**RECURSO DE SÚPLICA – Procedencia**

El artículo 183 del Código Contencioso Administrativo establece que el recurso de súplica procede en todas las instancias, contra los autos interlocutorios dictados por el magistrado ponente. El auto objeto de inconformidad es de naturaleza interlocutoria, dada la trascendencia de la decisión, en tanto se negó la solicitud probatoria elevada por la parte demandante en el trámite de la segunda instancia, de ahí que proceda el recurso de súplica interpuesto. Asimismo, se advierte que el auto suplicado se notificó por estado el 1° de agosto de 2017, por lo que el término de ejecutoria corrió entre el 2 y el 4 de ese mismo mes y año, y como el recurso que aquí se decide se presentó el 3 de agosto de 2017, resulta clara su oportunidad. Por último, se observa que la parte actora indicó los motivos por los cuales disiente de la decisión, lo que da cuenta del cumplimiento del requisito de sustentación.

**PRUEBAS EN SEGUNDA INSTANCIA – Solicitud, decreto y práctica – CCA**

En relación con la oportunidad procesal para solicitar el decreto y la práctica de pruebas en segunda instancia, el inciso cuarto del artículo 212 del Código Contencioso Administrativo dispone que las partes pueden pedirlas únicamente dentro del término de ejecutoria del auto que admite el recurso. Según lo previsto en el artículo 214 *ibidem*, las solicitudes probatorias en sede de segunda instancia proceden cuando: *i)* las mismas tengan por objeto elementos de juicio decretados por el *a quo* que se dejaron de practicar por causas ajenas a la parte que las pidió, con el fin de practicarlas o de cumplir requisitos que les falten para su perfeccionamiento; *ii)* se pretendan demostrar hechos ocurridos con posterioridad al vencimiento del término para pedir pruebas ante la primera instancia; *iii)* se trate de pruebas que no se adujeron en oportunidad por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria y *iv)* cuando con ellas se trate de desvirtuar los documentos de que trata el numeral anterior. En ese orden de ideas, el decreto de pruebas en esta instancia está supeditado al cumplimiento de dos requisitos: *i)* que la petición se presente dentro el plazo previsto para ello, es decir, en el término de ejecutoria del auto que admita el recurso y, *ii)* que se adecúe a cualquiera de los supuestos del artículo 214 del CCA.

**INSPECCIÓN JUDICIAL – Práctica**

La Sala advierte que la falta de práctica de la inspección judicial no obedeció a culpa de la parte que lo solicitó, toda vez que en varias oportunidades el ente demandante insistió en la entrega de los elementos informáticos objeto de la diligencia, para lo cual se dirigió a la Fiscalía, sin obtener resultados. Además, si bien el escrito presentado por la actora el 6 de octubre de 2015 puede llegar a confundir al lector, dado que el demandante en esa oportunidad dejó a elección del juez dar por terminado el período probatorio, pues manifestó “*si el Tribunal lo considera pertinente”*, lo cierto es que también señaló “*a fin de que se practique la prueba*”, de ahí que tal argumento no puede entenderse como un desistimiento de la prueba, porque las actuaciones que obran en el plenario demuestran la actividad de la parte actora para lograr su práctica por más de 4 años. En suma, se concluye que, aun cuando la prueba fue solicitada y decretada en primera instancia, aquélla no fue practicada, sin que ello sea atribuible a la parte que la solicitó.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCIÓN A**

**Consejera ponente: MARÍA ADRIANA MARÍN**

Bogotá D.C., diecinueve (19) de abril de dos mil dieciocho (2018).

**Radicación número: 76001-23-31-000-2009-01030-01(57457)A**

**Actor: BENEFICENCIA DEL VALLE DEL CAUCA**

**Demandado: BANCO DE OCCIDENTE S.A.**

**Referencia: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA**

Temas:PRUEBAS EN SEGUNDA INSTANCIA – PROCEDENCIA – AUSENCIA DE LA PRÁCTICA DE LA PRUEBA NO OBEDECIÓ A CULPA DE LA PARTE QUE LA SOLICITÓ*.*

Procede la Sala a resolver el recurso de súplica presentado por la parte demandante contra el auto de 24 de julio de 2017, mediante el cual el Magistrado Ponente del proceso de la referencia[[1]](#footnote-1) negó la práctica de una inspección judicial solicitada en esta instancia.

1. **A N T E C E D E N T E S**

**1. Hechos**

Mediante demanda presentada el 6 de noviembre de 2009, la Beneficencia del Valle del Cauca E.I.C.E., por medio de apoderado judicial (fl. 1 – 2 del c. 2), en ejercicio de la acción de reparación directa, solicitó que se declarara patrimonialmente responsable al Banco de Occidente, en tanto no se ejerció, de manera oportuna y eficaz, la vigilancia de los dineros depositados en su cuenta corriente, lo que causó que terceros sin autorización hurtaran la suma de $1.400’000.000.

En sentencia de 25 de febrero de 2016 (fls. 671 – 689 del c. ppal), el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca accedió parcialmente a las súplicas de la demanda.

Contra la anterior decisión, la parte actora y la entidad demandada interpusieron recursos de apelación, los cuales se admitieron por medio de auto de 24 de mayo de 2017 (fl. 789 del c. ppal)

En el recurso de alzada, la parte actora insistió en que se practicara la inspección judicial a la plataforma de Occired del Banco de Occidente y a los discos duros de la Beneficencia del Valle del Cauca, en los términos en los que fue decretada por el juez de primera instancia, en auto de 11 de noviembre de 2011.

**2. Auto suplicado**

Mediante providencia de 24 de julio de 2017 (fl. 789 del c. ppal), el Magistrado Ponente del proceso negó la práctica de la prueba pedida por la parte actora, toda vez que si bien el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca decretó la inspección judicial, la misma no se practicó por su culpa, dado que en memorial presentado el 6 de octubre de 2015 solicitó que se diera por terminada la etapa probatoria, a pesar de que dicha prueba no se había practicado.

**3. Recurso de súplica**

Dentro del término de ejecutoria, la parte demandante interpuso recurso de súplica contra de la anterior determinación, para lo cual sostuvo que no desistió de la práctica de la prueba pericial, por cuanto a partir de su decreto por parte del juez de primera instancia insistió en que esta se llevara a cabo, sin que su solicitud fuera atendida.

Adujo que la imposibilidad de practicar la prueba se debe a que tanto el CTI como la Fiscalía General de la Nación desatendieron los requerimientos del Tribunal Administrativo del Valle, de ahí que no pueda excluirse su práctica en esta instancia (fls. 816 – 820 del c. ppal).

**II. C O N S I D E R A C I O N E S**

**1. Legislación aplicable**

De conformidad con lo previsto en el artículo 308 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, los procesos promovidos ante esta Jurisdicción con anterioridad al 2 de julio de 2012 se rigen por las normas procesales contenidas en el “*régimen jurídico anterior*”, que corresponden a las consagradas en el Código Contencioso Administrativo y en el Código de Procedimiento Civil.

Bajo ese entendido, como la demanda de reparación directa se presentó el 6 de noviembre de 2009, al presente asunto le resultan aplicables estas disposiciones normativas.

**2. Procedencia, oportunidad y sustentación del recurso de súplica**

El artículo 183 del Código Contencioso Administrativo establece que el recurso de súplica procede en todas las instancias, contra los autos interlocutorios dictados por el magistrado ponente.

El auto objeto de inconformidad es de naturaleza interlocutoria, dada la trascendencia de la decisión, en tanto se negó la solicitud probatoria elevada por la parte demandante en el trámite de la segunda instancia, de ahí que proceda el recurso de súplica interpuesto.

Asimismo, se advierte que el auto suplicado se notificó por estado el 1° de agosto de 2017, por lo que el término de ejecutoria corrió entre el 2 y el 4 de ese mismo mes y año, y como el recurso que aquí se decide se presentó el 3 de agosto de 2017, resulta clara su oportunidad.

Por último, se observa que la parte actora indicó los motivos por los cuales disiente de la decisión, lo que da cuenta del cumplimiento del requisito de sustentación.

**3. Caso concreto**

En relación con la oportunidad procesal para solicitar el decreto y la práctica de pruebas en segunda instancia, el inciso cuarto del artículo 212 del Código Contencioso Administrativo dispone que las partes pueden pedirlas únicamente dentro del término de ejecutoria del auto que admite el recurso.

Según lo previsto en el artículo 214 *ibidem*, las solicitudes probatorias en sede de segunda instancia proceden cuando: *i)* las mismas tengan por objeto elementos de juicio decretados por el *a quo* que se dejaron de practicar por causas ajenas a la parte que las pidió, con el fin de practicarlas o de cumplir requisitos que les falten para su perfeccionamiento; *ii)* se pretendan demostrar hechos ocurridos con posterioridad al vencimiento del término para pedir pruebas ante la primera instancia; *iii)* se trate de pruebas que no se adujeron en oportunidad por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria y *iv)* cuando con ellas se trate de desvirtuar los documentos de que trata el numeral anterior.

En ese orden de ideas, el decreto de pruebas en esta instancia está supeditado al cumplimiento de dos requisitos: *i)* que la petición se presente dentro el plazo previsto para ello, es decir, en el término de ejecutoria del auto que admita el recurso y, *ii)* que se adecúe a cualquiera de los supuestos del artículo 214 del CCA.

Revisado el expediente, se advierte que el 6 de junio de 2017, esto es, dentro del término de ejecutoria del auto que admitió los recursos de apelación interpuestos por las partes[[2]](#footnote-2), la entidad demandante solicitó:

*[S]e sirva ordenar la práctica de las pruebas que fueron decretadas en primera instancia por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, mediante auto interlocutorio 550 de 11 de noviembre de 2011, notificado por estado el 24 de noviembre del mismo año, a saber: 1) inspección judicial con anuencia de perito experto en seguridad informática a la plataforma Occired del Banco de Occidente, tal y como se solicitó en el acápite de pruebas de la demanda inicial y la adición de la demanda (…)* (fls.791 – 801 del c. ppal).

La Sala estima que lo expuesto por la parte actora se adecúa al primero de los supuestos previstos en el artículo 214 del Código Contencioso Administrativo, según el cual, para acceder al decreto de pruebas en segunda instancia resulta necesario que se configuren los siguientes aspectos:

* 1. **Que el elemento de juicio hubiere sido decretado por el *a quo***

En la demanda la parte actora solicitó:

*[S]e decrete prueba de inspección judicial a la plataforma de Occired del Banco de Occidente, que deberá estar acompañada de perito experto en seguridad informática y auditor de programas de software (…)* (fl. 239 del c.1).

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, por medio de auto de 11 de noviembre de 2011, abrió el proceso a pruebas y, entre otras decisiones, decretó la inspección judicial pedida por la parte actora (fls. 404 – 409 del c.2).

* 1. **Que se hubiere dejado de practicar por causas ajenas a la parte que las pidió**

En relación con este punto cabe señalar que una vez se decretaron las pruebas, mediante auto de 19 de septiembre de 2013 (fls. 470 – 472 del c.1), el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca requirió a la Universidad del Valle, con el fin de que designara un profesional para que rindiera la experticia ordenada, toda vez que el perito designado de la lista de auxiliares de la justicia no tomó posesión. En escrito del 31 de enero de 2014 (fls. 496 – 497 del c.1), el mencionado ente manifestó que no contaba con profesionales para atender tal requerimiento.

Por medio de providencia de 10 de marzo de 2014 (fls. 503 – 504 del c.1), el *a quo* ofició a la Policía Nacional para que designara un funcionario experto en delitos informáticos para practicar la prueba, a lo cual se accedió.

El 5 de marzo de 2015 (fl. 525 del c.1), en virtud del memorial allegado por la parte actora (fl. 527 del c.1), se requirió a la Fiscalía 49 Seccional del Valle del Cauca para que autorizara el ingreso del funcionario designado a la bodega donde reposaba la documentación electrónica objeto de la diligencia; no obstante, por medio de oficio No. 010/LSAO (fl. 536 del c.1), la Fiscalía informó que no podía ordenar ninguna actuación hasta que la Dirección Seccional reasignara el conocimiento de los procesos por delitos informáticos.

En escrito de 16 de marzo siguiente (fls. 530 – 531 del c.1), la parte actora manifestó que se había trasladado a la Fiscalía 49 Seccional de Cali para conocer el estado de proceso penal y los elementos de prueba, dentro de los que se encontraban los discos duros de propiedad de la Beneficencia del Valle; sin embargo, indicó que a pesar de que el expediente fue asignado a esa dependencia no fue posible ubicarlo.

El 20 de mayo de 2015 (fl. 552 del c.1), el Tribunalofició a la Dirección Seccional de Fiscalías de Cali para que atendiera el requerimiento antes señalado, sin que esta se hubiese pronunciado al respecto.

El 25 de junio de 2015 (fl. 564 del c.1), se requirió por tercera vez a la Dirección Seccional de Fiscalías de Cali, la cual, en oficio No. 6040F49 de 14 de septiembre de 2015 (fl. 570 del c.1), informó que los elementos objeto de la diligencia judicial se habían solicitado al almacén de evidencias.

En memorial allegado el 6 de octubre de 2015, la parte actora manifestó lo siguiente:

*[L]e solicito de forma respetuosa, si lo considera procedente, dar por terminada la etapa probatoria en vista de la renuencia de la Fiscalía General de la Nación a la entrega de los discos duros de la Beneficencia del Valle del Cauca, a fin de que se practique la prueba pericial en materia informática. En tres oportunidades se ha requerido a la Fiscalía General de la Nación para que suministre los discos duros para la práctica de la prueba solicitada, situación que ha dilatado el presente proceso, el cual lleva seis años de iniciado, sin que haya concluido la etapa probatoria (…)* (fls. 571 – 572 del c.1).

El 8 de octubre de 2015 (fl. 573 del c.1), se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto.

En este estado de cosas, la Sala advierte que la falta de práctica de la inspección judicial no obedeció a culpa de la parte que lo solicitó, toda vez que en varias oportunidades el ente demandante insistió en la entrega de los elementos informáticos objeto de la diligencia, para lo cual se dirigió a la Fiscalía, sin obtener resultados.

Además, si bien el escrito presentado por la actora el 6 de octubre de 2015 puede llegar a confundir al lector, dado que el demandante en esa oportunidad dejó a elección del juez dar por terminado el período probatorio, pues manifestó “*si el Tribunal lo considera pertinente”*, lo cierto es que también señaló “*a fin de que se practique la prueba*”, de ahí que tal argumento no puede entenderse como un desistimiento de la prueba, porque las actuaciones que obran en el plenario demuestran la actividad de la parte actora para lograr su práctica por más de 4 años.

En suma, se concluye que, aun cuando la prueba fue solicitada y decretada en primera instancia, aquélla no fue practicada, sin que ello sea atribuible a la parte que la solicitó.

**3.3. Que se realice con el fin de practicar la prueba o para cumplir los requisitos que le falte para su perfeccionamiento**

Toda vez que en el trámite de primera instancia no se practicó la inspección judicial decretada a la plataforma de Occired y a los discos duros de la Beneficencia del Valle del Cauca, de conformidad con lo previsto en el artículo 181 del Código de Procedimiento Civil[[3]](#footnote-3), resulta procedente comisionar al Tribunal Administrativo del Valle del Cauca para que realice las diligencias necesarias para practicar la prueba, en los términos en los que fue decretada en auto de 11 de noviembre de 2011, en concordancia con la demanda y su adición[[4]](#footnote-4), esto, teniendo en cuenta que los elementos de juicio reposan en el proceso penal con radicado No. 760016000193200785093, el cual es de conocimiento de la Fiscalía 49 Seccional de Cali.

Por lo expuesto, se

**RESUELVE:**

**PRIMERO: REVOCAR** el auto de 24 de julio de 2017, proferido por el Magistrado Ponente del proceso de la referencia, de conformidad con las anteriores consideraciones.

**SEGUNDO:** **COMISIONAR** al Tribunal Administrativo del Valle del Cauca para efectos de la práctica de la inspección judicial decretada en auto de 11 de noviembre de 2011.

**TERCERO:** Por Secretaría de la Sección Tercera, **LÍBRESE** el respectivo despacho comisorio con los insertos del caso.

**CUARTO:** Una vez recaudada la prueba, por Secretaría de la Sección Tercera, sin necesidad de un nuevo proveído que así lo disponga, **DESE** traslado de la documentación allegada a los sujetos procesales por el término común de cinco (5) días.

**QUINTO:** Surtido lo anterior, **REMITIR** el expediente al Despacho de origen para lo de su cargo.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**MARÍA ADRIANA MARÍN MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO**

1. Dr. Carlos Alberto Zambrano Barrera. [↑](#footnote-ref-1)
2. El término de ejecutoria del auto que admitió el recurso de apelación contra la sentencia proferida en primera instancia corrió desde el 6 hasta el 8 de junio de 2017. [↑](#footnote-ref-2)
3. *Artículo 181. Juez que debe practicar las pruebas. El juez practicará personalmente todas las pruebas, pero si no lo pudiere hacer por razón del territorio, comisionará otro para que en la misma forma las practique. Es prohibido al juez comisionar para la práctica de pruebas que hayan de producirse en el lugar de su sede, así como para la de inspecciones dentro de su jurisdicción territorial (…).* [↑](#footnote-ref-3)
4. Folios 238 a 240 y 379 a 383 del c.1. [↑](#footnote-ref-4)