CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN PRIMERA

Bogotá, D. C., doce (12) de septiembre de dos mil diecinueve (2019)

CONSEJERA PONENTE: NUBIA MARGOTH PEÑA GARZÓN

Referencia: MEDIO DE CONTROL NULIDAD
Número único de radicación 76001-23-33-000-2016-01349-01
Actores: JUANA ELOÍSA CATAÑO MUÑOZ Y EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI-EMCALI E.I.C.E E.S.P.G

TESIS: SE CONFIRMA EL AUTO RECURRIDO. NO PUEDEN TENERSE COMO PRUEBA CONCEPTOS QUE CONSTITUYEN CRITERIOS AUXILIARES DE LA ACTIVIDAD JUDICIAL.

AUTO INTERLOCUTORIO

Se decide el recurso ordinario de súplica oportunamente interpuesto por la parte demandada, contra el proveído de 13 de

junio de 2019, proferido por la Sala Unitaria del señor Consejero **OSWALDO GIRALDO LÓPEZ**, en cuanto denegó la práctica de una prueba en segunda instancia.

I.- FUNDAMENTOS DEL AUTO SUPLICADO

El Consejero conductor del proceso, mediante auto de 13 de junio de 2019, denegó el decreto de una prueba allegada por el demandado[1] en segunda instancia[2], con base en los siguientes argumentos:

> *"[…] Por otro lado, respecto del oficio 20181300047523 proferido por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, se observa que aquel fue expedido en virtud de la siguiente consulta solicitada por la Dirección General Territorial de esa misma entidad:*
>
> *CONSULTA*
>
> *Saber si la posición oficial de la Superservicios, a través de la Oficina Asesora Jurídica, es la misma antes expresada, en el sentido de que, si bien la Asamblea Departamental del Valle del Cauca,… tenía la competencia para crear la tasa especial en alusión, no lo estaba para obligar a las empresas a facturarla y*

[1]Departamento del Valle del Cauca.
[2]Concepto emitido por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, identificado como "Memorando 20181300047523", visible a folios 1387-1394 del cuaderno 1 del Tribunal.

recaudarla dentro de la factura del servicio público de energía eléctrica sin mediar una autorización previa y expresa de los usuarios. Y correlativamente, si tenía esta corporación territorial la competencia para obligar a estos últimos a hacer el pago sin haberlo autorizado con anterioridad en la forma explícita.

Así pues, se negará el decreto de la aludida prueba, en consideración a que tal pronunciamiento configura una interpretación de los preceptos contenidos en el ordenamiento jurídico, y en esa medida no tiene carácter probatorio […].”

Así pues, se negará el decreto de la aludida prueba, en consideración a que tal pronunciamiento configura una interpretación de los preceptos contenidos en el ordenamiento jurídico, y en esa medida no tiene carácter probatorio […]”.

II.- FUNDAMENTOS DEL RECURSO

El apoderado del departamento del Valle del Cauca pretende que se revoque el auto objeto del recurso de súplica, con el argumento de que el concepto que se solicita tener como prueba establece una línea argumentativa respecto a las consideraciones jurídicas que la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios ha construido a través de diversos conceptos, en lo relacionado con la viabilidad de la inclusión del cobro de tributos o contribuciones de orden fiscal en las facturas de servicios públicos domiciliarios.

Aunado a lo expuesto, sostuvo:

"[…] Siendo así, el documento aportado es una prueba de cuál ha sido y es hasta la actualidad la opinión jurídica fundamentada que tiene la autoridad administrativa encargada de ejercer las funciones de inspección, control y vigilancia en materia de servicios públicos domiciliarios en Colombia, respecto al objeto de discusión particular que nos ocupa en esta instancia del proceso. Lo anterior, máxime si se tiene en cuenta que el mismo es un memorando dirigido a una de sus direcciones territoriales, en el que se dispone cuál es el criterio jurídico unificado a seguir por el ente de control, en el caso específico cuya resolución se ha encargado el honorable Consejo de Estado […]".

III.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

De conformidad con el artículo 246 del CPACA, el recurso ordinario de súplica procede en todas las instancias contra los autos interlocutorios proferidos por el ponente, que por su misma naturaleza serían apelables, de haberse dictado por el inferior, en consecuencia, en la medida en que el auto que niega el decreto de una prueba allegada en segunda instancia, es susceptible del recurso de apelación, según lo dispone el artículo 243, numeral 9, ibídem, también lo es del recurso de súplica en esta instancia.

El presente asunto se contrae a determinar si estuvo bien denegado el decreto de la prueba documental allegada por el demandado en

segunda instancia, contentiva del *"MEMORANDO 20181300047523"* de 13 de abril de 2018, emitido por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios[3], por medio del cual dio respuesta a una petición de consulta relacionada con el cobro en la factura del servicio público de energía de la *"tasa especial de seguridad y convivencia ciudadana destinada a financiar el Fondo Cuenta Territorial de Seguridad y Convivencia Ciudadana"* en el departamento del Valle del Cauca.

Frente al decreto de pruebas en segunda instancia, el artículo 212 de la Ley 1437 de 2011[4], previó lo siguiente:

> *"[…]* ***ARTÍCULO 212. OPORTUNIDADES PROBATORIAS****. Para que sean apreciadas por el juez las pruebas deberán solicitarse, practicarse e incorporarse al proceso dentro de los términos y oportunidades señalados en este Código.*
>
> *En primera instancia, son oportunidades para aportar o solicitar la práctica de pruebas: la demanda y su contestación; la reforma de la misma y su respuesta; la demanda de reconvención y su contestación; las excepciones y la oposición a las mismas; y los incidentes y su respuesta, en este último evento circunscritas a la cuestión planteada.*
>
> *Las partes podrán presentar los dictámenes periciales necesarios para probar su derecho, o podrán solicitar la*

[3]En adelante Superservicios.
[4]*"Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo"* y en adelante CPACA.

designación de perito, en las oportunidades probatorias anteriormente señaladas.

En segunda instancia, cuando se trate de apelación de sentencia, en el término de ejecutoria del auto que admite el recurso, las partes podrán pedir pruebas, que se decretarán únicamente en los siguientes casos:

1. Cuando las partes las pidan de común acuerdo. En caso de que existan terceros diferentes al simple coadyuvante o impugnante se requerirá su anuencia.

2. Cuando decretadas en la primera instancia, se dejaron de practicar sin culpa de la parte que las pidió, pero solo con el fin de practicarlas o de cumplir requisitos que les falten para su perfeccionamiento.

3. Cuando versen sobre hechos acaecidos después de transcurrida la oportunidad para pedir pruebas en primera instancia, pero solamente para demostrar o desvirtuar estos hechos.

4. Cuando se trate de pruebas que no pudieron solicitarse en la primera instancia por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria.

5. Cuando con ellas se trate de desvirtuar las pruebas de que tratan los numerales 3 y 4, las cuales deberán solicitarse dentro del término de ejecutoria del auto que las decreta.

***PARÁGRAFO.** Si las pruebas pedidas en segunda instancia fueren procedentes se decretará un término para practicarlas que no podrá exceder de diez (10) días hábiles. […]".*

De lo transcrito es posible concluir que la procedencia del decreto de pruebas en segunda instancia, como la aportada por el departamento del Valle del Cauca, depende del cumplimiento de dos requisitos esenciales: a) que se solicite dentro del término de

ejecutoria del auto que admite el recurso de apelación y, b) que se esté frente a alguno de los cinco eventos taxativamente planteados en el artículo citado.

a) Que se solicite dentro del término de ejecutoria del auto que admite el recurso de apelación:

Revisado el expediente, la Sala observa que el documento que se solicita tener como prueba se aportó como anexo del recurso de apelación, es decir, oportunamente.

b) Que se esté frente a alguno de los eventos previstos en el artículo 212 del CPACA:

El documento en mención corresponde a un memorando que remite el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios a la Directora General Territorial y al Director Territorial Suroccidente de la misma entidad, a través del cual resuelve una consulta interna sobre la interpretación y alcance de unos preceptos legales y jurisprudenciales acerca la posibilidad de incluir cobros de tasas en las facturas de servicios públicos

domiciliarios, documento que fue producido con posterioridad a la oportunidad procesal para pedir pruebas en primera instancia.

Verificado lo anterior, corresponde a la Sala determinar si es viable tener como prueba el documento aportado por el departamento del Valle del Cauca junto con el recurso de apelación.

Procedibilidad de la prueba en el caso concreto

De conformidad con lo previsto en el artículo 168 del CGP, el Juez debe rechazar las pruebas ilícitas, las notoriamente impertinentes, las inconducentes y las manifiestamente superfluas o inútiles.

En relación con los requisitos que deben reunir las pruebas, la Sala, mediante auto de 26 de septiembre de 2019[5], indicó:

> *"[…] i) la pertinencia de una prueba debe revisar que la prueba guarde relación con los hechos que se pretenden demostrar;* ***ii) la conducencia de una prueba debe revisar que el medio probatorio propuesto sea adecuado para demostrar el hecho;*** *para lo cual: a) debe estar autorizado y no prohibido expresa o tácitamente por la ley; y b) el medio probatorio no*

[5] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Auto de 26 de septiembre de 2019. M.P. Hernando Sánchez Sánchez. Núm. único de radicación: 11001-03-24-000-2015-00129-00.

> *debe estar prohibido en particular para el hecho que con este se pretende probar*[6]*; iii) la utilidad de una prueba debe revisar que no sea manifiestamente superflua, es decir, que no tenga razón de ser, porque ya están probados los hechos o porque el hecho está exento de prueba*[7] *[…]".* (Resaltado fuera del texto).

En el caso concreto, la Sala advierte que no hay lugar a tener como prueba en segunda instancia el *"memorando 20181300047523"* de 13 de abril de 2018, por ser inconducente, habida cuenta que no busca probar un hecho en particular debatido en el presente proceso, sino que, como ya se indicó, a través del mismo se resuelve una consulta interna entre funcionarios de dicha entidad, relacionada con la interpretación de las normas que regulan el cobro de tasas en las facturas de servicios públicos domiciliarios, lo que, en principio constituye un concepto que integra la doctrina, la cual, a voces del artículo 230 Superior, es un criterio auxiliar de la actividad judicial.

---

[6] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B providencia de 23 de julio de 2009, C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez, número único de radicación 25000-23-25-000-2007-00460-02.

[7] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, providencia de 3 de marzo de 2016, C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio, número único de radicación 11001-03-25-000-2015-00018-00.

En tal sentido, la Sección Cuarta del Consejo de Estado, mediante providencia de 23 de septiembre de 2013[8], en un caso análogo denegó el decreto como prueba documental de un concepto, por los siguientes motivos:

> *« […] En efecto, se precisa que como la doctrina constituye un criterio complementario de interpretación del juez, no es necesario reconocerle valor probatorio, y será a criterio del juzgador si la analiza al momento de dictar la correspondiente sentencia y, de ser razonable, si la aplica al caso discutido.*
>
> *Significa que* ***no puede tenerse como prueba los conceptos que integran la doctrina porque tienen el carácter de criterios auxiliares de la actividad judicial, es decir que solo son un apoyo para proferir la decisión de fondo que corresponda****, la cual debe estar debidamente fundamentada en las leyes que conforman el ordenamiento jurídico aplicables al caso controvertido.*
>
> *Además, el* ***criterio plasmado por la Superintendencia de Sociedades no puede tenerse como una prueba porque con él no se puede demostrar un hecho en particular, debatido en este proceso, simplemente se está refiriendo al tema de manera general y abstracta****.*
>
> *En consecuencia, el Concepto 220-056366 de 16 de julio de 2012, dado su carácter de criterio auxiliar, no requiere ser probado ni que se le reconozca valor probatorio.*
>
> *En ese entendido, no es procedente la solicitud de la demandante de que se tenga como prueba documental, pues será en la sentencia que ponga fin a este proceso que, a discreción del juez colegiado, sea estimado […]». (Se destaca).”*

[8] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Auto de 23 de septiembre de 2013. M.P. Martha Teresa Briceño de Valencia. Núm. único de radicación: 25000-23-27-000-2011-00206-01(19581).

Por lo precedente, la Sala confirmará la decisión que denegó el decreto de pruebas en segunda instancia.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFÍRMASE el auto suplicado, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: En firme esta decisión, **DEVUÉLVASE** el expediente al Despacho de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Se deja constancia de que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala, en la sesión celebrada el 12 de septiembre de 2019.

NUBIA MARGOTH PEÑA GARZÓN **HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ**

ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS