308, que prevé:
“Artículo 308. Régimen de transición y vigencia. El presente Código comenzará a regir el dos (2) de julio del año 2012.
“Este Código sólo se aplicará a los procedimientos y las actuaciones administrativas que se inicien, así como a las demandas y procesos que se instauren con posterioridad a [su] vigencia (...)”.



Radicación: 63001-23-33-000-2018-00078-01 (63765)
Actor: María Dolores Cataño Lopera y otros
Demandado: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) y otros
Referencia: Reparación directa

Proceso⁸, en virtud de la integración normativa dispuesta por el artículo 306 del primero de los estatutos mencionados.

2. Procedencia y oportunidad del recurso ordinario de súplica

De conformidad con el artículo 246 de la Ley 1437 de 2011, el recurso de súplica procede contra los autos que por su naturaleza serían apelables, dictados por el magistrado ponente en el curso de la segunda o de la única instancia, así como contra la providencia por medio de la cual se rechaza o se declara desierta la apelación o el recurso extraordinario.

En virtud de lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 243 *ejusdem*, en concordancia con la jurisprudencia del Consejo de Estado, el auto por medio del cual se deniega el decreto o la práctica de una prueba, en atención a su naturaleza, es apelable, por consiguiente, en los casos en que tal decisión es adoptada por el magistrado encargado de sustanciar el asunto, en única o segunda instancia, el recurso procedente es el de súplica.

En un caso similar, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado señaló:

“En ese orden de ideas, teniendo en cuenta que el artículo 243, numeral 9 señala que el auto que deniegue el decreto o práctica de pruebas es apelable en el efecto devolutivo, ha de entenderse que contra la providencia que (...) denegó parte de las pruebas solicitadas por el apoderado de la parte demandada, procede el recurso de súplica (...)”⁹.

⁸ Conviene aclarar que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, mediante auto del 25 de junio de 2014, radicación 49.299, M.P. Enrique Gil Botero, precisó, “*con fines de unificación jurisprudencial*”, que la Ley 1564 de 2012, contentiva del Código General del Proceso, para los asuntos de conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y para la jurisdicción arbitral entró a regir el 1º de enero de 2014.

La Sala Plena, en virtud del principio del efecto útil de las normas, indicó que el Código General del Proceso entró a regir a partir del 1º de enero de 2014, “*salvo las situaciones que se gobiernen por la norma de transición (...) las cuales se resolverán con la norma vigente al momento en que inició el respectivo trámite (...)*”.

Lo anterior, ante la evidencia de que en esta Jurisdicción, desde la expedición de la Ley 1437 de 2011, se implementó un sistema principalmente oral, razón por la cual, dada la existencia de las condiciones físicas y logísticas requeridas para ello, resultaría carente de fundamento la inaplicación del Código General del Proceso.

⁹ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, providencia del 14 de abril de 2015, expediente 11001-03-15-000-2015-00111-00, C.P. Alberto Yepes Barreiro. Este criterio fue reiterado en providencia del 6 de octubre de 2015, 6 de octubre de 2015, en los siguientes términos:

“El artículo 243 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – C.P.A.C.A. (...) incorporó dos reglas para la procedencia del recurso de apelación de autos: la



Radicación: 63001-23-33-000-2018-00078-01 (63765)
Actor: María Dolores Cataño Lopera y otros
Demandado: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) y otros
Referencia: Reparación directa

En el *sub júdice*, mediante la providencia objeto de inconformidad, se negaron las pruebas pedidas en segunda instancia, de ahí que proceda el recurso de súplica.

Frente a la oportunidad del recurso, el artículo 246 de la Ley 1437 de 2011 establece que la súplica deberá interponerse dentro de los 3 días siguientes a la notificación del auto cuestionado, presupuesto que se cumplió en el *sub lite*, porque la providencia que negó la solicitud probatoria fue notificada por estado el 26 de junio de 2019 y el recurso se presentó ese mismo día.

Además, la parte actora indicó los argumentos por los cuales consideraba que la decisión cuestionada debía revocarse.

3. Pruebas de segunda instancia

El artículo 212 *ejusdem* señala que en segunda instancia “*las partes podrán pedir pruebas, que se decretarán únicamente en los siguientes eventos*”, a renglón seguido la norma enuncia de manera taxativa los casos de procedencia.

En este contexto, las solicitudes probatorias en segunda instancia proceden cuando: i) las partes las pidan de común acuerdo; ii) tengan por objeto elementos de juicio decretados por el *a quo*, pero que se dejaron de practicar por causa ajena a quien las pidió; iii) se pretendan demostrar hechos sobrevinientes al vencimiento del término para pedirlos y iv) versen sobre documentos que no se adujeron en oportunidad en la primera instancia por fuerza mayor o caso fortuito.

primera está referida a la naturaleza de la decisión, razón por la cual estableció un listado de providencias pasibles de impugnación, y la segunda es atinente (...) al juez que los profiere.

“Sobre este último aspecto, resulta evidente el trato diferencial (...) respecto (...) de los jueces unipersonales frente a los colegiados, en lo que atañe a la procedencia del recurso (...).

“Ahora, el artículo 246 del C.P.A.C.A. dispone que el recurso súplica procede contra los autos que por su naturaleza son apelables, dictados por el magistrado ponente en el curso de la segunda o única instancia.

“La naturaleza apelable de los autos debe definirse en los términos del artículo 243 del C.P.A.C.A. y de las demás normas concordantes, toda vez que la intención del legislador fue clara en el sentido de que sólo serán apelables los que expresamente se consagren como tales, como lo establece el párrafo del mencionado artículo 243 (...).

“En este contexto (...), considera la Sala que toda vez que el numeral 9º del artículo 243 señala que el auto que deniegue el decreto o práctica de pruebas por su naturaleza es apelable y que el presente proceso se tramita en única instancia en los términos del artículo 1º de la Ley 144 de 1994, el recurso procedente es el de súplica, motivo por el cual debe ser decidido por la Sala Plena del Consejo de Estado” (Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, providencia del 6 de octubre de 2015, expediente 11001-03-15-000-2014-01602-00, M.P. Roberto Augusto Serrato Valdés).



Radicación: 63001-23-33-000-2018-00078-01 (63765)
Actor: María Dolores Cataño Lopera y otros
Demandado: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) y otros
Referencia: Reparación directa

4. Caso concreto

En lo relacionado con el argumento según el cual en la primera instancia no se valoraron todas las pruebas obrantes en el proceso, la Sala advierte que no se trata de una solicitud probatoria, sino de un argumento tendiente a atacar la sentencia del *a quo*, de ahí que deba definirse en el fallo que resuelva la apelación interpuesta.

En relación con el “Centro de Desarrollo Infantil: Constructores de Paz”, obra en el plenario, tanto en medio magnético como en físico¹⁰ un documento que contiene una descripción general del referido centro, la misión, los elementos que lo constituyen y la forma de organización de la infraestructura.

A juicio de la parte actora, este documento, que se aportó con la demanda, no corresponde al “proyecto” y, por ende, se debe requerir a las demandadas para que lo aporten y, en caso de que no se hubiese elaborado un escrito al respecto, considera que debe citarse a declarar a quien presentó la propuesta.

Como se dijo, la demandante fue quien allegó el escrito analizado y, si consideraba que este no era el “proyecto”, debió pedir en la primera instancia que se requiriera a las demandadas para que allegaran los documentos adicionales y, a su vez, se decretara el testimonio de su autor; sin embargo no procedió de conformidad y no se aprecian circunstancias constitutivas de fuerza mayor y caso fortuito que le hubiesen impedido hacerlo.

Las pruebas cuya práctica se pretende no versan sobre hechos sobrevinientes, sino que tienen como finalidad acreditar el supuesto “plagio” en el que se fundamentan las pretensiones, circunstancia preexistente a la fecha en la que se promovió el proceso de la referencia, al punto de que fue esto lo que llevó a la parte actora a ejercer su derecho de acción.

Además, la petición de pruebas no fue formulada de común acuerdo por las partes y, se insiste, lo requerido por la parte actora no versa sobre pruebas decretadas en primera instancia que se hubiesen dejado de practicar sin culpa de la parte solicitante.

¹⁰ Folios 298 a 339 del cuaderno 1



Radicación: 63001-23-33-000-2018-00078-01 (63765)
Actor: María Dolores Cataño Lopera y otros
Demandado: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) y otros
Referencia: Reparación directa

En suma, la solicitud de la demandante no se ajusta a ninguno de los presupuestos establecidos en el artículo 212 de la Ley 1437 de 2011, razón por la cual se confirmará el auto suplicado.

En mérito de lo expuesto, se

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la providencia del 14 de junio de 2019, por medio de la cual se negó la solicitud probatoria presentada por la parte actora.

SEGUNDO: Ejecutoriado este proveído, **DEVOLVER** el expediente al despacho de origen, para continuar con el respectivo trámite.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA