



Radicado: 15001-23-33-000-2017-00076-02 (68810)  
Demandante: Miembros de la Unión Temporal Transversal de Boyacá

**CONSEJO DE ESTADO**  
**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**  
**SECCIÓN TERCERA**  
**SUBSECCIÓN B**

**Consejero ponente: MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ**

Bogotá, D.C., diecisiete (17) de junio de dos mil veinticuatro (2024)

**Referencia:** Controversias contractuales – Ley 1437 de 2011  
**Radicación:** 15001-23-33-000-2017-00076-02 (68810)  
**Demandantes:** Miembros de la Unión Temporal Transversal de Boyacá  
**Demandados:** Instituto Nacional de Vías – Invías

**Tema:** Se confirma la providencia recurrida porque la solicitud probatoria no cumple los requisitos previstos en el numeral 2 del artículo 212 del CPACA. La recurrente no agotó todos los mecanismos procesales otorgados por la ley para cuestionar la decisión del tribunal consistente en no practicar la prueba y, en consecuencia, no actuó <<sin culpa>>.

**AUTO**

Resuelve la Sala<sup>1</sup> el recurso de súplica interpuesto por la parte demandante contra el auto de 1° de abril de 2024 proferido por el despacho a cargo del magistrado Alberto Montaña Plata, mediante el cual se negó la solicitud probatoria realizada en segunda instancia por la accionante.

**I. ANTECEDENTES**

1.- Los miembros de la Unión Temporal Transversal de Boyacá (en adelante, la Unión Temporal), presentaron demanda de controversias contractuales contra el Instituto Nacional de Vías (en adelante, el Invías) por el desequilibrio financiero del Contrato de Obra 780 de 2009.

2.- El 12 de febrero de 2018<sup>2</sup> la Unión Temporal solicitó que se decretara el testimonio de la señora Adriana Cárdenas Miserque, quien se desempeñó como representante legal de la demandante durante la época de ejecución del contrato<sup>3</sup>.

3.- El 8 de mayo de 2019<sup>4</sup>, durante la continuación de la audiencia inicial, el Tribunal Administrativo de Boyacá decretó la práctica del testimonio de la señora Adriana Cárdenas Miserque. Sin embargo, en la audiencia de pruebas celebrada el 8 de

<sup>1</sup> De conformidad con el artículo 125 numeral segundo literal c del CPACA.

<sup>2</sup> C-7. FI.1 97-210.

<sup>3</sup> Concretamente sobre: i) las modificaciones presupuestales del contrato; ii) la falta de planeación presupuestal; iii) la solicitud de revisión del contrato y el restablecimiento del equilibrio económico durante la ejecución del mismo; iv) la nueva asignación de recursos para ejecutar las actividades relativas al mantenimiento de la obra, y v) sobre el déficit presupuestal que se presentó en el contrato para la ejecución de las obras contratadas, las consecuencias técnicas y presupuestales de ello, y el impacto en el equilibrio económico del contrato.

<sup>4</sup> C-7. FI. 224 - 231



agosto de 2019<sup>5</sup> el tribunal se abstuvo de practicar dicho testimonio porque, al haberse desempeñado como representante legal de la Unión Temporal durante la ejecución del contrato, su declaración debió solicitarse por el Invías bajo la figura del interrogatorio de parte y no por la accionante como un testimonio de tercero.

4.- Frente a la decisión de no practicar dicha prueba, la Unión Temporal interpuso únicamente recurso de reposición. Argumentó que la señora Cárdenas Miserque renunció a su cargo de representante legal antes de la liquidación del contrato y por ello no podía ser llamada por la contraparte a interrogatorio, pues carecía de la representación legal de la Unión Temporal y no tenía capacidad para confesar.

5.- Al resolver la reposición, el tribunal confirmó su decisión.

6.- El 14 de mayo de 2024<sup>6</sup> el Tribunal Administrativo de Boyacá profirió sentencia de primera instancia mediante la cual negó las pretensiones de la demanda.

7.- El 29 de abril de 2022<sup>7</sup> la Unión Temporal interpuso recurso de apelación contra dicho fallo. En el escrito solicitó como prueba en segunda instancia la práctica del testimonio de la señora Adriana Cárdenas Miserque debido a que, si bien dicha prueba fue decretada en primera instancia, no fue practicada sin culpa de la parte que la solicitó.

8.- Mediante auto proferido el 1° de abril de 2024<sup>8</sup>, notificado por estado el 9 de abril siguiente, el despacho a cargo del magistrado Alberto Montaña Plata negó la solicitud probatoria por no adecuarse a los supuestos previstos en el artículo 212 del CPACA. Al respecto, sostuvo:

<<(…) que el testimonio fue decretado en primera instancia y no se recepcionó por ser inconducente debido a que la señora Adriana Cárdenas Miserque fue Representante Legal de la Unión Temporal Transversal de Boyacá para la época en que se ejecutó el contrato objeto de esta demanda y que esta decisión quedó ejecutoriada; se negará la solicitud probatoria por no encontrarse contemplada en alguno de los supuestos previstos en la norma (…)>>

9.- El 12 de abril de 2024<sup>9</sup> la Unión Temporal interpuso recurso de súplica contra la anterior decisión. Afirmó que la solicitud probatoria se enmarca en la causal 2 del artículo 212 del CPACA, es decir, que se dejó de practicar sin culpa de la parte que la pidió. Al respecto, sostuvo: i) a pesar de que la prueba fue decretada, se dejó de practicar porque el tribunal consideró que debía haberse solicitado por el Invías como interrogatorio de parte; ii) para la época de los hechos, la señora Cárdenas Miserque era la representante legal de la Unión Temporal, pero cuando se solicitó su testimonio ya no tenía tal calidad y por ello no podía solicitarse como una

---

<sup>5</sup> C - 7. Fl. 379 - 382

<sup>6</sup> C - 1. F. 472 -496.

<sup>7</sup> Índice 76 samai del tribunal.

<sup>8</sup> Índice 13 samai.

<sup>9</sup> Índice 17 samai.



declaración de parte; y iii) resulta contradictorio que el tribunal decretara la prueba pero luego se abstuviera de practicarla por encontrarla inconducente.

## II. CONSIDERACIONES

10.- La Sala confirmará el auto proferido el 1° de abril de 2024 porque la petición no reúne los requisitos establecidos en el numeral 2 del artículo 212 del CPACA. Ello, debido a que la peticionaria no actuó <<sin culpa>> al momento en que se dejó de practicar la prueba en primera instancia, pues no interpuso recurso de apelación.

11.- La Sala advierte que la Ley 2080 de 2021 introdujo una regulación sobre prueba en segunda instancia distinta a prevista en el CGP. Con ello, incurrió nuevamente en imprecisiones que hacen necesario que el juez haga un ejercicio previo de interpretación que no es necesario frente a las disposiciones procesales claras.

11.1.- El artículo 327 del CGP dispone lo siguiente sobre el decreto de pruebas en segunda instancia:

<<ARTÍCULO 327. TRÁMITE DE LA APELACIÓN DE SENTENCIAS. Sin perjuicio de la facultad oficiosa de decretar pruebas, cuando se trate de apelación de sentencia, dentro del término de ejecutoria del auto que admite la apelación, las partes podrán pedir la práctica de pruebas y el juez las decretará únicamente en los siguientes casos:

(...)

2. Cuando decretadas en primera instancia, se dejaron de practicar sin culpa de la parte que las pidió>>.

11.2.- El numeral 2 del artículo 212 del CPACA establece lo siguiente:

<<ARTÍCULO 212. OPORTUNIDADES PROBATORIAS (...)

En segunda instancia, cuando se trate de apelación de sentencia (...) las partes podrán pedir pruebas, que se decretarán únicamente en los siguientes casos: (...)

2. Cuando fuere negado su decreto en primera instancia o no obstante haberse decretado se dejaron de practicar sin culpa de la parte que las pidió. En este último caso, solo con el fin de practicarlas o de cumplir requisitos que les falten para su perfeccionamiento (...)>>

11.4.- Esa primera frase de la norma que señala <<cuando fuere negado su decreto en primera instancia>>, implicaría considerar que el único límite que existe para pedir pruebas en segunda instancia es que la prueba se haya pedido en primera instancia y no se haya decretado. Esto implicaría entender, incluso, que cuando la prueba se niegue en primera instancia y esa decisión se confirme en segunda instancia, la parte tenga derecho a pedirla nuevamente al apelar la sentencia.

11.5.- No es fortuito, entonces, que el supuesto de práctica de pruebas en segunda instancia se refiera a pruebas que dejaron de practicarse cuando habían sido decretadas en primera instancia. El CGP contiene una regulación expresa en el



evento en que el superior ordena practicar la prueba, pero el inferior no alcanza a practicarla —pues el recurso de apelación se tramita en el efecto devolutivo—:

<<ARTÍCULO 330. EFECTOS DE LA DECISIÓN DEL SUPERIOR SOBRE EL DECRETO Y PRÁCTICA DE PRUEBAS EN PRIMERA INSTANCIA. Si el superior revoca o reforma el auto que había negado el decreto o práctica de una prueba y el juez no ha proferido sentencia, este dispondrá su práctica en la audiencia de instrucción y juzgamiento, si aún no se hubiere realizado, o fijará audiencia con ese propósito. Si la sentencia fue emitida antes de resolverse la apelación y aquella también fue objeto de este recurso, el superior practicará las pruebas en la audiencia de sustentación y fallo>>.

12.- Así, la limitación del decreto de pruebas en segunda instancia implica que solo las pruebas que hayan sido *decretadas* y que no hayan podido ser practicadas, se surtan ante el superior.

12.1.- El proyecto inicial que terminó convertido en la Ley 2080 de 2021 eliminaba la posibilidad de presentar recurso de apelación contra el auto que negara el decreto de pruebas. Como consecuencia de ello, se ampliaba la causal de prueba en segunda instancia para que la decisión pudiera ser revisada por el superior: el único límite que existía era que la parte la hubiera solicitado en primera instancia y esta fuera negada<sup>10</sup>.

12.2.- No obstante lo anterior, durante el primer debate en la Comisión Primera de la Cámara de Representantes se consideró necesario permitir que la parte afectada con la negativa de la prueba interpusiera el recurso de apelación<sup>11</sup>.

12.3.- A pesar de permitir el recurso de apelación contra el auto que niega el decreto o práctica de una prueba, el legislador omitió ajustar la reforma que estaba introduciendo en la causal segunda de prueba en segunda instancia. Esta innovación del CPACA tampoco fue entonces afortunada.

13.- Todo lo anterior hace necesario que el juez deba hacer una interpretación de las normas procesales, de forma tal que tengan claridad para las partes. La causal de prueba en segunda instancia solo podrá aplicarse cuando se refiera a una prueba decretada en primera instancia y que fue dejada de practicar <<sin culpa>> de la parte que la solicitó.

14.- Debe entenderse que, para efectos del caso, <<sin culpa>> de la parte que la solicitó significa que ella haya hecho uso de los recursos pertinentes contra la decisión que la negó, estos son, los de reposición y apelación.

15.- La Sala advierte que en este caso la solicitante únicamente interpuso recurso de reposición, es decir, se sometió exclusivamente a las consideraciones del tribunal frente a la práctica de la prueba.

<sup>10</sup> Congreso de la República, Gaceta 726 de 2019.

<sup>11</sup> Acta No. 23 del 21 de octubre de 2020 y Congreso de la República, Gaceta 1435 de 2020.



16.- Así las cosas, como la recurrente no agotó todos los mecanismos procesales para cuestionar la decisión del tribunal de no practicar la prueba, la Sala concluye que no actuó <<sin culpa>> y, en consecuencia, no se configura la hipótesis del numeral 2 del artículo 212 del CPACA.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B,

### **RESUELVE**

**PRIMERO: CONFÍRMASE** el auto proferido el 1° de abril de 2024 mediante el cual se negó la solicitud probatoria realizada en segunda instancia por la demandante.

**SEGUNDO:** La presente providencia será notificada mediante estado electrónico. Se advierte a los sujetos que deberán indicar cualquier modificación en los canales de comunicación a la dirección [ces3secr@consejodeestado.gov.co](mailto:ces3secr@consejodeestado.gov.co).

### **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

*Con firma electrónica*  
**MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ**  
**Magistrado**

*Con firma electrónica*  
**FREDY IBARRA MARTÍNEZ**  
**Magistrado**  
Con aclaración de voto