



LAS PRUEBAS DENTRO DEL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

ALDO MARIO HERNANDEZ CARMONA.

DELSY MARIA MIRANDA CABARCAS.

ESPECIALIZACION EN DERECHO ADMINISTRATIVO

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR.

GRUPO 30.

BARRANQUILLA.

2013

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	4
OBJETIVOS.....	5
MAPA CONCEPTUAL DE LA PRUEBA	6
PRUEBAS	7
NOCIÓN DE PRUEBA	8
FRAGA	9
PRINCIPIOS	10
ASPECTOS PROBATORIOS	14
La nueva filosofía que inspiró La Reforma	15
Las medidas adoptadas y las modificaciones introducidas.....	17
1. El fortalecimiento del Régimen Probatorio Especial en el Contencioso Administrativo y en lo no previsto, remisión al Régimen Probatorio del Código de Procedimiento Civil.	18
2. La carga probatoria bajo el principio dispositivo.....	20
3. La oportunidad para hacer valer los medios probatorios.	26
4. Los poderes del juez.....	30
5. La exclusión de la prueba por la violación al debido proceso.	35
6. El valor probatorio de las copias	38
7. La utilización de medios electrónicos con incidencia en las pruebas.	41
8. Los medios probatorios y las entidades públicas.....	44
9. La prueba pericial	48
NULIDADES E INCIDENTES	55
1.- Las nulidades y el control de legalidad del proceso.	56

2.- Los incidentes.....61
CONCLUSIONES67
BIBLIOGRAFÍA.....68

INTRODUCCIÓN

Nos proponemos en este trabajo realizar un breve estudio relacionado con las pruebas dentro del proceso contencioso administrativo, contemplado en el capítulo IX del nuevo código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo.

A partir del artículo 211 y subsiguientes de la Ley 1437 de enero 18 de 2011, que establece **Régimen probatorio**. En los procesos que se adelanten ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, que trajo importantes avances en materia probatoria, que serán objeto de estudio acá.

Posteriormente, abordaré el estudio de la doctrina y la jurisprudencia reciente sobre la materia, a fin de identificar las principales razones que han llevado a la modernización de Justicia en materia probatoria, aceptando **Utilización de medios electrónicos para efectos probatorios**. Será admisible la utilización de medios electrónicos para efectos probatorios, de conformidad con lo dispuesto en las normas que regulan la materia y en concordancia con las disposiciones de este Código y las del Código de Procedimiento Civil.

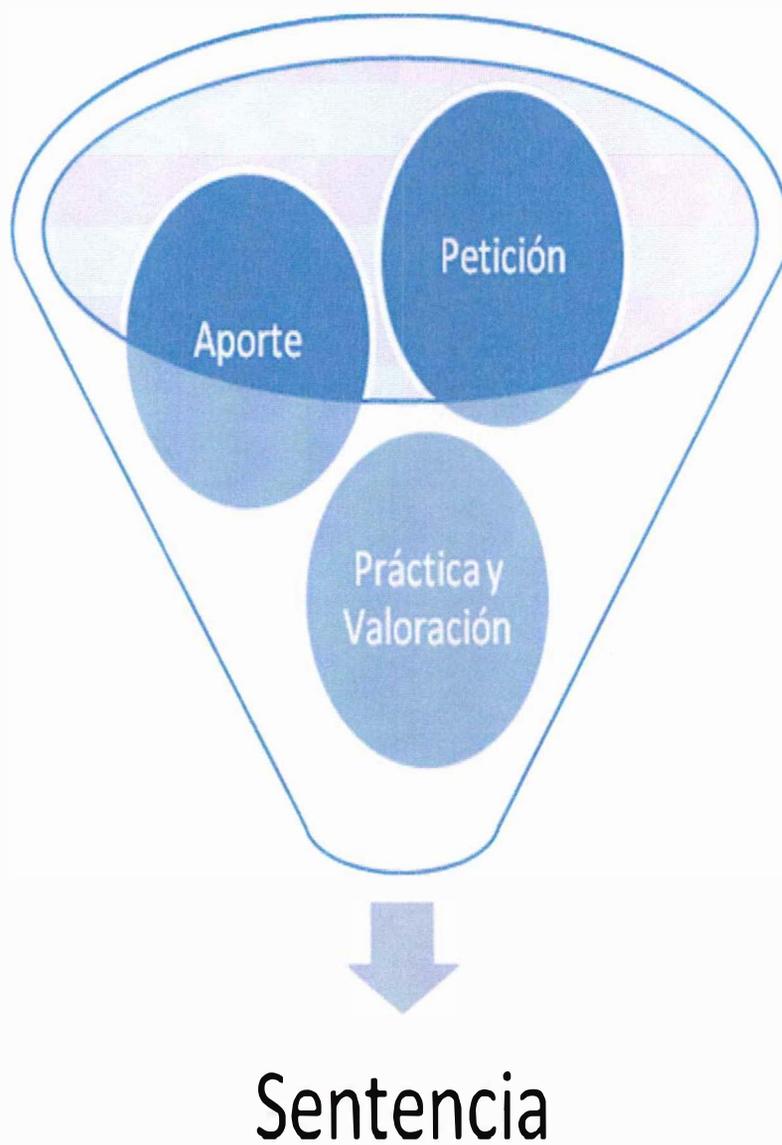
Finalmente expresaremos algunas conclusiones del estudio realizado, para de allí comprender mejor la importancia de la buena utilización de las pruebas en los procesos en la jurisdicción contenciosa administrativa.

OBJETIVOS

Estas normas establecen el régimen probatorio, las distintas oportunidades en las cuales se puede solicitar las pruebas dentro de la jurisdicción contenciosa administrativa, para que puedan ser apreciadas por el juez, y cuando deberán solicitarse, practicarse e incorporarse al proceso, y los procedimientos que se deben seguir.

- Reconocer las etapas que hacen parte del camino de la prueba, para que estas sean valoradas dentro del proceso contencioso administrativo.
- Comprender los conceptos, caminos que involucran la producción de la prueba en todo proceso judicial.
- Aplicar los conocimientos a casos particulares en los que cada medio probatorio exige el cumplimiento de los requisitos de ordenación, asunción, producción y valoración de la prueba.

MAPA CONCEPTUAL DE LA PRUEBA



PRUEBAS

EN EL NUEVO CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

La Ley 1437 de 18 de enero de 2011, el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, introdujo una serie de reformas y modificaciones importantes al régimen probatorio, de nulidades y de incidentes, con el presente trabajo el grupo entrara a analizar sus alcances.

***Pruebas.** Durante la actuación administrativa y hasta antes de que se profiera la decisión de fondo se podrán aportar, pedir y practicar pruebas de oficio o a petición del interesado sin requisitos especiales. Contra el acto que decida la solicitud de pruebas no proceden recursos. El interesado contará con la oportunidad de controvertir las pruebas aportadas o practicadas dentro de la actuación, antes de que se dicte una decisión de fondo.*

Serán admisibles todos los medios de prueba señalados en el Código de Procedimiento Civil”.

NOCIÓN DE PRUEBA

Al definir lo que se entiende por prueba, JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ ha expresado que con ella se designan realidades muy distintas. Así, en algunos casos, ella se refiere a la actividad encaminada a probar ciertos hechos; en otros, contempla los instrumentos que llegan a producir la convicción del juez acerca del hecho que se prueba; y en otras, es el resultado de las operaciones por las cuales se obtiene la convicción del juez con el empleo de aquellos instrumentos. La actividad probatoria tiende a convencer al juez de la existencia o inexistencia de los datos procesales que han de servir de fundamento a la decisión del proceso.

FRAGA PITTALUGA, citando a GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO señala que la prueba constituye una actividad procesal dirigida a la aportación al proceso de datos lógicos convincentes respecto a su exactitud y certeza. Se trata de una actividad procesal impulsada por las partes o incluso por el Tribunal, tendente a obtener el conocimiento del juzgador acerca de la concordancia con lo realmente acaecido de las afirmaciones fácticas realizadas por las partes y, excepcionalmente, por el propio órgano judicial, que integran el objeto del proceso, o a lograr su fijación en la premisa menor de la sentencia.

Por otro lado, JOSÉ ARAUJO JUÁREZ sostiene que la noción de prueba no puede desvincularse del hecho, cosa o acto sobre el cual versa (materialidad), de su actividad demostrativa, del medio o procedimiento de comprobación (acto jurídico) y

del conocimiento que aporta esa actividad (subjetividad). Por su parte, HENRIQUE MEIER señala que en materia administrativa, la acción probatoria no es otra cosa que la actividad probatoria desarrollada por la Administración, por los administrados o terceros, dirigida a llevar al expediente los elementos de juicio con los que se ha de verificar la exactitud o inexactitud de las afirmaciones sobre los hechos y que han de servir de fundamento a la resolución del procedimiento.

Su parte, HENRIQUE MEIER señala que en materia administrativa, la acción probatoria no es otra cosa que la actividad probatoria desarrollada por la Administración, por los administrados o terceros, dirigida a llevar al expediente los elementos de juicio con los que se ha de verificar la exactitud o inexactitud de las afirmaciones sobre los hechos y que han de servir de fundamento a la resolución del procedimiento.

FRAGA

Conocimiento que aporta esa actividad (subjetividad). Por su parte, HENRIQUE MEIER señala que en materia administrativa, la acción probatoria no es otra cosa que la actividad probatoria desarrollada por la Administración, por los administrados o terceros, dirigida a llevar al expediente los elementos de juicio con los que se ha de verificar la exactitud o inexactitud de las afirmaciones sobre los hechos y que han de servir de fundamento a la resolución del procedimiento.

Actividad procesal impulsada por las partes o incluso por el Tribunal, tendente a obtener el conocimiento del juzgador acerca de la concordancia con lo realmente

acaecido de las afirmaciones fácticas realizadas por las partes y, excepcionalmente, por el propio órgano judicial, que integran el objeto del proceso, o a lograr su fijación en la premisa menor de la sentencia.

PRINCIPIOS

- **Principio de legalidad:** La Administración, a diferencia de los privados, no actúa bajo el principio de libertad según el cual lo que no está prohibido está permitida. Al contrario, únicamente puede realizar aquello que la ley le permite, aquello para lo que lo faculta.

- **Debido procedimiento:** Tiene origen constitucional. Se rige por los demás principios del Derecho Administrativo. Incluye la defensa, pruebas, decisión motivada. No necesariamente se extiende a la doble instancia.

- **Impulso de oficio:** La Administración tiene el deber de dar impulso de oficio al procedimiento. Ordenar la realización o práctica de actos que resulten convenientes para el esclarecimiento y resolución de cuestiones necesarias. Existe un interés público que fundamenta esto.

- **Razonabilidad:** Se exige ser razonable al momento de actuar. Por ejemplo, cuando una entidad va a ejecutar un acto de gravamen (como imponer una sanción), la sanción debe ser elegida cumpliendo el fin público perseguido pero procurando causar el menor perjuicio al administrado, y que la conducta realizada coincida con la sanción. La afectación debe ser

estrictamente necesaria e idónea para conseguir la finalidad. La razonabilidad debe estar presente siempre que se impongan limitaciones a los particulares.

- **Imparcialidad:** La Administración Pública debe ser imparcial, no discriminar ni diferenciar entre administrados. Sin embargo, se dice que la Administración Pública difícilmente puede ser imparcial, pues siempre va a defender el interés público; es decir, tiene algo que defender (si bien no es un sujeto determinado).

- **Informalismo:** Solamente deben usarse las formalidades cuando sean necesarias. Si un error formal es subsanable, que se permita subsanarlo. Está relacionado con la flexibilidad, cosa que no existe en sede judicial. La existencia de un procedimiento y estas reglas no son sino una garantía para el administrado de que la Administración no actuará arbitrariamente. Todos los reglamentos sobre procedimientos deben ser interpretados de esta forma.

- **Presunción de veracidad:** Durante un procedimiento administrativo, todo lo que el administrado presente se va a presumir verdadero y no será cuestionado. El fundamento de fondo de esto es la presunción de inocencia; no puede presumirse que un administrado ha cometido actos ilícitos. El fundamento práctico es que la Administración Pública no puede verificar la autenticidad de cada documento o prueba que se presenta. Sin embargo, esto se puede contrarrestar con la fiscalización posterior, y por ello es una presunción *iuris tantum* (admite prueba en contrario).

- **Principio de conducta procedimental:** Relacionado con la buena fe procesal, según la cual no deben realizarse actos que ralenticen o perjudiquen el procedimiento.
- **Principio de celeridad:** Tiene el énfasis en un avance rápido del procedimiento, pero siempre cuidando que no se lesionen derechos del administrado. No por hacer el procedimiento más rápido, se debe vulnerar el debido procedimiento.
- **Principio de eficacia:** Primacía del fondo sobre la forma. Si se consiguió la finalidad, la falta de formalidad sobre algún aspecto no debería invalidar un acto administrativo.
- **Principio de verdad material:** Si las partes no presentan pruebas, la Administración Pública debe utilizar todos los medios posibles para poder llegar a la verdad de los hechos; todas las medidas probatorias permitidas por ley. Supone una primacía para llegar a la verdad de los hechos, pues detrás está el interés público. En el procedimiento trilateral, la Administración se asemeja más a un juez; por ello la carga probatoria se deja en principio a las partes. Sin embargo, si es que hay un interés público que lo amerite la Administración Pública puede hacer uso de esa verdad material e ir más allá de lo que las partes ofrezcan como pruebas.
- **Participación:** Se debe promover la participación del administrado en el procedimiento, incluyendo en la audiencia pública, expedientes y todo lo

que sea parte del procedimiento, a fin de que no se tenga que esperar a que se emita una sanción para que el administrado recién se entere del procedimiento del que fue parte.

- **Simplicidad:** Regula el momento de creación de procedimientos administrativos. La Administración Pública debe crear procedimientos sencillos, sin trabas, fáciles de entender, con lo estrictamente necesario.

- **Uniformidad:** Para procedimientos similares, deben aplicarse reglas similares y tener requisitos parecidos.

- **Predictibilidad:** La información que expide la Administración Pública, debe evidenciar y dar luces de cómo va a terminar un determinado procedimiento, a fin de que el administrado sepa lo que va a suceder (si se beneficiará o perjudicará). Por ejemplo, informar sobre la supuesta infracción incurrida y la eventual sanción, para que el administrado conozca cuál será su sanción.

- **Principio de privilegio de controles posteriores:**

Este principio se aplica cuando existe un **sistema de aprobación automática**: Los documentos son presentados por el administrado y eso basta, amparado en una presunción de veracidad, para que su solicitud sea aceptada. La evaluación es posterior; en ella se realiza una revisión de legalidad.

No se aplica en un sistema de **evaluación previa**: Los documentos deben ser evaluados antes para poder ser admitidos.

De acuerdo a este principio, se debe privilegiar el control posterior (y por ende un sistema de aprobación automática). Lo que importa es la fiscalización, pues si la evaluación fuese previa se correría el riesgo que no se cumplan con los límites acordados en esta. La clave está en la evaluación posterior para un mejor control y para beneficiar la actividad privada, porque es más gravoso para el administrado que se evalúe siempre antes de poder ser aceptada su solicitud.

ASPECTOS PROBATORIOS

El derecho a probar y a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa en los procesos contenciosos administrativos, fue uno de los temas que más ocupó la atención de la reforma, en el entendido de que se trata de una manifestación del derecho al debido proceso y sus corolarios de defensa y contradicción (art. 29 C.P). Antes de entrar a describir las novedades que se presentan en este ámbito del derecho a aportar la prueba y a que sea admitida, practicada y valorada, para su correcto entendimiento es necesario señalar aquellos propósitos más relevantes que orientaron la concepción del nuevo régimen de pruebas en el código, y que resultan transversales y aplicables a toda la reforma.

La nueva filosofía que inspiró La Reforma

En primer lugar, en su elaboración se persiguió actualizar el régimen probatorio con el nuevo esquema constitucional.

En efecto, la influencia marcada de la Constitución Política de 1991 en todos los ámbitos del derecho, del cual no escapa el orden jurídico procesal, ha implicado que exista una tendencia de la jurisprudencia a superar el rigor formalista, para ir directamente a aplicar los principios constitucionales del debido proceso, la igualdad, el acceso a la Administración de Justicia, la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal; la presunción de buena fe y la equidad y la jurisprudencia como criterios auxiliares de la actividad judicial, entre otros (Arts. 2, 4, 13, 83, 122, 228, 229 y 230 C.P.); por tanto, la nueva legislación debía acoger de manera clara y precisa esta tendencia y la importante construcción jurisprudencial en la que se ha privilegiado en materia de pruebas los principios consagrados en la Carta Política de 1991, con el fin de brindar seguridad jurídica, en especial a aquella parte que dentro del proceso puede verse sorprendida con el cambio en la interpretación.

En segundo lugar, se buscó fortalecer el régimen de pruebas con la utilización de las nuevas tecnologías de la información, con el objetivo de hacer más ágil y eficiente el proceso, así como para facilitar a los usuarios y a la Administración de Justicia el debate probatorio.

En tercer lugar, se pretendió su armonización con el esquema mixto de proceso contencioso administrativo adoptado en el Código, que conjuga elementos escritos y orales. En efecto, el proceso mediante audiencias orales presenta una serie de elementos que inciden en el régimen probatorio adoptado, en especial en cuanto a la carga de la prueba que atañe a las partes, el principio de inmediación de la prueba, la prueba anticipada o extraproceso, los acuerdos de las partes en materia de hechos ciertos y probados, la garantía del cumplimiento del principio de concentración, el derecho a la exclusión de pruebas ilegales o viciadas, la prevalencia del derecho sustancial, el robustecimiento de los poderes del juez para la dirección del proceso y la garantía de los derechos en conflicto y su debida armonización con los anteriores elementos.

Con el anterior enfoque, el nuevo Código regula lo atinente al régimen probatorio en el Capítulo IX del Título X de la Parte Segunda, artículos 211 a 222. No obstante, conviene advertir que esta materia no se agota con estas normas, sino que a lo largo del articulado del código se establecen una serie de disposiciones que tienen que ver con dicho régimen, entre otros, los artículos 1 No. 3 (principio del debido proceso); 5 numeral 8 (derecho de aportar pruebas en las actuaciones administrativas); 9 (prohibición a la autoridad); 11 (en causal de impedimento); 20 (perjuicio irremediable para la atención prioritaria); 40 (pruebas en la actuación administrativa); 48 (período probatorio en procedimiento administrativo sancionatorio); 55 (documentos públicos en medio electrónico); 57 (acto administrativo electrónico); 62 (en procedimiento por medios electrónicos); 77 y 79 (trámite de los recursos ante la administración y

pruebas); 86 (en silencio administrativo de recursos); 102 No. 2 (Extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado a terceros); 103 inc. final (objeto y principios de la jurisdicción); 117 (comisión para la práctica de pruebas); 132 (en el trámite de recusaciones); 142 (repetición); 160 inc. Final (derecho de postulación); 162 No. 5 (demanda); 166 (anexos de la demanda); 173 No. 2 (reforma de la demanda); 175 Nos. 4 y 5 y párrafo (contestación de la demanda); 176 (allanamiento de la demanda); 178 (desistimiento tácito); 179 inc. final (etapas del proceso); 180 (decreto de pruebas); 181 (audiencia de pruebas); 183 lit. d) (contenidos de las actas); 184 No. 5 (en el proceso de nulidad por inconstitucionalidad); 185 No. 4 (en el control inmediato de legalidad de actos); 187 (contenido de la sentencia); 231 inc. 1 y No. 1 (requisitos para decretar las medidas cautelares); 242 Nos. 8 y 9 (apelación); 247 (trámite del recurso de apelación de sentencias); 250 No. 2, 252 y 254 (en el recurso de revisión); 269 inc. 2 (procedimiento de la unificación de jurisprudencia); 283 y 285 (audiencias de decreto y de pruebas en el proceso judicial electoral).

Las medidas adoptadas y las modificaciones introducidas

En líneas generales, las disposiciones citadas relativas al proceso contencioso administrativo regulan e introducen novedades, de las cuales se destacan los siguientes nueve (9) temas a saber:

1. El fortalecimiento del Régimen Probatorio Especial en el Contencioso Administrativo y en lo no previsto, remisión al Régimen Probatorio del Código de Procedimiento Civil.

El artículo 211 (régimen probatorio), señala 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.”

Como puede apreciarse, no existe una ruptura total del tema probatorio con el régimen establecido en el Código de Procedimiento Civil, tal como se concebía en el artículo 168 del Decreto 01 de 1984, decisión que se adoptó tanto por razones prácticas, como jurídicas, porque la remisión a los principios (necesidad de las pruebas, contradicción, inmediación, autoresponsabilidad, preclusión, comunidad, entre otros); los hechos exentos de prueba (presunciones, hechos notorios, afirmaciones y negaciones indefinidas, entre otros); medios de pruebas (documentos, testimonios, indicios, declaración de parte, juramento, etc.); su conducencia, pertinencia, utilidad y valoración de la prueba y en general en todo lo relacionado con la forma de practicarlas; así como los criterios de valoración y los demás aspectos sobre la materia, no se oponían a la estructura del proceso con elementos orales que se concibió en la Ley 1437 de 2011.

Sin embargo, aunque a primera vista pudiera pensarse que el artículo 211 del nuevo Código no presenta un cambio sustancial a lo que ya traía el artículo 168 del anterior Código Contencioso Administrativo, en tanto que se mantuvo el criterio en cuanto a la observancia de la regulación de las pruebas en el régimen procesal civil, una lectura detenida de la nueva norma del código, permite extraer dos modificaciones trascendentales:

La primera consiste en que trae en sí una redacción o, mejor aún, remisión más precisa que la de la disposición anterior, considerando que expresa un mayor grado de generalidad en cuanto al régimen probatorio se refiere, dado que no pocas dificultades podía ofrecer el artículo 168 del anterior código que sujetaba esa remisión con la expresión siempre que *“resulten compatibles con las normas del código”* y la descripción de las materias que contemplaba (forma de practicarlas, medios de pruebas y criterios de valoración), lo que condujo a hacer claridad de que la remisión es en relación con todo ese régimen del procesal civil, salvo lo expresamente regulado en el nuevo Código Contencioso. Es decir, circunscribe la remisión al Código de Procedimiento Civil única y exclusivamente cuando la materia no sea regulada por el Código Contencioso Administrativo y no para cuando resulten compatibles con las normas del código, expresión que utilizaba esa norma anterior.

La segunda, y como corolario de lo anterior, es que de entrada se puntualiza que existen disposiciones especiales sobre la materia en el contencioso administrativo. En efecto, teniendo en cuenta las escasas normas existentes en cuanto a las

pruebas se refiere en el anterior código y dada la necesidad de establecer algunas reglas especiales por la especificidad del contencioso administrativo, se incluyeron en la Ley 1437 de 2011 una serie de prescripciones en el tema probatorio aplicables por su naturaleza al nuevo proceso contencioso, evitando hacer una remisión integral a la normativa procesal civil, lo cual resulta particularmente cierto en pruebas de común y frecuente utilización, tales como los documentos y los dictámenes periciales, como se verá, a continuación.

2. La carga probatoria bajo el principio dispositivo.

El proceso judicial en su faceta probatoria es, en esencia, una actividad de reconstrucción de hechos, cuya demostración permite encuadrarlos o subsumirlos en el supuesto de las normas, para aplicar los efectos jurídicos que en las mismas se consagran y solucionar así una determinada controversia. De ahí que, excepto en los conflictos de puro derecho, la prueba tiene una importancia vital, de manera que, si el proceso es regido por el principio dispositivo, las partes deben llevar al juez los elementos de convicción de los hechos que afirman, para sustentar el derecho pretendido o para oponerse al mismo; o, en cambio, si se trata de un proceso regido por el principio inquisitivo, la iniciativa probatoria no está a cargo de éstas y será entonces el juez quien debe ejercer una amplia investigación de los hechos materia del proceso.

Luego de un amplio debate en relación con estos principios y su incidencia en materia contencioso administrativa, en **el inciso final del artículo 103**, que regula el objeto y principios de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, expresamente se estableció que:

“Quien acuda ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en cumplimiento del deber constitucional de colaboración para el buen funcionamiento de la Administración de Justicia, estará en la obligación de cumplir con las cargas procesales y probatorias previstas en este Código.”

Es decir, la reforma se inclinó por el principio dispositivo para la impulsión del proceso contencioso administrativo y el debate probatorio, o sea, que la parte que alega el hecho y reclama el derecho o se opone a él está obligada a suministrar la prueba (art. 177 C.P.C), aunque conservando -como es la tendencia del derecho procesal moderno- elementos del sistema inquisitivo, tales como el poder para decretar pruebas de oficio en primera y segunda instancia. En tal virtud, la tarea investigativa se deja, en principio, a las partes, sin perjuicio de que, excepcionalmente, el juez cuando sea estrictamente necesario decrete de oficio las pruebas que demanden la efectividad de los derechos de las partes, la justicia y la defensa del orden jurídico.

Otra cuestión que en esta materia resolvió la comisión de reforma, es si debía implementarse la figura de la carga dinámica de la prueba en Colombia, como

sucede en algunos países como España y Argentina y como en algún tiempo la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado la aplicó para casos de responsabilidad por daños producidos con ocasión de la actividad médica. Se propuso, a los inicios de la discusión, si era pertinente regular esta figura con el ánimo de morigerar la carga probatoria que incumbe a las partes, cuando quiera que una de ellas está en mejor posición de probar, sea por superioridad técnica, o dado sus conocimientos especiales, o porque se encontraba en su esfera jurídica la producción de la prueba y, por consiguiente, la otra en una situación de dificultad razonable para aportar la prueba. Como se sabe, se trata de un sistema de redistribución de la carga procesal o de inversión de la carga, en la que en las condiciones anotadas, el juez traslada al inicio del litigio la obligación de demostrar la verdad de lo alegado a la contraparte de acuerdo con el juicio sobre la mejor posibilidad de su aporte y con independencia de quien haya alegado el hecho dentro del proceso. Sin embargo, la comisión no estuvo de acuerdo con implementar la carga dinámica de la prueba, considerando que no es posible conjugarla con los principios de igualdad, debido proceso y derecho de defensa.

En síntesis, la adopción de un proceso contencioso administrativo bajo un sistema mixto fuertemente marcado por elementos de oralidad, implica pasar de uno que tenemos fuertemente inquisitivo, en el que el juez tiene amplias posibilidades de decretar pruebas de oficio, a un proceso predominantemente dispositivo, conforme al cual a cada una de las partes corresponde la prueba de los hechos en que funda sus pretensiones o excepciones o defensas. Esta orientación, de dejarle a las partes el

impulso del tema probatorio, se refleja en varias reglas que se fijan en el nuevo código, entre otras:

2.1. Primera regla: el aporte de las pruebas documentales y anticipadas en poder del demandante o del demandado en el momento de la presentación de la demanda o de su contestación, según el caso, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 162 numeral 5 (demanda), 166 numeral 2 (anexos de la demanda) y 175 numeral 4 (contestación de la demanda).

En el Código se asigna una amplia facultad a las partes para constituir y aportar pruebas anticipadas, de manera que se alleguen a las audiencias debidamente producidas para el debate, pero que, con todo, están sujetas a la inmediación y la contradicción durante la respectiva audiencia que se adelante ante el juez.

La idea es que el decreto de las pruebas de oficio quede reducido a los casos en que el juez lo considere estrictamente necesario. Hoy en día, cada vez más, se busca que el juez solamente sea fallador y que la carga de conseguir las pruebas esté en cabeza de las partes antes del proceso.

2.2. Segunda regla: el aporte de los dictámenes periciales necesarios para probar su derecho o para oponerse a las pretensiones de la demanda, en el

momento de la presentación de la demanda o de la contestación, según se establece en los artículos 162 -numeral 5- y 175 -numeral 5-.

Cabe anotar que, siguiendo la estructura que se le da a la etapa probatoria, se establece que en el evento en que el demandado en la contestación de la demanda manifieste que va a presentar dictamen pericial para demostrar su derecho, se le ampliará el término para contestarla hasta por treinta (30) días más contados a partir del vencimiento del término inicial, con el fin de que cuente con un plazo adecuado para su elaboración teniendo en cuenta la complejidad del asunto materia de la controversia y los trámites que deba adelantar para tal efecto; no obstante, se prevé que, en caso de que el demandante se valga de la ampliación del término para contestar, y no aporte con la contestación el dictamen pericial, se entenderá que la misma fue presentada en forma extemporánea (No. 5 art. 175).

2.3. Tercera regla: la obligación de la entidad pública demandada o el particular que ejerza funciones administrativas demandado de allegar durante el término para dar respuesta a la demanda cierta prueba documental en su poder que interesa al proceso; en particular, según el párrafo primero del artículo 175 del nuevo Código, la siguiente:

(i).- El expediente administrativo que contenga los antecedentes de la actuación objeto del proceso. Recuérdese que en el Código anterior (art. 207 No. 6), dichos

antecedentes administrativos, se pedían por el juez en el auto admisorio de la demanda.

(ii).- En los procesos de responsabilidad médica copia íntegra y auténtica de la historia clínica pertinente, a la cual se agregará la transcripción completa y clara de la misma, debidamente certificada y firmada por el médico que haga la transcripción. Con lo cual este tipo de procesos contará con una prueba vital para los mismos que se encuentra en la esfera de producción del demandado y que las más de las veces era de difícil consecución para el demandante.

Estas disposiciones son además desarrollo del principio de economía procesal y para forzar su cumplimiento, se establece que la inobservancia de estos deberes constituye falta disciplinaria gravísima del funcionario encargado de asunto.

(iii).- En esta misma línea, se establece en el art. 285 *ibídem* que el Registrador del Estado Civil o el Consejo Nacional Electoral, en los procesos con pretensiones electorales, estarán en la obligación de remitir los documentos antecedentes del acto de elección demandado.

2.4. Cuarta regla: la obligación de la entidad demandante cuando ejerza la pretensión autónoma de repetición, contra al funcionario responsable del daño antijurídico por el cual fue condenada como consecuencia de su conducta dolosa o gravemente culposa (inc. 2º. Art. 90 C.P), de adjuntar la prueba del

pago total de la obligación, la cual podrá acreditarse con el certificado del pagador, tesorero o servidor público que cumpla tales funciones, en el cual conste que la entidad realizó el pago, de acuerdo con lo previsto en los artículos 142 (repetición) y 166 numeral 1 (anexos de la demanda).

En suma, este principio dispositivo en materia probatoria se refleja en las anteriores reglas que imponen el deber a las partes de aportar las pruebas documentales y anticipadas que están en su poder; incluir dentro de la demanda y contestación de la demanda los dictámenes periciales que pretendan hacer valer; aportar el expediente administrativo de la actuación controvertida, la historia clínica fidedigna en los procesos de responsabilidad médica, etc.

3. La oportunidad para hacer valer los medios probatorios.

En virtud del artículo 212 de la Ley 1437 de 2011, para que sean apreciadas por el juez las pruebas, deberán solicitarse, practicarse e incorporarse al proceso dentro de los términos y oportunidades señaladas en el Código, así:

3.1. En la 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.”

3.2. En la segunda instancia, cuando se trate de apelación de sentencia, las partes podrán pedir pruebas en el término de ejecutoria del auto que admite el recurso, 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 días (10) días hábiles”

3.3. Por una parte, es pertinente resaltar que no existía en el antiguo código una norma como la contenida ahora en el artículo 212, en la que se recogen todos los momentos en los cuales pueden ser pedidas las pruebas, similar a la que existe en el Código de Procedimiento Civil en el artículo 183. En el antiguo código sencillamente uno tiene que abarcarlo todo para poder encontrar dónde están las oportunidades para pedir pruebas. Por tal razón, con el ánimo de garantizar el debido proceso (art. 29 C.P.), en especial, la publicidad y contradicción de las pruebas, generar certeza jurídica y por técnica legislativa, se concretó en una sola norma, esto es, en el artículo 212 del nuevo Código, todas las oportunidades que aparecen como propicias para poder pedir la práctica de pruebas en primera y en segunda instancia.

Por otra parte, en cuanto a las pruebas en segunda instancia se tomó casi el texto del artículo 214 actual, en sus numerales 1 a 4, es decir, “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.”

Pero, se le hicieron cuatro modificaciones a saber: **la primera** en cuanto se introdujo un numeral nuevo, que es el primero, esto es, cuando las partes pidan las pruebas de común acuerdo, porque no se observó la razón de que si las partes de común acuerdo piden una prueba en segunda instancia no les pueda ser decretada y recibida por el juez, condicionada a que en caso de que existan terceros diferentes al simple coadyuvante o impugnante los mismos expresen su anuencia, pues esos terceros tienen intereses propios en las resultas del proceso. **La segunda**, en el numeral 4 -antes 3- se cambia la palabra “documentos” por la de “pruebas” y por lo tanto, se amplía el supuesto de esa hipótesis a otros medios de convicción diferentes a la prueba documental (testimonios, declaración de parte, etc.) que no pudieron solicitarse en la primera instancia por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria. **La tercera**, en relación con el numeral 5 se extiende la posibilidad de que aquél a quien se le aduce una prueba en segunda instancia, pueda pedir pruebas para contraprobar, no solamente cuando se trate de documentos -ahora pruebas en general- que no fueron aportados por fuerza mayor o caso fortuito, o por obra de la parte contraria, como sucede en la norma precedente, sino también cuando se trate de la prueba de hechos sucedidos con posterioridad a la oportunidad

para pedir pruebas en primera instancia. **Y la cuarta**, se fija expresamente un término para practicar estas pruebas que no podrá exceder de diez días, que se traslada del artículo 212 del anterior código.

4. Los poderes del juez.

Son varios los poderes en materia probatoria de que dispone el juez en el nuevo código. Veamos:

4.1. Primer poder: la potestad de decretar pruebas de oficio.

De acuerdo con **el artículo 213** del nuevo Código (antes artículo 169 del Decreto 01 de 1984, Mod. por el Art. 37 del Decreto 2304 de 1989), en cualquiera de las instancias el juez puede decretar de oficio, conjuntamente con aquellas solicitadas por las partes, las pruebas que considere estrictamente necesarias para el esclarecimiento de la verdad. Igualmente, puede también hacer uso de este poder cuando el proceso ya esté para sentencia en cualquiera de las instancias y una vez oídas las alegaciones, con el fin de esclarecer puntos oscuros o difusos de la contienda. Para practicarlas deberá señalar un término de hasta diez días. Basta observar que hasta aquí corresponde en líneas generales al artículo 169 del anterior código, pero se vislumbran las siguientes modificaciones:

Primera. Las pruebas de oficio se pueden decretar en cualquiera de las instancias para esclarecer la verdad en dos momentos: a) en la primera instancia en la audiencia inicial, pero sólo si las partes piden pruebas y conjuntamente con éstas; en efecto, al suprimirse la expresión de la anterior norma según la cual *“pero si estas no la solicitan, el ponente solo podrá decretarlas al vencimiento del término de fijación en lista”*, significa que no se puede en esa etapa del proceso decretar pruebas de oficio si las partes no han solicitado pruebas; y b) en la segunda instancia, cuando procedan las peticiones por las partes de acuerdo con las causales establecidas en esa instancia para el efecto, tal y como atrás se anotó.

Segunda. Cuando sean decretadas por el juez pruebas de oficio una vez oídas las alegaciones y antes de proferir sentencia, se circunscribe a puntos oscuros o “difusos”, esta última expresión sustituyó la palabra “dudosos”, pues se consideró que el primer vocablo resulta más adecuado al propósito de este tipo de pruebas en tanto hace referencia a un hecho poco claro o preciso mientras el segundo hace relación a un hecho eventual e inseguro que implica de por sí un juicio mucho más complejo por parte del juez para decretar la prueba.

Tercera. La modificación fundamental estriba en que cuando se decreten pruebas de oficio antes de fallar las partes pueden, por una sola vez, aportar o solicitar nuevas pruebas que consideren indispensables para contraprobar aquellas decretadas de oficio, las cuales serán practicadas dentro de los diez (10) días siguientes al auto que las decreta. La finalidad de esta oportunidad probatoria es

la de garantizar a las partes sus derechos de defensa y contradicción frente a tipo de prueba, pero condicionada a las pruebas relacionadas con la decretada de oficio y no a otras, pues de otra forma existiría una prolongación del debate probatorio inicial.

Cuarta. Otro ejemplo de estos poderes se puede encontrar en el artículo 176 de la Ley 1437 de 2011, de acuerdo con el cual el juez podrá rechazar el allanamiento y decretar pruebas de oficio cuando advierta fraude o colusión, o lo pida un tercero que intervenga en el proceso.

No obstante lo anterior, se precisa que el hecho de que el juez tenga ese poder de decretar pruebas de oficio no le resta el carácter de dispositivo al proceso, ni releva de la carga probatoria a las partes, a quienes les corresponde imprimir dinamismo al debate probatorio y darle al juez los elementos de convicción necesarios para resolver de fondo su controversia.

En resumen: pese a acoger un sistema marcado por la oralidad y bajo un principio dispositivo de la carga probatoria, se dejaron las pruebas de oficio pero únicamente en dos hipótesis: (i) en la audiencia inicial al decretar las pruebas pedidas por las partes en primera instancia o cuando procedan las pedidas por las partes en segunda instancia como atrás se anotó y (ii) una vez oídas las alegaciones en la audiencia final y antes de dictar sentencia; pero siempre en uno y otro caso, con posibilidad de que las partes puedan controvertir las pruebas de oficio durante las instancias.

4.2. Segundo poder: el decreto y práctica de pruebas en las audiencias.

Para poder desarrollar elementos de oralidad en el proceso contencioso administrativo los artículos 180, 181 y 182 del Código, establecieron tres audiencias: una primera inicial donde el juez fijará el litigio, decidirá las excepciones previas, saneará el proceso y decretará las pruebas pedidas por las partes; una segunda para la práctica de pruebas y una tercera para presentar las alegaciones y proceder al juzgamiento. Es decir, la prueba será practicada y recaudada de forma oral (testimonios, declaración de parte, peritaje, etc.), con sujeción a los principios de inmediación, contradicción, publicidad y concentración y su controversia exige que se haga en presencia del juez.

Se asevera que la oralidad privilegia el principio de inmediación entre el juez y las pruebas, porque, en rigor, el juez debe asistir personalmente al desarrollo y evacuación de las pruebas de las cuales deriva su convencimiento para poder pronunciarse en la sentencia; es decir, tiene el juez la obligación de entrar en relación directa con las partes, los testigos, los peritos y con los objetos del juicio, etc. apreciando sus declaraciones y las condiciones de las personas, sitios y cosas, para darse una inmediata impresión de ellos.

Durante las audiencias y bajo la dirección y decisión del juez se pueden presentar las siguientes situaciones que inciden en materia de decreto y práctica de pruebas:

Primera: Dentro de la audiencia inicial el juez puede prescindir de la audiencia para la práctica de pruebas cuando se trate de asuntos de puro derecho (por ejemplo una nulidad simple), o en los que no fuere necesario decretar pruebas (porque las partes están de acuerdo con los hechos) y proceder a dictar sentencia, dando a las partes la posibilidad de presentar alegatos de conclusión.

Segunda: Dentro de la audiencia inicial el juez al fijar el litigio señalará los hechos que quedan pendientes de prueba en el curso del proceso, después de escuchar a las partes y de indagar sobre aquellos hechos en que están de acuerdo, para no practicar pruebas sobre esos puntos, según se desprende del numeral 7 del artículo 180 *ejusdem*. En el sistema oral, bajo la dirección del juez, existe un acuerdo sobre los hechos que no se discuten y los que sí y en este evento de aquellos que ameritan pruebas.

Tercera: Dentro de la audiencia inicial, el juez decretará sólo *“las pruebas pedidas por las partes y los terceros, siempre y cuando sean necesarias para demostrar los hechos sobre los cuales exista disconformidad, en tanto no esté prohibida su demostración por confesión, o las de oficio que el juez o magistrado ponente considere indispensables para el esclarecimiento de la verdad”*, de acuerdo con el numeral 10 del artículo 180 *ibídem*.

Cuarta: Dentro de la segunda audiencia, esto es la de pruebas, según señala el artículo 181 de nuevo Código, bajo la dirección del juez –inmediación-, se recaudarán y practicarán todas las pruebas oportunamente solicitadas y decretadas, sin interrupción durante los días consecutivos que sean necesarios, sin que la duración de esta pueda, por regla general, exceder de quince (15) días - concentración; en esta misma audiencia el juez y al momento de finalizarla, como producto de su desarrollo y la profundidad del debate probatorio, señalará fecha y hora para la audiencia de alegaciones y juzgamiento, si la considera necesaria u ordenará la presentación por escrito de los alegatos de conclusión (en un plazo de diez días) para dictar sentencia (dentro de los veinte días siguientes).¹

En suma, hay un proceso que es oral, primera audiencia para la fijación del litigio, segunda destinada a la práctica de pruebas, tercera de alegaciones y sentencia, pero es posible que el juez decida, dependiendo de que se necesite o no la práctica de pruebas o como consecuencia del debate de las mismas, en relación con la segunda y tercera prescindir de ellas, según el caso y, en cambio, adoptar la forma escrita para alegaciones y para poder dictar sentencia. **Por consiguiente, del manejo de la prueba depende el manejo de las audiencias en el proceso y si a éste debe dársele curso oral o escrito.**

5. La exclusión de la prueba por la violación al debido proceso.

¹ Se reconoce que excepcionalmente este término puede ser precario, razón por la cual permite que se pueda suspender cuando: 1. Sea necesario dar traslado de la prueba, de su objeción o de su tacha, por el término fijado por la ley. 2. A criterio del juez y cuando atendiendo la complejidad lo considere necesario.

El artículo 214 del Nuevo Código Contencioso contempla la exclusión de la prueba por la violación al debido proceso, en los siguientes términos:

“Toda prueba obtenida con violación al debido proceso será nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal.

Igual tratamiento recibirán las pruebas que sean consecuencia necesaria de las pruebas excluidas, o las que solo puedan explicarse en razón de la existencia de aquellas.

La prueba practicada dentro de una actuación declarada nula, conservará su validez y tendrá eficacia respecto de quienes tuvieron oportunidad de contradecirla.”

5.1. Este novedoso precepto en el contencioso administrativo es desarrollo de lo previsto en el artículo 29 de la C.P.: el cual consagró una causal específica de nulidad que opera de pleno derecho, para aquella *“prueba obtenida con violación al debido proceso”*, esto es, *“sin la observancia de las formalidades legales esenciales requeridas para la producción de la prueba, especialmente en lo que atañe con el derecho de contradicción por la parte a la cual se opone ésta”*. Es entendido, porque así se discutió en la comisión, que las pruebas obtenidas ilícitamente, esto es, con grave violación a los derechos constitucionales fundamentales (verbigracia aquella

obtenida por medios fraudulentos o por tortura o tratos crueles), caben dentro del concepto de pruebas obtenidas con violación del debido proceso.

La norma recoge los pronunciamientos de la Corte Constitucional en el sentido de que la prueba ilícita debe ser excluida del proceso, pero sin que ello implique que las que no dependen necesariamente de ella o no sean producto de la misma resulten afectadas.

Ahora bien, ¿en qué momento debe ser excluida la prueba obtenida con violación al debido proceso? Si el juez advierte de la ilicitud al momento de admitirla en la audiencia inicial del proceso o en el trámite incidental, según el caso, deberá abstenerse de hacerlo y proceder a rechazarla (art. 178 C.P.C.); y si se percata luego, bien durante su práctica o al momento de las alegaciones, está en el deber de excluirla inmediatamente antes del fallo; en uno y otro caso, existe una declaración de constatación por parte del juez de la operancia de la sanción constitucional de pleno derecho que conduce a su exclusión en el proceso.

5.2. Así mismo, dispone la norma en comento que la prueba practicada en una actuación declarada nula, conservará su validez y tendrá eficacia respecto de quienes tuvieron la oportunidad de contradecirla, disposición que se inspira en la primacía del derecho sustancial, pues lo que le imprime legalidad a la prueba es, precisamente, su contradicción dentro del proceso.

6. El valor probatorio de las copias

La comisión discutió la conveniencia de consagrar **la presunción legal del valor de las copias de los documentos aportados al proceso**, cualquiera que sea la forma de su reproducción, innovación que quedó incluida en el nuevo código en el artículo 215, así:

“Valor probatorio de las copias. Se presumirá, salvo prueba en contrario, que las copias tendrán el mismo valor del original cuando no hayan sido tachadas de falsas, para cuyo efecto se seguirá el trámite dispuesto por el Código de Procedimiento Civil.”

6.1. La regla que ha regido en el régimen procesal imperante ha sido la contraria, es decir, que las copias, para que tengan valor probatorio, tienen que ser auténticas, según los eventos de que trata el art. 254 del C. de P.C. Sin embargo, es frecuente que las partes acompañen a la demanda o a su respuesta los actos administrativos, los contratos, los documentos de pagos, etc., omitiendo la formalidad de la autenticación, lo que conduce a que el juez, en aplicación de la norma del régimen procesal civil, decida de manera adversa a quien incumplió con la carga de aportar regularmente la prueba documental. En estas hipótesis, tanto para los jueces como para las partes queda la sensación de un excesivo formalismo, que no privilegia el derecho sustancial sobre el adjetivo y menos aún el principio de buena fe en la aportación de las pruebas.

Por eso, la jurisprudencia del Consejo de Estado empezó a encontrar en casos de inequidad procesal, que el rigor de la norma procesal debía ser atemperada con la aplicación directa de los principios constitucionales, el respeto al debido proceso, las garantías procesales, el equilibrio de las partes, el deber de colaboración con la administración de justicia y en especial el principio de la buena fe, para aceptar como prueba unas copias simples de documentos cuyo original debía reposar en los archivos de la entidad demandada, sin que ésta, a pesar de los requerimientos que se le hicieron en el curso del proceso, hubiera procedido a remitirlos.

En efecto, en Sentencia de 16 de abril de 2007, la Sección Tercera del Consejo de Estado concluyó que “cuando una de las partes no cumple con el deber de aportar la copia auténtica de un documento cuyo original se encuentra en su poder o legalmente bajo su guarda y archivo, corre con el riesgo y los efectos que con su conducta omisiva pretendió evitar, que, en el presente caso, se concreta en tener como susceptible de valoración la copia remitida por la parte que desplegó todas las gestiones que estuvieron dentro de su esfera material y jurídica para que la misma fuera remitida al proceso en las condiciones formales requeridas, y dado que el estudio de la misma interesa al proceso en su conjunto.”

Este cambio previsto en el nuevo Código, que generaliza una tendencia jurisprudencial, es estructural, porque modifica para el contencioso administrativo la regla establecida en el artículo 254 del estatuto procesal civil para otorgar valor

probatorio a las copias. ¿Qué es lo dice la norma? Que cualquier clase de copia vale, incluyendo entonces las simples y las auténticas, y el que diga que no vale que lo demuestre, mediante el trámite de la tacha de falsedad previsto en el artículo 289 del C. de P. Civil. Su fundamento, estriba en la aplicación de los principios de buena fe en la aportación de las pruebas (83 C.P.); y de prevalencia del derecho sustancial (art. 228 C.P.), en el entendido de que el fin de las normas procesales consiste en la realización de los derechos reconocidos en la ley.

Los controles ante las falsedades de los documentos aportados en copias informales son la tacha de falsedad, el cotejo de documentos para establecer ésta y el reconocimiento de los mismos. De todos modos, en el evento de que se hubiese dictado sentencia con fundamento en documentos falsos o adulterados la parte agraviada podrá interponer el recurso extraordinario de revisión dentro del año siguiente a su ejecutoria, según se establece en los artículos 248 y ss. del nuevo Código.

6.2. Finalmente, esa norma tiene un inciso segundo a cuyo tenor: *“La regla prevista en el inciso anterior no se aplicará cuando se trate de títulos ejecutivos, caso en el cual los documentos que los contengan deberán cumplir los requisitos exigidos en la ley”*, excepción que resulta razonable, porque en esos eventos la naturaleza y los elementos de un documento de recaudo forzoso, o sea, de documento que contiene una obligación clara, expresa y exigible que emana del deudor (art. 489 C. P. C.), demanda de esa formalidad.

7. La utilización de medios electrónicos con incidencia en las pruebas.

La tecnología se encuentra al servicio de la administración de justicia, en las voces de los artículos 4 (modificado por el artículo primero de la Ley 1285 de 2009) y 95 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia. En efecto, la aplicación de los avances tecnológicos en la actividad judicial, especialmente en materia de comunicaciones (la red de internet, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax, etc. -artículo 2 -ordinal a.- de la Ley 527 de 1999, así como las video conferencias o las teleconferencias), han permitido que, por ejemplo, la jurisprudencia del Consejo de Estado tenga en cuenta dentro de los procesos actos administrativos de carácter general e incluso particular que las entidades hayan puesto a disposición del público en el sitio web de la respectiva entidad.

Al resolver una acción popular, la Sección Tercera, en aplicación de la Ley 527 de 1999 (art. 10), que otorga valor a los mensajes de datos y de la Ley 962 de 2005 (arts. 6, 7 y 8) que obligó a los organismos y entidades de la Administración Pública la utilización de medios tecnológicos, decidió tener como prueba un plan de desarrollo departamental contenido en un acto que se encontró publicado en la página web de la entidad territorial con fundamento en que *“el Juez y los operadores jurídicos pueden acudir a otros elementos y herramientas de publicidad que permiten verificar el contenido de tales normas de carácter territorial con alcance de autenticidad y para*

*todos los efectos legales*², pronunciamiento que atemperó lo establecido en los artículos 188 del Código de Procedimiento Civil y 141 del antiguo Código en materia del aporte de la prueba de las normas de carácter local, ante la realidad de la expansión de la información a través de los medios tecnológicos.

· Siguiendo la línea del criterio jurisprudencial, para poner a tono el ordenamiento contencioso administrativo que tiene incidencia en la actividad probatoria con los avances tecnológicos propios de la denominada “*sociedad de la información*”, el nuevo código incorpora un conjunto de reglas, a saber:

7.1. La primera es aquella regla general que se encuentra en el **artículo 216**, según la cual **es posible la utilización de los medios electrónicos para efectos probatorios:**

“ARTÍCULO 216. Utilización de medios electrónicos para efectos probatorios. Será admisible la utilización de medios electrónicos para efectos probatorios, de conformidad con lo dispuesto en las normas que regulan la materia y en concordancia con las disposiciones de este Código y las del Código de Procedimiento Civil.

7.2. La segunda se extrae de los **artículos 55 y 57** de la primera parte del Código, según los cuales **los documentos públicos expedidos, autorizados o suscritos por medios electrónicos tienen validez y fuerza probatoria**, siempre y cuando se asegure

² CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Sentencia de 15 de agosto de 2007, Exp. AP 993.

su autenticidad, integridad y disponibilidad; y entre ellos **la reproducción del acto administrativo expedido en esas condiciones, se reputa auténtica para todos los efectos legales.**

“ARTÍCULO 55. Documento público en medio electrónico. Los documentos públicos autorizados o suscritos por medios electrónicos tienen la validez y fuerza probatoria que le confieren a los mismos las disposiciones del Código de Procedimiento Civil.

“ARTÍCULO 57. Acto administrativo electrónico. Las autoridades, en el ejercicio de sus funciones, podrán emitir válidamente actos administrativos por medios electrónicos siempre y cuando se asegure su autenticidad, integridad y disponibilidad de acuerdo con la ley. Las reproducciones efectuadas a partir de los respectivos archivos electrónicos se reputarán auténticas para todos los efectos legales.”

7.3. La tercera, en el artículo 166 No. 1, de conformidad con el cual si bien a la demanda debe acompañarse la copia del acto acusado, con las constancias de publicación, comunicación, notificación o ejecución según el caso, cuando el acto no se ha publicado o se niegue la copia o certificación de publicación, **también se podrá indicar que el acto demandado se encuentra en el sitio Web de la respectiva entidad para todos los fines legales.**

7.4. La cuarta, en el artículo 167, de acuerdo con el cual, aun cuando se preserva la obligación de acompañar a la demanda o allegar al proceso el texto de las normas jurídicas de alcance no nacional que se invoquen como violadas, **no será necesario acompañar su copia, en el caso de que las normas de carácter local que se señalen infringidas se encuentren en el sitio Web de la respectiva entidad,** circunstancia que deberá ser manifestada en la demanda con indicación del sitio de internet correspondiente.

Finalmente, y de conformidad con las normas que reglamenten estos mecanismos y que se expidan para el efecto, las partes y el juez pueden hacer uso de los medios que proporciona la informática y las telecomunicaciones, no sólo para el recaudo de la prueba documental, sino también para otro tipo de pruebas, como podría ser la práctica de los testimonios, las declaraciones de parte, las inspecciones judiciales, etc., mediante videoconferencias o teleconferencias o cualquier medio que garantice los principios de inmediación, concentración y contradicción.

8. Los medios probatorios y las entidades públicas.

El artículo 217 del nuevo Código regula lo atinente a la declaración de los representantes de las entidades públicas en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 217. Declaración de representantes de las entidades públicas. No valdrá la confesión de los representantes de las entidades públicas cualquiera que sea el orden al que pertenezcan o el régimen jurídico al que estén sometidas.

Sin embargo, podrá pedirse que el representante administrativo de la entidad rinda informe escrito bajo juramento, sobre los hechos debatidos que a ella conciernan, determinados en la solicitud. El juez ordenará rendir informe dentro del término que señale, con la advertencia de que si no se remite en oportunidad sin motivo justificado o no se rinde en forma explícita, se impondrá al responsable una multa de cinco (5) a diez (10) salarios mínimos mensuales legales vigentes.”

8.1. Por una parte, el inciso primero del **artículo 217** del nuevo Código, prevé que, por regla general, no valdrá la confesión de los representantes de las entidades públicas cualquiera que sea el orden al que pertenezcan o el régimen jurídico al que estén sometidas, como una forma de protección del interés público.

Este evento legal que prohíbe la confesión de los representantes de las entidades públicas no es nuevo, porque tiene como antecedente el texto del artículo 199 del Código de Procedimiento Civil; sin embargo, se introducen modificaciones sustanciales a esa disposición que se trajo del estatuto procesal civil, dado que se generaliza la prohibición de confesar en forma espontánea o provocada a los representantes administrativos o judiciales de todo tipo de entidades públicas, incluyendo en éstas los de las empresas industriales y comerciales del estado y las

sociedades de economía mixta, mientras que anteriormente sólo se contemplaba para los representantes judiciales o administrativos de la Nación, los departamentos, los distritos especiales, los municipios y los establecimientos públicos.

Son dos los fundamentos de esta prohibición a los representantes legales, según lo ha indicado la jurisprudencia con apoyo en la doctrina, así: i) *el interés general y el patrimonio público* confiado a los agentes del Estado (arts. 1 y 2 Constitucionales) que se podrían comprometer seriamente con la declaración de los mismos; y ii) el *principio de legalidad* que gobierna las actuaciones de todas las autoridades de la República (artículos 1, 2, 3, 4, 6, 121 y 122 Constitución Nacional), pues una manifestación de parte de éstos sin la observancia de las normas “*destruiría la base institucional de la competencia de los órganos administrativos, y el valor y la eficacia de las formas esenciales de los actos administrativos.*”

De todos modos, como alternativa para no desechar en el proceso el conocimiento que tuvieran los representantes de la entidad sobre las circunstancias que rodean el litigio, el inciso segundo de la disposición en estudio, permite que el juez pueda pedirle al representante administrativo de la entidad rendir un informe escrito bajo juramento, dentro del término que señale, sobre los hechos debatidos que conciernan a la entidad, determinados en la solicitud, so pena de multa de cinco a diez salarios mínimos mensuales legales vigentes, en caso de incumplimiento injustificado. Por supuesto, las respuestas contenidas en dicho informe no podrán ser constitutivas de prueba de confesión.

8.2. Empero, el artículo 217 del nuevo Código que proscribe la confesión del representante de una entidad pública sobre la base de que carece de la facultad de disposición del derecho, tiene que ser armonizado con el artículo 176 del mismo Código (antes Art. 218 Dec. 01/84), en tanto éste permite el allanamiento a la demanda y la transacción, cuando la pretensión comprenda aspectos que por su naturaleza son conciliables, en cuyo caso la Nación requerirá autorización del Gobierno Nacional y las demás entidades públicas de la autoridad que las represente (ministro, jefe de departamento administrativo, gobernador o alcalde que las represente o a cuyo despacho estén adscritas o vinculadas o por el servidor de mayor jerarquía en la entidad). Por tanto, este evento, al cumplir con las formalidades prescritas y la previa autorización, se constituye en un supuesto excepcional a la regla del artículo 217 que prohíbe la confesión, en el entendido de que el allanamiento es una renuncia a proseguir con la controversia, acto dispositivo en el que se hace una aceptación de los hechos afirmados por el demandante que implican admisión de responsabilidad; dicho de otra forma, se trata de una confesión espontánea de los representantes de las entidades, pero con restricciones, pues sólo procede en aquellas controversias que por su naturaleza son conciliables y siempre que previamente haya sido autorizada por la autoridad que señala la norma.

8.3. Finalmente, otra novedad importante en este ámbito es aquella prevista en forma optativa en el inciso segundo del artículo 160 *ibídem* (derecho de postulación), que permite a los abogados vinculados a las entidades públicas que las representen

en los procesos contenciosos administrativos, acreditar o probar esta condición no sólo mediante poder otorgado en forma ordinaria, sino también -y ahí viene lo nuevo- mediante delegación general o particular efectuada en acto administrativo, en el que se deben expresar las facultades que se confieren al apoderado, documento público que se estimó idóneo para demostrar tal calidad dentro del proceso.

9. La prueba pericial

En los artículos 218 a 222 de la Ley 1437 de 2011 se reguló lo relacionado con la prueba pericial en el contencioso administrativo.

De acuerdo con **el artículo 218 del nuevo Código Contencioso Administrativo**, *“la prueba pericial se regirá por las normas del Código de Procedimiento Civil, salvo en lo que de manera expresa se disponga en este Código sobre la materia.”* Es así como, se contempla un tratamiento especial de algunos aspectos de la prueba pericial, para que un medio de convicción tan importante en el proceso contencioso y de suyo complejo por su naturaleza técnica, cuente con unas reglas coherentes, en cuanto a su oportunidad, debate y contradicción, en el marco de un sistema mixto de proceso oral y escrito.

9.1. Oportunidad:

En realidad, el proyecto de ley que dio lugar al nuevo código se concibió bajo la dogmática de que las partes al inicio del proceso debían presentar los dictámenes periciales necesarios para probar su derecho, toda vez que dicha prueba no podía ser pedida por las mismas o decretada a solicitud de éstas dentro del proceso. De ahí que, como atrás se comentó, se promueva porque los dictámenes periciales sean aportados por las partes con la demanda y su contestación y debatidos, previo su conocimiento, en las respectivas audiencias (arts. 166 No. 2, 175 No. 5, 218 a 222).

Sin embargo, en el último debate del proyecto ley, en la Cámara de Representantes, se realizó el siguiente ajuste al inciso tercero del artículo 212 del nuevo Código, para permitirle a las partes solicitar la práctica de dictámenes periciales en el transcurso del proceso, inciso que entonces quedó así: *“Las partes podrán presentar los dictámenes periciales necesarios para probar su derecho, o podrán solicitar la designación de perito, en las oportunidades probatorias anteriormente señaladas.”*

9.2. Presentación de dictámenes por las partes

El artículo 219 reitera la facultad que tienen las partes para aportar al inicio (demanda-contestación) dictámenes periciales emitidos por instituciones o profesionales especialistas e idóneos, figura sumamente novedosa en el contencioso administrativo, que resulta armónica con la conjugación escogida para la estructura

del proceso escrito y oral y recoge la tendencia actual consagrada en el artículo 116 de la Ley 1395 de 2010³.

La idea es darle valor a ése dictamen presentado por las partes, respetando por supuesto el debido proceso, la contradicción de la prueba y sin desequilibrar el principio de paridad de partes que debe primar en el proceso, pues hasta antes de la Ley 1395 de 2010, solamente tenían el valor de alegaciones de parte, en conformidad con el artículo 238 numeral 7 del Código de Procedimiento Civil⁴.

Igualmente, si bien se le da valor a los dictámenes que alleguen las partes al proceso se establecen serias exigencias para salvaguardar la independencia de los peritos, su objetividad y la eficacia de la prueba, como sujetos que son del régimen de responsabilidad consagrado para los auxiliares de la justicia. En este sentido, los peritos deben: (i) ser especializados e idóneos, tanto es así que en el inciso segundo del artículo 218 *ibídem*, se estableció que el Juez excepcionalmente puede prescindir de la lista de auxiliares de la justicia y designar expertos idóneos para la realización del dictamen pericial, cuando la complejidad de los asuntos materia del mismo así lo amerite o ante la ausencia de un perito o por falta de aceptación de éste; (ii)

³ En efecto, el artículo 116 de la Ley 1395 de 2010, señala que “la parte que pretenda valerse de una experticia podrá aportarla en cualquiera de las oportunidades para pedir pruebas, acompañada de los documentos que acrediten la idoneidad y la experiencia del perito y la información que facilite su localización, para que, si el juez lo estima necesario o la parte contra la cual se aduce lo solicita, pueda ser interrogado acerca de su idoneidad y del contenido del dictamen en audiencia pública, cuya inasistencia por parte del perito se sanciona dejando sin efectos la experticia.”

⁴ “7. Las partes podrán asesorarse de expertos, cuyos informes, serán tenidos en cuenta por el juez, como alegaciones de ellas.” Empero ya el artículo 183 del mismo estatuto procesal civil, modificado por el artículo 18 de la Ley 794 de 2003 señalaba que cualquiera de las partes, en las oportunidades procesales para solicitar pruebas, podían presentar experticios emitidos por instituciones o profesionales especializados y que de existir contradicción entre varios de ellos, el juez procedería a decretar el peritazgo correspondiente.

manifestar que no se encuentran incursos en las causales de impedimento que se consagran en la disposición; (iii) señalar los documentos con base en los cuales rinden su dictamen; y (iv) prestar juramento acerca de su imparcialidad y de que todos los fundamentos del dictamen son ciertos y fueron verificados personalmente por ellos. Igualmente, se dispone que la configuración de cualquiera de las causales de impedimento tanto de carácter subjetivo como objetivo (falta de idoneidad de los peritos), dará lugar a la tacha del perito, la cual deberá ser formulada antes de la realización de la audiencia siguiente a la aportación del dictamen por las partes y se decidirá en ésta, y cuando se trate de la tacha de perito designado por el juez se seguirá el trámite establecido por el Código de Procedimiento Civil.

Es de advertir que **en el párrafo tercero del artículo 175** se señala que cuando se aporte el dictamen pericial con la contestación de la demanda, quedará a disposición del demandante por secretaría, sin necesidad de auto que lo ordene, previsión que tiene como fin que este último tenga la ocasión de enterarse de su contenido a efectos de la tacha de perito si así lo estima o para que se prepare en el futuro ejercicio de contradicción del dictamen en la audiencia de pruebas.

9.3. Contradicción del dictamen aportado por las partes.

En el artículo 220, se formulan las reglas para la contradicción del dictamen pericial, teniendo en cuenta las oportunidades para la aportación y práctica del mismo y los tres controles aludidos, así:

a) Si se trata de dictámenes aportados con la demanda o con su contestación, será durante la audiencia inicial, en la que las partes deben formular las objeciones al dictamen y solicitar las aclaraciones y adiciones, que pueden apoyarse en un nuevo dictamen que se aporte o se solicite o incluso con la declaración de testigos técnicos. Y durante la audiencia de pruebas se discutirán los dictámenes periciales, con intervención de los peritos, de manera que en el transcurso de ésta expresen la razón y las conclusiones a las que llegaron y puedan ser interrogados por el juez y las partes (numerales 1 y 2).

b) Si la prueba pericial fue decretada por el Juez de oficio o a solicitud de las partes dentro de las etapas respectivas, se cumplirá el debate correspondiente en la audiencia de pruebas y es en esa misma audiencia, en la que las partes podrán solicitar adiciones o aclaraciones verbales al dictamen y formular la objeción por error grave (numeral 3), sin perjuicio de que dada su complejidad puedan pedir la ampliación del término hasta por diez días más, o que el juez de oficio decrete esa prórroga, según lo previsto en el artículo 222 del Código.

En el nuevo código se mantienen los tres tipos de control al dictamen pericial a saber: (i) la solicitud de aclaraciones o complementaciones; (ii) la objeción de error grave; (iii) la valoración y control que sobre esta prueba realiza el juez dentro del proceso y en especial respecto de su claridad, firmeza, precisión y calidad de sus fundamentos, la competencia de los peritos y los demás elementos probatorios que

obren en el proceso, medios de control estos que tienen como propósito la garantía plena del derecho de defensa y contradicción de la prueba, procurando que se realice en forma oral dentro de las audiencias y que puedan resolverse, en lo posible, dentro de las mismas. Lo anterior en el entendido de que cada uno de estos controles tiene objetivos claros que los individualizan y permiten la completa y coherente contradicción de este medio de prueba.

9.4. Honorarios de los peritos.

En el artículo 221, se contemplan las hipótesis referentes a los honorarios de los peritos, así:

(I) Oportunidad para fijar los honorarios.

(a) Si se decreta el dictamen, los honorarios los fija el juez en el auto de traslado de las aclaraciones o complementaciones si han sido solicitadas; en caso contrario, una vez vencido dicho término.

(b) Si el dictamen fue presentado por las partes, sólo se fijarán honorarios en caso de que lo amerite las aclaraciones o complementaciones a que haya lugar.

(ii) Límites a la fijación de honorarios.

(c) En uno y otro evento, se hará con sujeción a la tarifa oficial, salvo que el asunto sea de especial complejidad, evento excepcional en el que el juez podrá fijarlos por fuera de esa tarifa. Cuando el dictamen se decreta de oficio se determinará lo que de ellos deba pagar cada parte.

(iii) Oportunidad para el pago de honorarios y efectos del incumplimiento de esta carga.

(d) Con antelación al vencimiento del traslado del escrito de objeciones, el objetante, so pena de que se entienda desistida la objeción, debe presentar el comprobante de pago de los honorarios a su cargo hecho directamente al perito o los títulos de los depósitos judiciales, los cuales se le entregarán al perito sin necesidad de auto que lo ordene.

(iv) Devolución de los honorarios y sanciones.

(e) Si prospera la objeción el perito deberá restituir los honorarios en el porcentaje que se determine dentro de los diez días siguientes a la comunicación que se haga de la decisión o, en su defecto, le serán cobrados ejecutivamente y será disciplinado y excluido de la lista de auxiliares de la justicia.

El espíritu que anima esta disposición consiste en que así se objete el dictamen se le pague al perito, pero si la objeción prospera, el perito tiene la obligación de reintegrarlos. Actualmente, por cuenta de una objeción por error grave, que según la legislación se resuelve en la sentencia, el pago de los honorarios queda en suspenso (arts. 238-6 y 239 C.P.C.), lo que repercute negativamente en la tarea de los peritos y por ende en la gestión judicial.

En conclusión, el régimen probatorio del nuevo Código Contencioso Administrativo consagra una serie de disposiciones especiales frente al del Procedimiento Civil, en las que fundamentalmente se desarrollan principios constitucionales como los del debido proceso, la igualdad, el acceso a la Administración de Justicia, la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal; la presunción de buena fe y la equidad como criterio auxiliar, recogiendo jurisprudencia sentada a partir de la Carta Política de 1991; además, tiene en cuenta las herramientas que proporciona la informática y se adapta al modelo de proceso con elementos de oralidad.

NULIDADES E INCIDENTES

El Capítulo VIII, arts. 207 a 210, Título X de la Segunda Parte del nuevo Código, regula lo correspondiente a las nulidades e incidentes en el proceso contencioso administrativo.

1.- Las nulidades y el control de legalidad del proceso.

1.1. Régimen de las nulidades.

En el artículo 208 del nuevo Código se indicó que *“serán causales de nulidad en todos los procesos las señaladas en el Código de Procedimiento Civil y se tramitarán como incidente.”*

La nulidad procesal es una institución que se encuentra fundamentada en el artículo 29 de la Constitución Política, con el objeto de garantizar el derecho constitucional al debido proceso y a la defensa de quienes intervienen en él y es, por regla general, desarrollada en la Ley, la cual indica los vicios del proceso que permiten su invocación y declaración judicial. En efecto, las nulidades procesales, están instituidas para asegurar la validez del proceso, pues su objetivo es evitar que en las actuaciones judiciales se incurra en irregularidades de tal entidad que comprometan su eficacia, esto es, que le resten los efectos jurídicos al acto o actos que integran el proceso.

Es decir, a la manera del código anterior (art. 165 Dec. 01/84), se estimó que, en principio, el Código Contencioso Administrativo no debía regular las nulidades procesales sino remitirse expresamente a las del Procedimiento Civil, que tiene todo un régimen al respecto; de ahí que, con sustento en esta remisión, los artículos 140 y 141 del C. de P. Civil disponen las causales de nulidad, algunas saneables y otras

no, en virtud de las cuales el proceso contencioso es inválido en todo o en parte, causales que son taxativas, de interpretación estricta y requieren de declaración por parte del juez.

1.2. Control de legalidad del proceso.

El artículo 207 del nuevo código ordena que: *“[a]gotada cada etapa del proceso, el juez ejercerá el control de legalidad para sanear los vicios que acarrear nulidades, los cuales, salvo que se trate de hechos nuevos, no se podrán alegar en las etapas siguientes.”* El texto de esta norma encuentra su fuente en lo señalado en términos similares en el artículo 25 de la Ley 1285 de 2009, “Por la cual se reforma la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia”.

El propósito de esta disposición es asegurar la validez de los procesos, procurar su celeridad y la eficacia de la Administración de Justicia. En efecto, en el nuevo Código se impone al juez de la causa la obligación al cierre de cada etapa del proceso de verificar oficiosamente la legalidad de lo actuado a fin de sanear los vicios que puedan presentarse en el trámite o de declarar las nulidades insaneables a que haya lugar, con la consecuente prohibición de reclamar posteriores nulidades saneables (salvo la existencia de nuevos hechos), evitando así que se adelanten actuaciones o procesos que estén condenados al fracaso o las dilaciones injustificadas en su ejecución. Igualmente, se pretende evitar con la norma la presentación por las partes

de peticiones impertinentes e improcedentes de nulidad con el ánimo de dilatar el proceso.

Para efectos de la aplicación de esta disposición, es menester tener en cuenta varios aspectos:

En primer lugar, cuando la norma se refiere a las etapas del proceso debe entenderse que se trata de aquellas tres previstas en el artículo 179 del Código, esto es, (i) la primera que va desde la presentación de la demanda hasta la audiencia inicial; (ii) la segunda desde la finalización de la anterior hasta la culminación de la audiencia de pruebas; y (iii) la tercera, desde la terminación de la anterior, comprende la audiencia de alegaciones y juzgamiento, y culmina con la notificación de la sentencia. **En segundo lugar**, cabe anotar que una vez agotada cada una de tales etapas opera la preclusión respecto de la oportunidad para invocar los hechos que puedan configurar nulidades susceptibles de saneamiento, pues ejercido el control sin que nadie se hubiese percatado de las mismas no se podrán invocar en las etapas siguientes, excepto que se fundamenten en hechos posteriores, lo que significa que quedan saneadas en virtud del principio de convalidación que rige ese tipo de nulidades (144 C.P.C). **En tercer lugar**, esta disposición en manera alguna releva al juez, cuando advierta de una situación irregular que constituya nulidad del proceso o de una actuación antes de finalizar una de tales etapas en las que se compone el mismo, a adoptar las medidas conducentes al saneamiento de la nulidad si es subsanable o a declarar la nulidad en caso de que no lo sea, tal y como lo

manda el art. 145 del C. de P. Civil que continuará siendo aplicable en el contencioso administrativo; como tampoco cercena la posibilidad de que se promueva incidente por una de las partes (143 *ejusdem*) o el Ministerio Público con esa misma finalidad, sólo que en uno y otro caso teniendo en cuenta eso sí la preclusión que respecto de las nulidades saneables contempla la nueva disposición del Código. **En cuarto lugar**, *“la lectura correcta de la norma no puede llevar al extremo de excluir la posibilidad de declarar la nulidad del proceso en cualquier etapa del mismo, cuando se determine la existencia de irregularidades que comporten una grave afectación al núcleo esencial de las garantías constitucionales de las cuales son titulares los sujetos procesales”*, tal y como lo señaló la Corte Constitucional al revisar el ajuste del artículo 25 de la Ley 1285 de 2009 con la Carta Política⁵.

Así mismo, en materia de control de legalidad, debe tenerse en cuenta lo preceptuado en el numeral 5 del artículo 180 del Código, según el cual en la audiencia inicial, el juez deberá decidir, de oficio o a petición de parte, sobre los vicios presentados y adoptará las medidas de saneamiento necesarias para evitar sentencias inhibitorias. La idea es que en esa audiencia el juez saneará o advertirá y decidirá de entrada en torno a todos los hechos que a esa altura del proceso puedan constituir nulidades y conducir a un proceso y un fallo irregular y viciado, pues se persigue que el proceso sea eficaz y efectivamente concluya con una sentencia regular y respetuosa de las formas propias de cada juicio y en general del debido proceso, con el objeto de que no se desperdicie a la Administración de Justicia y se

⁵ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-713 de 15 de julio de 2008.

logre la tutela judicial efectiva. De ahí que, incluso, en todas las actas en las que se registren las audiencias y diligencias deberá dejarse constancia sobre el cumplimiento de las formalidades esenciales de cada acto procesal surtido en la audiencia (literal g. del numeral 1 del art. 183 *ibídem*).

Además, en esta misma dirección y con el fin de agilizar el proceso contencioso electoral, que tiene términos cortos para su resolución, se consagra en el artículo 284 *ibídem*, que si bien las nulidades se regirán por lo anteriormente dispuesto, la formulación extemporánea de nulidades se rechazará de plano y se tendrá como una conducta dilatoria del proceso, decisión que no tendrá recurso alguno.

Finalmente, cabe observar que la nulidad originada en la sentencia que ponga fin al proceso ordinario y contra la que no procede el recurso apelación, podrá alegarse como causal del recurso extraordinario de revisión, en los términos del No. 5 del artículo 250 del nuevo Código; y en el proceso contencioso electoral, en el artículo 294, se determina que la nulidad procesal generada en la sentencia sólo procederá por incompetencia funcional, indebida notificación del auto admisorio de la demanda al demandado o a su representante, por omisión de la etapa de alegaciones y cuando la sentencia haya sido adoptada por un número inferior de magistrados al previsto por la ley, situaciones por fuera de las cuales se rechazará de plano cualquier otra solicitud de nulidad.

2.- Los incidentes.

Los incidentes, esto es, las cuestiones accesorias pero de importancia que sobrevienen o se forman durante el curso del proceso, y que requieren de solicitud, pruebas y decisión previa a la sentencia o dentro de ésta cuando estén pendientes de resolver, en el Código de 1984, según se aprecia del artículo 167, seguían la orientación del Código de Procedimiento Civil, en cuanto a su trámite, preclusión y efectos. Empero, en el artículo 166 del anterior código, se indicaba que se tramitarían como incidente las cuestiones accesorias que se presentaran dentro del proceso y que ese código expresamente ordenara tramitar en esta forma, y las demás se decidirían de plano.

Entre las cuestiones que ese código indicaba se encontraban: las condenas en abstracto (art. 172, mod. por el art. 56 ley 446/98); el pago de costas y perjuicios de sentencias adversas en el extinto recurso extraordinario de súplica (art. 205, derogado por el Dec. 597/88); la recusación o impedimentos en proceso contencioso incluyendo el electoral (arts. 160, 242 y 243) trámite luego reformado por la Ley 446 de 1998 (arts. 50 a 54); las nulidades procesales, según remisión para su trámite al C. de P. Civil (art. 165); el trámite incidental de excepciones en el procedimiento de jurisdicción coactiva (art. 252, sub por el art. 63 De.2303/89); aunque en la práctica se aceptó que ciertas cuestiones sin remisión explícita se tramitaran como incidentes de acuerdo con el C. de P. Civil, tales como, la liquidación de honorarios de abogado, el amparo de pobreza, la objeción por error grave, la tacha de falsedad, etc.

Esta situación propició que, **contrario a lo sucedido en relación con las nulidades, en materia de incidentes el nuevo Código se desligara del procedimiento civil**, estableciendo un régimen propio, principal e independiente en cuanto a los eventos que se tramitan como tales, su oportunidad, trámite, efectos de los mismos y otras cuestiones accesorias, con fundamento en la especialidad del contencioso administrativo y con el fin de agilizarlo evitando que a través de la recurrente utilización de esta figura se demoren y entorpezcan los procesos, mediante estrategias procesales dilatorias y de mala fe desplegadas por las partes, contrarias al principio a que alude el artículo 83 de la Carta Política y en desconocimiento de los deberes para con la Administración de Justicia de que tratan los numerales 1 y 7 del artículo 95 superior.

Con la anterior orientación, el **artículo 209 –incidentes-** del nuevo Código, estableció en forma taxativa los siguientes nueve asuntos que se tramitarán como incidentes:

“1. Las nulidades del proceso.

2. La tacha de falsedad de documentos en el proceso ejecutivo sin formulación de excepciones y las demás situaciones previstas en el Código de Procedimiento Civil para ese proceso. [Regido bajo la cuerda del ejecutivo de mayor cuantía].

3. La regulación de honorarios de abogado, del apoderado o sustituto al que se le revocó el poder o la sustitución.

4. La liquidación de condenas en abstracto.

5. La adición de la sentencia en concreto cuando entre la fecha definitiva y la entrega de los bienes se hayan causado frutos o perjuicios reconocidos en la sentencia, en los términos del artículo 308 del Código de Procedimiento Civil. [Por ejemplo en procesos de tenencia y restitución, incumplimiento de contratos con bienes afectos a su desarrollo, etc.]

6. La liquidación o fijación del valor de las mejoras en caso de reconocimiento del derecho de retención. [Verbigracia en procesos como los anteriores]

7. La oposición a la restitución del bien por el tercero poseedor. [Ídem]

8. Los consagrados en el capítulo de medidas cautelares en este Código. [Responsabilidad por revocatoria de medidas cautelares improcedentes y por desacato en el cumplimiento de las mismas].

9. Los incidentes previstos en normas especiales que establezcan procesos que conozca la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.” [Por ejemplo: en procesos de restitución de bien arrendado]

La tendencia al momento de elaborar la norma fue la de evitar que una cantidad considerable de asuntos que no lo ameritaran se tramitaran como incidente para que el fallo se pueda proferir con la mayor celeridad. Así, el anterior listado se elaboró luego de revisar en el C. de P. Civil y en el mismo contencioso administrativo cuáles asuntos se tramitaban mediante incidente, resultando una cantidad de por los menos 38; y posteriormente, se analizaron cuáles de ellos eran indispensables y conexos con los procesos contenciosos. En definitiva, la norma es producto de un ejercicio de depuración que se hizo con el ánimo de racionalizar el proceso contencioso administrativo y no dejarlo expuesto a un sinnúmero de cuestiones que pudieran atentar contra la celeridad y eficacia que se persigue en su tramitación.

De otro lado, esta regulación también se concibió teniendo en cuenta que el trámite incidental debía ser armónico y congruente con el sistema de audiencias y en general con los mecanismos de oralidad que se adoptaron en el Código para adelantarlos. En este contexto, **el artículo 210 reguló la oportunidad, trámite y efecto de los incidentes y de otras cuestiones accesorias**, bajo estas características:

(i).- Oportunidad. Las partes pueden proponer incidentes verbalmente o por escrito, durante las audiencias o una vez dictada la sentencia, según el caso.

(ii).- Petición. La solicitud se debe fundamentar con base en todos los motivos existentes al tiempo de su iniciación, por cuanto luego no se admitirá incidente similar, salvo que se sustente en hechos nuevos ocurridos con posterioridad. Es decir, opera la preclusión respecto de la oportunidad para promover un incidente por hechos que no se tuvieron en cuenta al momento en que se formuló otro de manera precedente. Así mismo, deberá estar acompañada de las pruebas que se pretendan hacer valer.

(iii).- Trámite. Si el incidente se promueve en audiencia se correrá traslado durante la misma a la parte contraria a la que la solicita para que se pronuncie y en seguida se podrán decretar y practicar las pruebas necesarias.

(iv).- Efectos y decisión. Los incidentes no suspenderán el curso del proceso y serán resueltos en la audiencia siguiente a su formulación, salvo que propuestos en audiencia sea posible su decisión en la misma.

(v).- Trámite de incidentes finalizado el proceso. Cuando el incidente, por su naturaleza, se promueva después de proferida la sentencia o de la providencia con la cual se termine el proceso, el juez lo resolverá previa la práctica de las pruebas que

estime necesarias, para lo cual podrá citar a una audiencia especial, si lo considera procedente.

(vi).- Cuestiones accesorias. Por último, las cuestiones accesorias que no deban tramitarse como incidente, serán decididas de plano por el juez, salvo que el Código de Procedimiento Civil establezca un procedimiento especial o que hubiere hechos que probar.

CONCLUSIONES

La importancia de la prueba se encuentra establecida y regulada en el núcleo del debido proceso, en la medida en que Toda prueba obtenida con violación al debido proceso será nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal. Igual tratamiento recibirán las pruebas que sean consecuencia necesaria de las pruebas excluidas o las que solo puedan explicarse en razón de la existencia de aquellas.

Es decir que una prueba irregularmente aportada o practicada en un proceso jamás podrá ser controvertida ni aún valorada por el Juez contencioso administrativo.

El Derecho Probatorio es una disciplina transversal, y por lo tanto nutre todos los ordenamientos procesales, sin importar la disciplina y o el foro donde deba verificarse un hecho, porque si bien las distintas regulaciones procesales apuntan a satisfacer o a tutelar bienes jurídicos de distinto linaje, la prueba de los hechos es una disciplina que les es común a todos, en la medida en que la demostración de la ocurrencia de un evento no debe estar ligada a la consecuencia que la ley le asigna a ese hecho, sino a la forma como el juez verifica el supuesto fáctico y ello es universal a todas las ramas del derecho.

BIBLIOGRAFÍA

DIANA MARIA RAMIREZ CARVALAL, la prueba en el proceso, Colombia 2013

PARRA QUIJANO, Jairo. Manual de Derecho Probatorio. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional.

Jurisprudencia

-Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. Bogotá, D.C., M.P.: Gustavo De Greiff Restrepo, Referencia: Expediente N° 5902, Fecha: 24 de Octubre de 1990.

-Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. Bogotá, D.C., M.P.: Daniel Suárez Hernández, Referencia: Expediente N° 6897, Fecha: 30 de Julio de 1992.

-Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. Bogotá, D.C., M.P.: Carlos Betancur Jaramillo, Referencia: Expediente N° 6754, Fecha: 24 de Agosto de 1992.

-Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. Bogotá, D.C., M.P.: Carlos Betancur Jaramillo, Referencia: Expediente N° 11220, Fecha: 08 de Mayo de 1997.

-Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. Bogotá, D.C., M.P.: Alier Eduardo Hernández Enríquez, Referencia: Expediente N° 11878, Fecha: 10 de Febrero de 2000.

-Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. Bogotá, D.C., M.P.: Ricardo Hoyos Duque, Referencia: Expediente N° 13166, Fecha: 22 de Marzo de 2001.

-Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. Bogotá, D.C., M.P.: Ruth Stella Correa Palacio, Referencia: Expediente N° 15772, Fecha: 31 de Agosto de 2006.

-Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. Bogotá, D.C., M.P.: Ruth Stella Correa Palacio, Referencia: Expediente N° 28106, Fecha: 18 de Julio de 2007. Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. Bogotá, D.C.,

M.P.: Myriam Guerrero de Escobar, Referencia: Expediente N° 15726, Fecha: 30 de Julio de 2008.

-Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. Bogotá, D.C., M.P.: Ruth Stella Correa Palacio, Referencia: Expediente N° 17866, Fecha: 18 de Febrero de 2010.

-Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. Bogotá, D.C., M.P.: Ruth Stella Correa Palacio, Referencia: Expediente N° 19074, Fecha: 09 de Junio de 2010.

-Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. Bogotá, D.C., M.P.: Ruth Stella Correa Palacio, Referencia: Expediente N° 19276, Fecha: 09 de Junio de 2010.