

**REGIMEN PROBATORIO  
REVISION DE CONTRATOS**

**Versión Magnetofónica**

**Dr. Gustavo Humberto Rodríguez  
Consejero de Estado**

Los temas que se me han señalado son los del régimen probatorio y la revisión de contratos de la administración pública; pero previamente, yo quiero hacer unas referencias de tipo general en razón de que yo, representando a la Academia Superior de Jurisprudencia, tuve la oportunidad de hacer parte de la Comisión Asesora del Gobierno para la reforma del Código Contencioso Administrativo. Como ustedes saben, en materia de Contencioso Administrativo, en Colombia hasta hoy hemos tenido tres estatutos básicos, tres códigos, por cuanto han agotado la materia.

En primer lugar, la Ley 130 del año 1913 que se expidió en desarrollo del mandato contenido en la reforma Constitucional de 1910; en razón del acuerdo político o más exactamente, del movimiento Frente Nacionalista que tuvimos en el año 1910 con el nombre de Republicanismo, se expidió una reforma constitucional, el Acto Legislativo No. 1 de ese año ordenó al Legislador crear la reglamentación Contencioso Administrativa por vez primera, con el criterio de contribuir al afianzamiento del Estado de Derecho en Colombia.

A nadie se le escapa que la Jurisdicción Contenciosa cumple un papel fundamental en cualquier Estado de Derecho. En desarrollo de ese acto constitucional se expidió la Ley 130 del año 1913; allí se sentaron bases esenciales, no solamente de la organización estructural de la jurisdicción, sino de los procedimientos Contencioso Administrativos. El Derecho administrativo es muy nuevo a nivel universal, los progresos hechos en la doctrina y en la jurisprudencia francesa hicieron que en el año 1941 se produjera un nuevo estatuto que pretendió recoger las novedades introducidas por esa doctrina y esa jurisprudencia. Así se expidió la Ley 167 del año 1941 que fue proyectada en el Consejo de Estado principalmente por el Dr. Ramón Miranda, Consejero de ese entonces, Consejo de Estado que estaba presidido por el Dr. Tulio Enrique Tascón.

La misma razón que impulsó el nuevo estatuto del año 1941 fue la que movió a las modificaciones contenidas en ese nuevo estatuto del Decreto Extraordinario No. 1 de este año. O sea, la necesidad de introducir avances o mejorar y acoger los avances de la doctrina nacional y foránea en materia administrativa y contenciosa administrativa, la necesidad de recoger criterios expuestos en distintas jurisprudencias del Consejo de Estado y la necesidad de agilizar los trámites.

Varias comisiones fueron creadas por el gobierno sin mediación del Legislador desde, yo diría, hace 8 años por lo menos, con el cometido de proyectar las reformas del Código Contencioso Administrativo. Ninguna de esas comisiones produjo documento final alguno. Solamente la que se creó en el año 1980, de la cual también tuve el privilegio de hacer parte, produjo un proyecto de reforma del Código, pero ese proyecto estuvo dirigido básicamente a ambientar ante el Congreso de la República la expedición de una Ley de Facultades para el Ejecutivo.

El proyecto de Ley presentado por el Gobierno en el año 1980, Ley de Facultades, realmente era muy limitado en sus propósitos; básicamente no perseguía sino obtener una agilización en los trámites de los procesos y recoger de pronto algunos criterios expuestos por la Jurisprudencia colombiana.

La ponencia le correspondió en el Senado de la República al Dr. Jaime Vidal Perdomo, quien, como lo hizo cuando proyectó e introdujo modificaciones al proyecto de Ley de Facultades sobre contratación administrativa, de igual manera en ese caso produjo una ponencia, que fue acogida, en la cual proponía que se ampliaran las facultades al Ejecutivo para las Reformas al Código Contencioso Administrativo y además añadió que se hicieran modificaciones al Decreto 2733 de 1959 sobre el proceso administrativo, o más concretamente, sobre la vía gubernativa, porque ese decreto solamente se refería a la vía gubernativa y un poco sobre el derecho de petición. Así hubo un marco mucho más amplio para la expedición de ese Decreto Extraordinario.

La Ley 58 del año 1981 previó, en su último artículo, que el Gobierno estaría asesorado por una comisión para la redacción del Código. No era una comisión redactora sino una comisión asesora. Estaría integrada por: dos representantes del Consejo de Estado, dos representantes de la Academia de Jurisprudencia y cuatro parlamentarios, dos Representantes y dos Senadores. A esa comisión asistimos: Los dos representantes del Consejo de Estado, los dos Representantes a la Academia de Jurisprudencia, quienes también fueron Consejeros de Estado, dos Senadores, uno de los cuales fue el Dr. Hugo Escobar Sierra, aun cuando la asistencia de ellos fue muy escasa; y un Representante a la Cámara, el Dr. Benjamín Ardila Duarte; el otro Representante a la Cámara nunca lo conocimos en la Comisión. La comisión estuvo presidida por el Ministro de Justicia de entonces, el Dr. Gaitán Maecha, quien delegó en el gerente del Banco de La República por su condición de Administrativista, el Dr. Hugo Palacios. A él se le debe la ponencia de la primera parte de este Código, que está tomada muy cerca de la Ley de Procedimientos administrativos venezolana, que a su turno está tomada de la de Costa Rica y de la de Méjico; desde luego con modificaciones, según las circunstancias colombianas.

El trabajo se repartió asignándole a cada miembro de la comisión temas específicos. A mí me correspondió la parte del régimen probatorio, la de revisión de contratos y también de títulos ejecutivos; nosotros, en razón de que no éramos de la comisión redactora sino asesora, pero además porque el señor Presidente de la República desde el comienzo de las sesiones nos hizo saber, en un oficio que nos dirigió, que el Gobierno esperaba única y exclusivamente de la comisión, oír criterios, no redacciones de artículos, nos abstuvimos en la mayoría de los casos, de hacer esas redacciones, salvo en algunos casos especiales en donde creíamos necesario exponer el texto exacto del artículo.

La comisión no laboró los 12 meses previstos en la Ley, porque el Gobierno se demoró cuatro meses en convocarla, o sea que perdimos cuatro meses de trabajo. De otra parte, quiero ser muy claro, para referirles que muchos de los criterios que nosotros expusimos fueron acogidos en este Decreto, y otros no lo fueron. Desde luego las facultades eran para el gobierno y no para la comisión y el Gobierno está en todo su derecho de acogerlos o no. Muchos de los artículos que aparecen en este Decreto, jamás fueron considerados por la comisión, de haberlos conocido muy probablemente hubiéramos hecho algunos comentarios, glosas sobre el particular, porque es evidente que hay muchos artículos que están muy mal redacta-

dos desde el punto de vista gramatical y también desde el jurídico; como hay artículos que sobran, artículos que hacen falta, artículos incompletos y muchos vacíos también; tiene, desde luego, artículos muy positivos que ya se los habrán comentado.

De otra parte, el Decreto acogió criterios expuestos individualmente por los miembros de la comisión, que además no fueron controvertidos en ella. Yo diría, por ejemplo, el caso de todos los artículos sobre el proceso ordinario y especial, fueron producto de un comisionado pero jamás se controvirtieron en la comisión.

Hechos estos comentarios que considero importantes para que vean como fue el desarrollo del trabajo, entro en la materia que me han señalado.

### **Régimen Probatorio:**

Una de las novedades importantes de este código, es indudablemente, el haber introducido un régimen probatorio. Ni en la Ley 130 del año 1913, ni en la Ley 167 de 1941, existen capítulos o normas dedicadas al Régimen Probatorio; era la gran omisión. Simplemente se hacía la remisión al Código de Procedimiento Civil. Eso es explicable por el carácter de novísimo que tiene el Derecho Administrativo y el Contencioso Administrativo; se ha dicho o alguien dijo alguna vez, una frase importante que sintetiza este aspecto, manifestando que, cuando apareció el Derecho Administrativo, cuando se introdujo dentro del mundo jurídico, encontró que todo su territorio estaba ocupado por el Derecho Privado, para significar cómo entonces el Derecho Administrativo tuvo que empezar a utilizar las instituciones del Derecho Privado.

Desde luego, de esa utilización, aún el Derecho Administrativo no se ha desprendido totalmente y yo diría que este Código, es mi criterio muy personal, vuelve otra vez a utilizar de manera notoria las instituciones del Derecho Privado; lo digo como una glosa al Código. Yo señalaría las características fundamentales del Código, así:

La primera: Hay una notoria protección a la administración pública, especialmente en la parte correspondiente a los procesos jurisdiccionales. El hecho de que se haya creado la institución de la notificación al Jefe del Organismo de la entidad pública dentro del proceso contencioso, ya nos está indicando una tendencia a darle protección a la administración; además, se necesitaba.

La circunstancia de que se haya roto, porque se rompió ese principio de igualdad de los contendientes a favor de la administración pública, se observa, por ejemplo, en el caso de la contestación de la demanda. La contestación de la demanda resulta ser obligatoria para el particular demandado, quien lo es excepcionalmente. En cambio la administración pública puede, si quiere, contestar la demanda, queda a su arbitrio. Una crítica que se ha hecho es precisamente que las instituciones procesales no pueden ser manejadas discrecionalmente por las partes; o debe contestar la demanda, o existe la institución o no existe la institución,, pero dejarla al manejo caprichoso, discrecional de una de las partes, no

es una posición jurídica. Además, repito, rompe el principio de igualdad de los contendientes.

Igual ocurre en materia de oportunidad probatoria. Al demandante, al actor, solamente se le señala una oportunidad para pedir pruebas en la demanda; al demandado, que suele ser la administración, se le señalan dos oportunidades, en la contestación de la demanda, o en el período de fijación en lista. Aquí hay una desigualdad que rompe ese principio de igualdad de los contendientes. O tendríamos también la institución de la perención, que es traída del proceso civil, la cual se aplica a la parte que sea particular, pero no se le aplica a la administración pública; o la condenación en costas, institución traída también del derecho privado, y que no se aplica a la administración pública sino solamente a la parte particular.

Como ustedes ven, aquí hay una desigualdad de contendientes que se explica, tal vez, porque el mismo derecho administrativo ha sostenido que la administración pública tiene ciertos privilegios exorbitantes del derecho común que le dan su fisonomía, su característica, en razón de que la administración pública actúa con bases de criterios de soberanía, es parte vital del Estado. En esas condiciones entonces, se da la justificación de esa desigualdad a favor de la administración pública. Lo que quería subrayar o anotar es que es notorio la defensa, la protección, que a los intereses de la administración pública se da en este código.

La segunda característica es la de que hay un énfasis bastante acentuado del derecho privado dentro de un estatuto que es de derecho público, cosa que yo personalmente he combatido, he criticado, que no considero adecuado. Si miramos la Ley de Facultades, se discriminan, de conformidad con el artículo 76, ordinal 12 de la Constitución, las facultades pro-témpore, que tienen un límite en el tiempo y en la materia. Allí en el artículo 11 se discriminan las materias, se puntualiza sobre cuáles podía el ejecutivo expedir la reforma. En el numeral 6o. de ese artículo 11 de la Ley 58 dice que una de las facultades es para revisar el proceso ordinario con el objeto, dice textualmente: "de que se adopten las nuevas tendencias procesales". Yo me pregunto entonces, si en este estatuto se han adoptado las nuevas tendencias procesales. ¿Cuáles nuevas tendencias procesales? Yo he entendido siempre que la ley quiso referirse a las nuevas tendencias procesales administrativas, no a las nuevas tendencias procesales civiles. ¿Cuáles fueron las tendencias procesales introducidas a este estatuto? Las más notorias: contestación de demanda por ejemplo. ¿La contestación de demanda, primero, es nueva? ¿Los romanos acaso no hablaban ya de la Litis Contestatio? de nueva no tiene nada. Pero además, ¿es tendencia procesal administrativa? No. Es típica y propia del proceso civil. Entonces, ni es nueva, ni es tendencia procesal administrativa. La introducción de esa institución no estaría acorde con el mandato de la Ley de Facultades.

La perención es otra institución introducida al proceso Contencioso Administrativo, pero la perención también es de origen romano; En el Derecho Justiniano se encuentra ya la perención; en la Ley de Partidas Española se habla de la Perención también. Luego no es nueva y tampoco es tendencia procesal administrati-

va sino, eminentemente civil. Civil, porque la naturaleza jurídica de esta institución es muy propia del Derecho Privado. No se justifica una perención que es una valla a la finalidad básica que tiene el contencioso administrativo: discutir la legalidad de la actividad de la administración pública.

Sobre ese control de legalidad es obvio que debe haber y hay un interés, tanto de la administración como de toda la comunidad; y lógico, si se le ponen vallas, es una valla dejar archivado un proceso porque no hubo la actividad de una de las partes, pues no se cumple la finalidad esencial y política que tiene el contencioso administrativo, cual es la de juzgar la legalidad de la actividad de la administración pública. Pero además, si se examina la totalidad de la Ley 167 de 1941 (el anterior código) o la totalidad del articulado de este estatuto, no encontrarán ustedes una sola norma que le atribuya el impulso procesal a las partes. Todo el impulso procesal le corresponde al Magistrado y en consecuencia, si la perención es una sanción a quien no ejerce el impulso procesal estando obligado a ello, resulta inocua la norma, porque no puede tener y no va a tener aplicación. La única obligación que aparece sería la de pagar \$ 20.00 por una notificación, pero además no es una actividad procesal, de suerte que no hay en ningún artículo una norma según la cual se siente la obligación de alguna de las partes de impulsar el proceso. Repito, si todo el impulso le corresponde al Magistrado, no tiene razón de ser, no tiene oportunidad de operancia la institución de la perención dentro del proceso contencioso administrativo. Entonces ni es nueva, ni es institucional, ni es una nueva tendencia procesal administrativa.

De igual manera tendríamos la condenación en costas que tampoco es nueva, ni es tendencia procesal administrativa. También los romanos ya hablaban de la condenación en costas y el Derecho español antiguo se ocupaba de esa institución, que es eminentemente del derecho privado por su naturaleza jurídica. Los mismos argumentos que expuse en relación con la perención podrían aplicarse, parcialmente por lo menos, en cuanto a la condenación en costas, ni hay equidad mientras se condene en costas al particular, pero jamás a la entidad pública según este código.

Encontramos entonces, que es inequitativo el reparto, pero además se tendrían argumentos de tipo jurídico y de tipo político. El que mencioné sobre la perención, de carácter político habría que repetirlo con la condenación en costas. Es que el Litigante, de ahora en adelante, frente a este Código, a este estatuto, lo va a pensar más de una vez, antes de entablar la acción, porque está frente a la posibilidad de una condenación en costas. Eso ya es una valla para el cumplimiento de la finalidad básica del Contencioso Administrativo, que es una finalidad política, la de controlar la legalidad de la actividad de la administración, llámese acto o llámese operación administrativa, o vía de hecho.

Si se le ponen vallas como esa de la condenación en costas, ya hay un límite en el ejercicio de control. A eso agréguele ustedes la fluctuación de la Jurispruden-

cia del Consejo de Estado, la movilidad que tiene esa jurisprudencia. ¿Por qué movilidad? Porque el Derecho Administrativo es dinámico, como está en permanente creación, por una parte, como por otra la estructura de la administración pública se aumenta diariamente, en mayor complejidad en la funcionalidad de la administración, es apenas natural que haya una movilidad también de la Jurisprudencia del Consejo de Estado. Un litigante hoy entabla una acción confiada en el criterio expuesto en una Jurisprudencia, dentro de dos años cuando salga la sentencia, estará siendo víctima, muy probablemente, de otro criterio expuesto en otra jurisprudencia diferente y será condenado en costas.

Todos estos razonamientos hacían inadecuado, inoportuno, que se introdujera esta institución. Además no concuerda con la ley de facultades porque, repito, la ley de Facultades hablaba de que se autorizaba la revisión del proceso ordinario solamente para que se introdujeran las nuevas tendencias procesales y la condena en costas ni es nueva, ni es tendencia procesal administrativa.

Algo similar podría mencionarse respecto a los procesos especiales; en el mismo numeral 6o. de la Ley de Facultades, en cuanto a los procedimientos especiales, dice: "para suprimir o unificar". Hay varios procesos especiales nuevos. ¿Había facultado para ello? Porque las facultades eran para suprimir o para unificar. Se creó el proceso de conflicto de competencia, el proceso especial de conflicto de jurisdicción, el proceso especial contractual y el de reparación directa y cumplimiento; algunos ya tenían vigencia como el electoral, el de jurisdicción coactiva que también se repite. Una pregunta que resolverá la Corte, obviamente, es la de si había facultades para crear nuevos procesos especiales; por mi parte, les dejo esa inquietud.

La orden, el mandato, la facultad mejor, era para suprimir o para unificar, y yo me pregunto: ¿qué unificación ha habido? Miremos el proceso electoral por ejemplo: ¿qué pasó con el proceso electoral? Se hicieron modificaciones del proceso ordinario, se crearon nuevos procesos que más o menos están de acuerdo con el ordinario en algunos aspectos. Con lo electoral ocurrió que de la Ley 28 de 1979 y especialmente de la Ley 85 de 1981, que son las Leyes electorales, se trasladaron las normas en cuanto al proceso contencioso electoral sin quitarle una coma a este Código. El hecho de que los hayan trasladado sin quitarle una coma, parece que obedece al temor reverencial que existe frente al Congreso; los Legisladores son muy celosos en los procesos electorales, ellos nunca conceden facultades para manejar este tipo de procesos, ellos expiden directamente la Ley Electoral, y la Ley electoral trasladada intacta a este estatuto, produce una serie de desarmonías. Por ejemplo, se eliminó el auto para mejor proveer en los procesos contenciosos, pero como la ley electoral lo contiene, pues se trasladó el auto para mejor proveer también aquí a este proceso, al proceso electoral contemplado acá. Los términos coinciden. Mientras la fijación de lista por ejemplo, es de diez días, la novedad introducida por este Código en materia electoral, sigue siendo de cinco días, porque así lo decía la Ley 85 de 1981. Eso como ejemplo para señalarles que no hay unificación, que era la facultad otorgada en la ley de Facultades. Porque, repito, aquí en el sexto numeral del artículo 11 de la Ley de Facultades

se dice: “Revisar el procedimiento ordinario para adecuarlo a las nuevas tendencias procesales y los procedimientos especiales para suprimir o unificar”.

En cambio, en materia de pruebas, sí había facultades expresas en el numeral quinto: “Establecer el sistema de excepciones e incidentes y de pruebas” Como les dije, la novedad de este Código es que establece todo un régimen probatorio que no lo tenían los anteriores estatutos y los anteriores códigos; lo establece, no solamente para la etapa del proceso contencioso administrativo, sino también para la etapa del proceso administrativo. Este código tiene dos grandes partes: la parte que puede denominarse del Proceso Administrativo, primera parte, y la segunda parte que se refiere al control jurisdiccional, o sea a los procesos ordinarios y especiales contenciosos.

## **El Proceso Administrativo**

La primera parte, a su turno, la del proceso administrativo, está clasificada dentro de este estatuto en dos grandes partes que son lo que ha denominado el Código, “Actuación Administrativa”, que es todo ese diligenciamiento que hace el funcionario público, de oficio o por petición de parte, hasta llegar al acto administrativo definitivo, resolución, decreto o acuerdo, con el cual culmina la etapa de la actuación; y una segunda parte, la de “la Vía Gubernativa” y que corresponde ya a la discusión o debate del acto administrativo expedido, con el cual terminó la actuación, con el ejercicio de los recursos gubernativos, que en este estatuto fueron aumentados. Tradicionalmente existían los de reposición y apelación y ahora se agrega el de queja. El debate sobre estos recursos constituye lo que hemos llamado Vía Gubernativa. Entonces, hay régimen de pruebas tanto para la actuación administrativa como para el período de vía gubernativa, y obviamente, hay un régimen de prueba para la vía contencioso-administrativa, para los procesos, tanto el ordinario como de los especiales, incluidos claro está, en las normas probatorias que quedan insertas dentro de los recursos, tanto ordinarios como extraordinarios.

Aquí se crearon dos recursos extraordinarios que no existían. Se creó el recurso extraordinario de revisión y el recurso extraordinario de anulación y se eliminó el único recurso extraordinario que existía, el recurso de súplica extraordinaria. Teníamos dos recursos de súplica: el ordinario, que se entablaba para que las salas de decisión, o sea los tres restantes miembros de la sección respectiva, resolvieran el recurso; y el recurso extraordinario de súplica que se ejercía únicamente con el objetivo de controlar la jurisprudencia.

Como ustedes saben, el Consejo de Estado está dividido en dos grandes salas: La de Consulta, y la Contencioso - Administrativa y esta Contencioso Administrativa, conformada por dieciséis consejeros, a su turno, está dividida en cuatro secciones especializadas por materia. Podría darse el caso de que una sección produjera una sentencia que diga lo contrario de lo que afirma una sentencia expedida por otra sección sobre el mismo punto de derecho. En cierta forma explicables, esas contradicciones se presentan porque sobre el mismo punto de derecho pue-

de haber varios criterios, según el punto de vista de donde se mire. No es lo mismo mirar la sección segunda desde el punto de vista laboral, o mirar el mismo punto de derecho, desde el punto de vista económico, como podría hacerlo la sección cuarta; podría haber diferencia de criterios. Con el objeto de unificar la jurisprudencia, porque además la jurisprudencia solamente la produce la Sala Plena (o sea los dieciséis), las sentencias de Sala Plena, no las de sección, se creó el recurso extraordinario de súplica para que las sentencias de sección pudieran ser suplicadas o controvertidas ante la Sala Plena de lo Contencioso, pero únicamente en cuanto fueran contrarias a los criterios sentados en sentencia de Sala Plena. Era pues un control jurisprudencial con el objeto de unificar la jurisprudencia.

Había sido creado por la Ley 11 de 1975 ese recurso extraordinario. Ese recurso fue eliminado en este estatuto. Yo lo lamento personalmente porque sigo pensando que sí es necesario el control de la jurisprudencia. O sea que seguiremos produciendo en cada sección sentencias que pueden ser contradictorias con las de otra sección.

Si la Sala Plena no ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre cierto punto no había jurisprudencia porque solamente la puede dar la Sala Plena. Por esa razón yo considero útil ese recurso extraordinario de súplica.

Parece que los abusos, que sí los hubo de algunos litigantes, en el sentido de que siempre contra las sentencias que les resultaban desfavorables, interponían el recurso de súplica extraordinaria, que dicho sea de paso, congestionó en un momento dado el Consejo de Estado, hicieron o fueron el móvil que indujo a la eliminación de ese recurso.

En cambio se crearon dos recursos extraordinarios: El de revisión y el de anulación. Existía un recurso que no era recurso sino una acción de revisión, pero únicamente para aquellas sentencias que se ocupaban del reconocimiento de sumas periódicas que debiera el Estado; pensiones de jubilación, por ejemplo. Ahora se amplió convirtiéndolo en recurso para que puedan examinarse por razones de hechos nuevos, generalmente como ocurre con los recursos extraordinarios de revisión en el campo civil y en el campo penal. Además, se instituyó el recurso extraordinario de anulación; éste es absolutamente nuevo y tiene como única causal la de que pueda ser la sentencia violatoria, puede haber violación directa dice el artículo, de la constitución o de la Ley.

Todas las sentencias, sean de tribunal o sean de sección, son susceptibles del recurso extraordinario de anulación; no hay ningún límite, ni de materia ni de cuantía. Eso va a implicar también un gran trabajo nuevamente para la Sala Plena y para las secciones del Consejo de Estado.

Este nuevo estatuto pretendió con una sana filosofía, producir una descentralización de la justicia contencioso-administrativa, eliminándole competencias al Consejo de Estado y trasladándolas a los Tribunales.

Se le dio competencia a los Tribunales sobre muchos procesos de única instancia y además se aumentaron las cuantías para la primera, lo cual significa o implica, que tendrán un aumento de trabajo los tribunales todos y obviamente los abogados de los distintos departamentos. Con ese criterio se hizo esa descentralización, esa redistribución de competencias; paralelamente el Consejo de Estado se descongestiona.

Estaba muy descongestionado, o está. Su función natural, propia, esencial, que es la de producir jurisprudencia, no se venía cumpliendo a plenitud por los volúmenes enormes, especialmente en ciertas secciones, que hacían imposible el detentamiento cuidadoso, el suficiente, el requerido, el que se quisiera tener, en el despacho de los asuntos.

Entonces se logran dos propósitos: descentralizar, por un lado, y por el otro, descongestionar el Consejo de Estado. Pero frente al recurso de anulación que ahora se crea, nuevamente, sospecho, que el Consejo de Estado va a estar congestionado de trabajo porque yo creo que no habrá en el país ningún litigante que pierda un proceso, que no entable un recurso extraordinario de anulación.

Antes decía que el régimen probatorio se refiere al proceso administrativo en sus dos períodos: El período de la actuación y el período de la vía gubernativa. Para el período de la actuación solamente hay una norma probatoria: La del artículo 34. En el artículo 34 se habla de los medios de prueba; en la actuación administrativa se utilizarán medios de prueba. No nos dice cuáles, simplemente nos habla de los medios de prueba; ¿cuáles? ¿los civiles? ¿los penales? ¿los laborales? Generalmente son los mismos con alguna diferencia pero ha debido precisarse esa noción y decirnos por ejemplo, si son los civiles, si todos o algunos simplemente.

He oído ya la crítica de que poner funcionarios públicos, sobre todo de aquellos de bajas categorías jerárquicas, todos los medios de prueba civiles va a causar dificultad por falta de idoneidad y hará dispendiosa la actuación administrativa.

Dice el artículo 34 que en la actuación administrativa las pruebas no tendrán requisitos ni términos; aquí volvemos a tener una inquietud; si primero se autoriza los medios de prueba y esos medios de prueba son los civiles y resulta que los medios de pruebas civiles tienen formalidades, requisitos y tienen términos, entonces ¿en qué quedamos? Si son los civiles tendrán que tener formalidades y tendrán que tener términos. Pero el artículo 34 nos está diciendo que se utilizarán todos los medios de prueba pero al mismo tiempo nos está diciendo que no tendrán requisitos ni términos.

Sin embargo, en este estatuto se señala un término para la decisión; presentada una petición a un funcionario público, dice el artículo sexto, tendrá un término máximo de 15 días para resolverlo; entonces dentro de ese término de decisión de 15 días habrá que ubicar el término de las pruebas; el período probatorio tendrá que ser dentro de esos quince días, obviamente.

Este artículo 34 admite las dos modalidades de intervenir dentro de la fase pro-

batoria. Permite petición de pruebas por el interesado y también permite, esto es novedad importante, la oficiosidad probatoria; la oficiosidad probatoria es una introducción, yo diría, bastante saludable.

Hay vacíos en cuanto a la evaluación de prueba. El artículo 34 es demasiado breve, nada nos dice en relación a la evaluación de las pruebas; ¿cómo se van a evaluar las pruebas? Como ustedes saben, hay varios sistemas de evaluación de pruebas, de apreciación de pruebas; ¿será el sistema tarifario? ¿será el de la sana crítica? ¿será el sistema legal moral?

Sin embargo, como en el artículo siguiente, en el 35, se dice que las resoluciones o decisiones que tome la administración deben ser motivadas, yo considero que una motivación exige forzosamente la aplicación del sistema de la sana crítica. El nombrecito se lo debemos a los españoles, es un sistema racional, no es sino una práctica lógica, más experiencia, nada más; las reglas de la lógica más las de la experiencia humana, constituyen la sana crítica. Por norma autorizada en el artículo 267 del estatuto, habría que llenar el vacío aplicando el sistema procesal civil o sea el sistema evaluador de la sana crítica, para que los funcionarios públicos evalúen las pruebas dentro de su actuación.

Todo esto en relación con la primera parte o sea con la actuación administrativa.

### **La Vía Gubernativa**

Veamos la segunda parte: la Vía Gubernativa. Dentro de la vía gubernativa hay varias normas que dicen referirse con las pruebas. En relación con la oportunidad probatoria, o sea el momento en que pueden pedirse las pruebas, nos dice el artículo 52 que las pruebas en la vía gubernativa se piden al interponer el recurso correspondiente, el de reposición o el de apelación. No encuentro yo posibilidad de que pueda haber con el de queja, al interponer el recurso. Primer punto entonces de la vía gubernativa en cuanto a oportunidad probatoria.

Segundo punto de la vía gubernativa en cuanto a la admisibilidad de los medios de prueba. ¿Cuáles medios de prueba son los utilizables, o los admisibles, los idóneos, al interponer los recursos gubernativos? En el artículo 57 de este estatuto se dice que serán los mismos medios probatorios contemplados en el Código de Procedimiento Civil. En el artículo 175 del Código de Procedimiento Civil se hace una enumeración de los medios de prueba, los que siempre hemos conocido, de la inspección judicial, del testimonio, de la declaración de parte, de los indicios, de los documentos; y en el inciso siguiente, después de hacer una enumeración, se dice que además todos aquellos medios de prueba que considere útiles al juez.

Yo siempre he dicho, y es mi criterio personal, que aparte o fuera de los enumerados, no existe ningún otro recurso probatorio, ninguno. Sobre ese segundo inciso, a mi juicio, es que no hay posibilidades; ¿por qué? porque los medios de prueba son el producto de las distintas formas en que se puede adquirir el conocimiento de los hechos; para eso son las pruebas, para conocer los hechos, su destinatario es el juez, a él están dirigidas para que las conozca y la teoría del conoci-

miento nos explica que hay ciertas formas para adquirir el conocimiento de los hechos. La percepción, la deducción, inducción, la representación. Producto de esas tres fuentes del conocimiento son los distintos medios de prueba que vienen relacionados acá: la inspección judicial, por percepción; otros son por deducción-inducción, como ocurre con los indicios, otros son por representación como puede ser el testimonio que también es percepción en cierta forma.

El artículo 57 nos hace una remisión al Código de Procedimiento Civil, diciendo: "En la vía gubernativa se tendrán los medios de prueba del Código de Procedimiento Civil"; o sea que nos está remitiendo al 157 del Código de Procedimiento Civil; pero nada nos dice en relación con el procedimiento de los medios, porque una cosa son los medios y otra cosa son los procedimientos de los medios; ni nos dice nada sobre el sistema evaluador de esos medios. Vuelve a surgir la pregunta que hacíamos antes en relación con las pruebas en la actuación administrativa: ¿Cuáles procedimientos se van a utilizar? ¿qué sistema evaluador se va a utilizar?

Habrá que llenar los vacíos con la remisión de normas que autoriza el 267 del estatuto; habrá que remitirnos a los procedimientos y al sistema evaluador de la sana crítica, contemplado en el Código de Procedimiento Civil.

### **Término de Prueba y Oficiosidad**

Se señaló un término de 10 a 30 días y hasta 30 días únicamente, lo dice el artículo 58. Otro punto de la vía gubernativa, la oficiosidad probatoria. Así como se introdujo la oficiosidad probatoria, la prueba ordenada por iniciativa del juez en el período de la actuación administrativa, también se contempla en el período de la vía gubernativa. El juez puede ordenar oficiosamente pruebas, ésta es una importante novedad introducida a este código: La oficiosidad.

El 56 consagra entonces la oficiosidad pero tiene también otro vacío: No nos dice en qué momento, porque también la oficiosidad debe tener una oportunidad. Así como hay oportunidad probatoria para cuando hay petición de parte, de pruebas, hay que decir también cuándo el juez puede ordenar oficiosamente pruebas. Aquí calla sobre ese particular.

Supongo que la oficiosidad probatoria va a tener vigencia en el mismo momento en que decide sobre las pruebas pedidas para sustentar el recurso; supongo que ese va a ser el momento utilizable por el funcionario para ordenar oficiosamente las pruebas.

Hay otro punto final relacionado con la vía gubernativa, es lo referente a los gastos que ocasione la práctica de las pruebas en el período primero, o sea todo el proceso administrativo. Aquí se dice que los gastos de la práctica de las pruebas le corresponden a quien las pida y que las partes asumen conjuntamente los gastos de las pruebas decretadas oficiosamente.

Yo me he hecho esta pregunta: Un ciudadano cualquiera (que es un derecho político, un derecho público, es un derecho que regula las relaciones del ciudada-

no con el Estado) hace una petición al Estado, a la administración pública, porque considera que se le deben reconocer ciertos derechos; por reclamar sus derechos, (aquí lo grava el código) ¿por qué tendría que pagar las prácticas de las pruebas?

Simultáneamente este mismo estatuto, en el artículo tercero indica o señala, o hace una relación de varios principios rectores, no solamente del primer período de la vía gubernativa sino del segundo, del control jurisdiccional, principios reguladores de toda la actividad administrativa y contencioso administrativa. Dentro de esos principios del artículo tercero está al principio de la economía; entonces yo me pregunto: Esta imposición que se le hace al ciudadano para que asuma los gastos de la práctica de las pruebas, ¿está, sí o no, de acuerdo o conforme con el principio de economía que el artículo tercero ha establecido? Yo creo que sí, porque, si se lee con cuidado, en el artículo 3o. se encuentra que el principio de economía está definido, no como eliminación total de los costos que le pueden implicar al ciudadano las diligencias administrativas y contenciosas, sino que dice allí que el principio de economía es que se buscará el menor costo, "la menor cantidad de gastos", dice textualmente el artículo. A eso se refiere entonces este principio y hasta aquí tendríamos las normas probatorias alusivas al proceso administrativo.

### **El Proceso Contencioso Administrativo**

Ahora veremos las normas alusivas al proceso contencioso administrativo. Debe advertirse que para sistematizar el tema, esta materia podríamos estudiarla en varias partes.

Vamos primero con las normas generales referentes a la demanda y a la contestación de la demanda. Varias novedades en materia probatoria se introdujeron en relación con la demanda. En primer lugar, se dice en el artículo 137 que la demanda es la oportunidad probatoria del actor, dicho sea de paso, la única oportunidad probatoria del actor. ¿De dónde se tomó esto? Del procedimiento civil. Es otra de las nuevas tendencias procesales introducidas a este estatuto, que de nuevo, tampoco tiene nada. Se trajo del procesal civil la tesis que debe ser en la demanda cuando el actor formule su petición de pruebas y solamente en ella, nada más. Se argumentó: es que la organización pública, que suele ser la demandada, debe conocer las pruebas al contestar la demanda; es el mismo argumento que se esboza también en el procesal civil, debe conocer el demandado sobre qué ámbito probatorio se va a mover el proceso.

En el artículo 137 que habla de la oportunidad probatoria, nada se dijo sobre las que se deban agregar. Pero otro artículo, el 139, se ocupa de la prueba documental, como sucede en el civil, que puede agregarse con la demanda; al hablar de los anexos que puede llevar la demanda se dice que con la demanda puede agregarse la prueba anticipada que haya recogido, que considere útil para el debate, el actor.

Se dice de otra parte, norma ya existente en la Ley 167, que en relación con los procesos tributarios, los procesos en los cuales se debaten cuestiones referentes a impuestos, a tasas, a contribuciones o a multas, se sienta, se repite el principio

universalmente conocido con la frase latina **"Solve et repete"** "pague primero y repita después".

Razones de orden fiscal, de orden financiero, siempre han sido la justificación para mantener ese principio. Si vamos a discutir un impuesto, pues primero hay que pagarlo y acompañar a la demanda el recibo de consignación en calidad de depósito, porque si gana la demanda me lo pueden devolver parcial o totalmente. Se repite entonces este principio, que ya tiene muchos enemigos, en la doctrina. Entre los tratadistas españoles administrativos que yo he leído, González Pérez, por ejemplo, combate ácremente esta institución del **"Solve et repete"**. Sin embargo, repito, hay intereses de tipo fiscal que se han impuesto, para hacer exigencia del pago previo para poder demandar, y que lo han convertido además en un presupuesto procesal; así se lo toma en la jurisprudencia. Si no ha habido pago previo, se ha estimado que no ha habido agotamiento debido de la vía gubernativa, en consecuencia, falla un presupuesto procesal. Claro que hay que hacer la aclaración que para algunos impuestos hay exención de esta exigencia, como sucede con el impuesto a la renta, por ejemplo, en donde la ley expresamente ha exonerado el cumplimiento de esta obligación del pago previo. Para los demás se utiliza la caución, que puede ser viable en cualquiera de las formas: prendaria, personal, hipotecaria, etc.

Una norma importante, novedosa en cierta forma, por lo menos nueva en comparación con el estatuto anterior en relación con la demanda, es aquella que dice: Cuando quiera que en la demanda se indiquen como normas legales violadas, normas que sean de carácter seccional, departamental o municipal, es decir, normas que no tengan alcance nacional, debe probarse la existencia de esas normas. Decía, no es tan novedoso, porque esto ya lo dice el Código de Procedimiento Civil en el artículo 188; se sienta el principio de que las normas de alcance no nacional deben probarse dentro del proceso.

Lo que se hizo aquí fue un traslado del procesal civil, se trasladó y se involucró dentro de este proceso contencioso-administrativo; se pensó era conveniente que en la misma demanda se probara la existencia de la norma de alcance no nacional, si esa es la que se invoca como violada. El Código Civil en su artículo 9o. nos dice que la ignorancia de las leyes no sirve de excusa, nos sienta el principio de que hay que conocer la Ley, pero la Ley nacional; el Juez, está obligado a conocer la Ley, pero la Ley nacional, no está obligado a conocer la Ley departamental, ni la municipal; por esa razón hay que probarle la existencia de esa ley departamental, o municipal, de esas normas legales, que no tengan alcance nacional. Por esa razón se ha introducido esta novedad en la demanda.

En cuanto a la contestación de la demanda: Se introdujo el instituto de contestación de demanda, ya dije, que no es obligatorio contestarla para la entidad pública, sí lo es para el particular. Y además esa obligatoriedad, al no cumplirla,

la que está obligada, le significa, le produce un efecto procesal probatorio, se le considera como un indicio en contra del demandado particular que no conteste la demanda, como ocurre también en el procesal civil.

La oportunidad para el demandado pedir pruebas, se entiende que está en la contestación de la demanda, de acuerdo con el artículo 144. Y ya les dije, el demandante no tiene sino una en la demanda. El demandado tiene dos: en la contestación de la demanda o en el término de la fijación en lista; claro que la contestación de la demanda se hace dentro del término o período de fijación en lista.

Entonces se podría decir que en el fondo es una sola; yo creo que no; siguen siendo dos, o sea queda a discreción del demandado ejercitar una o ejercitarlas ambas, porque yo por ejemplo, soy litigante, soy demandado, estoy apoderando a un demandado, pues yo dentro de los diez días de fijación en lista, en el primer día puedo contestar la demanda y pido pruebas, pero me quedan los 9 días restantes para seguir pidiendo pruebas, porque está autorizada la petición de pruebas durante la fijación en lista; entonces, tengo de todas formas, dos oportunidades. Otra cosa es que quiera utilizar una sola, que me limite a pedir pruebas apenas en la contestación de la demanda; eso es algo diferente, pero de todas maneras están abiertas dos puertas, dos oportunidades probatorias para el demandado y una sola para el demandante; por eso decía que en ese aspecto se rompió el principio de igualdad en los contendientes.

Nada se dijo en este artículo sobre anexos al contestar la demanda, habrá que aplicar las reglas generales, habrá que remitirnos a las reglas del proceso civil para llenar el vacío para que también el demandado, como ocurre con el demandante, pueda acompañar la prueba anticipada que había obtenido y agregar los anexos del caso.

Tenemos que mientras en el artículo 144 se le da una oportunidad al demandado, en el 207 se le da una segunda oportunidad. Dice el primero (el 144): la oportunidad del demandado es la contestación de la demanda. El 207 le da una segunda oportunidad durante la fijación en la lista.

Ahora la fijación en la lista no es solamente para pedir pruebas, como lo era en el régimen de la Ley 167, sino que ahora la fijación en lista tiene varios objetivos porque ahora es para contestar la demanda, para proponer excepciones, desde luego para pedir pruebas, pero la petición de pruebas quedó circunscrita al demandado.

En el 139 hay una novedad importante, y es la de que ya no se requiere la autenticación de los actos administrativos, como venía exigiéndose, a pesar de que la publicación del acto administrativo estuviera contenida en un órgano oficial.

Para acreditar, por ejemplo, que se expidió un decreto por el Presidente de la República, yo tenía que ir a conseguir el diario oficial respectivo, pero además

llevarlo al Ministerio de Gobierno para que lo autenticaran; o si era un acto administrativo del Gobernador, el periódico oficial del Departamento y además el Secretario de Gobierno me lo autenticaba. Se dice en el 139 que cuando quiera que se pretenda acreditar actos administrativos publicados en medios de comunicación oficiales, no se exigirá la autenticación.

Hasta aquí tendríamos las reglas generales referentes a demanda y contestación de demanda. Les había dicho que además hay unas reglas generales que se refieren concretamente a las pruebas. Estas reglas generales son dos, o dos principios: uno el referente a la admisibilidad de los medios de prueba y otro referente a la oficiosidad probatoria.

### **La admisibilidad de los medios de prueba**

De la admisibilidad se ocupa el 168, y lo mismo que ocurre en la vía gubernativa en la que se remite a los medios de prueba del procesal civil, aquí también se hace una remisión a los medios de prueba del procesal civil; pero a diferencia de lo que ocurre con la norma que regula esta remisión, en la vía gubernativa, en donde solamente se señalan los medios pero no el procedimiento ni la evaluación, sí hay un señalamiento de procedimiento y evaluación, porque se dice que en el proceso contencioso se utilizarán los medios probatorios, el procedimiento y la evaluación o apreciación de las pruebas, conforme lo dispone el Código de Procedimiento Civil.

Esto daría para un gran debate, porque hay quienes creen que el Contencioso Administrativo, que el contencioso en general, debe tener su propio régimen probatorio, que no debe utilizarse ni los medios ni el procedimiento, ni el sistema evaluador del personal civil; tal vez restringiendo más, particularmente los medios del procesal civil deben ser o no los contenciosos. Esto podría dar un gran debate. Yo pienso, así como lo expresé en la comisión, que hoy no tiene problema el contencioso administrativo para utilizar ni los medios, ni el procedimiento, ni el sistema evaluador del procesal civil; lo tenía antes del actual código del procesal civil, antes del año 70 sí lo tenía. Había problemas porque dada la naturaleza diferente del proceso contencioso a la de proceso civil, algunos medios de pruebas civiles no eran utilizables dentro del contencioso. Concretamente, se tenía el caso de la confesión, por ejemplo, porque en el procesal civil se autorizaba la confesión, aun de los representantes de las entidades públicas. La doctrina ya ha dicho y ya lo consagró el procesal civil actual, el vigente desde el año 70, en el sentido de que la confesión no es válida, sea espontánea o sea provocada, si proviene de un representante judicial o legal de una entidad pública. La razón de ella está en que la confesión es un medio de prueba muy especial, se le confiere valor sobre hechos personales, y el representante administrativo o judicial no puede confesar hechos personales, porque los hechos que él ejecuta se están ejecutando en razón de ser representante de una entidad, no son hechos personales suyos sino hechos de la entidad que representa. Por esa razón no cabe, no cabría, la confesión en la forma como lo presentaba el Código de Procedimiento Civil, en el contencioso administrativo. Pero el actual Código de Procedimiento Civil ha corregido el problema y hoy se dice que no es válida esa confesión y en sustitución se utiliza el sistema de

las declaraciones juramentadas que deben rendir los representantes administrativos de las entidades públicas.

Esto es precisamente lo que venía diciendo la jurisprudencia de lo contencioso; en consecuencia hoy no hay, a mi juicio, ningún obstáculo para que los medios de prueba que emplea el proceso civil, o sus procedimientos, o su sistema evaluador, puedan ser utilizados en el contencioso.

### **La Oficiosidad Probatoria**

El otro principio de este capítulo de reglas generales probatorias, es el referente a la oficiosidad probatoria. Indudablemente un gran avance que se ha conseguido en este código es el referente a la introducción de la oficiosidad probatoria. De eso no hay la menor duda. ¿Qué venía ocurriendo? venía ocurriendo que la jurisprudencia del Consejo de Estado reiteradamente venía diciendo que no era aplicable por remisión de norma, la oficiosidad probatoria del procesal civil al contencioso, porque en el contencioso existía una norma que hablaba de la fijación en lista, la cual, se decía, señalaba la oportunidad probatoria, de la cual no se podía salir, o sea que eliminaba las pruebas pedidas en la demanda porque también había que pedir las en la fijación en lista. Además, como hablaba la norma de la fijación en lista para pedir pruebas y en ningún momento hablaba de la prueba oficiosa, entonces siempre en la jurisprudencia del Consejo de Estado, mayoritariamente (yo salvé muchas veces votos con Carlos Betancur, con algunos Consejeros), se decía que no cabía de ninguna manera la oficiosidad probatoria. Nosotros argumentábamos: si en el proceso civil, en el que se debaten intereses privados, hay interés superior que es el de averiguar la verdad real del hecho y a obtener esa verdad real se dirige precisamente la oficiosidad probatoria, ¿cómo no va a haber justificación de la oficiosidad probatoria en el contencioso administrativo, en donde se está debatiendo la legalidad de la actividad administrativa, sea acto, sea hecho, de todos modos se está debatiendo es la legalidad de la actividad? ¿Cómo no va a haber interés de la misma administración, de toda la comunidad, de todos los ciudadanos, porque se averigüe la verdad real, que es la que está en discusión?

Eso lo han dicho siempre todos los tratadistas del procesal administrativo. Consulten a quien quiera de estos procesalistas administrativistas y encontrarán esa tesis. En Colombia nunca fue posible que el Consejo de Estado autorizara pruebas oficiosas. En los varios años que llevo de Consejero solamente he visto un auto (no sé qué pasó ese día), que Sala Plena autorizó esa prueba oficiosa. Pero además se decía: Para eso está el auto, para mejor proveer; que además dicho sea de paso, nunca se ha aplicado. Entonces no había prueba oficiosa.

Por eso digo que la introducción de la prueba oficiosa es una novedad muy importante dentro de este procedimiento y se señalan dos oportunidades para la prueba oficiosa. Una, cuando se decretan las pruebas pedidas por las partes, el Magistrado puede adicionar ese decreto con las pruebas que de iniciativa suya considere pertinentes. Primera oportunidad. Yo no creo que en la práctica, como sucede en el procedimiento civil en donde también existe esa oportunidad oficiosa, se vaya a utilizar esa oportunidad por razones obvias. En este momento el Magistrado no conoce los hechos, apenas se han pedido pruebas pero de hecho no

las conoce. Le queda muy difícil al Magistrado decretar pruebas oficiosas en ese momento, salvo que sea "de bulto", ostensiblemente notoria la ausencia de una prueba.

La segunda oportunidad para la prueba oficiosa es antes del traslado para alegar. Creo que está bien escogido ese momento. Porque en ese momento ya concluido el debate probatorio de las pruebas pedidas por las partes, ya el juez puede hacer una evaluación del acervo probatorio y concluir cuáles pruebas hicieron falta.

El criterio de si hay parcialidad o imparcialidad en la iniciativa probatoria, está mandado a recoger por la doctrina. Se trata de buscar la verdad real, simplemente. Yo creo que esa segunda oportunidad sí va a ser muy utilizada por parte de los magistrados, de los tribunales y del Consejo de Estado; y está muy bien escogida la oportunidad, porque está antes del traslado para alegar, si fuera después no tendría sentido, pues tendrían que volver a alegar por segunda vez, porque los alegatos de las partes básicamente son análisis de pruebas. Se señala un término extraordinario de 10 días para la práctica de las pruebas oficiosas decretadas en la segunda oportunidad que he mencionado.

Claro que la oficiosidad probatoria en lo contencioso tiene que seguir las características que tiene la oficiosidad del procesal civil. Ustedes saben que las pruebas oficiosas en el procesal civil son pruebas supletorias. Inclusive, mirando la redacción de los artículos se advierte que en segundo lugar están colocadas las oficiosas, primero la de las partes por razones obvias; es que las partes son las que conocen los hechos cronológicamente en consecuencia, ellas son las que deben pedir en primer lugar las pruebas y sólo como complemento oficiosamente pueden o deben decretarse. Siguen siendo supletorias, así lo plantea el procesal civil, así debe concebirse la prueba oficiosa dentro del Contencioso Administrativo también.

Hay una diferencia en materia de oficiosidad según que se trate de primera o única instancia o según que se trate de segunda instancia. Si se trata de primera o única instancia, la oportunidad es la que indicábamos: Antes del traslado para alegar; primera circunstancia, vienen los 10 días extraordinarios para practicar esas pruebas y el Juez o el Magistrado tienen amplia facultad para decretar las pruebas, cualquiera que sea la materia; es decir, el tema a probar es total. Dicho de otra manera, para hacerme entender, el Magistrado puede ordenar oficiosamente pruebas sobre todo el tema a probar, sin límite.

En cambio en la segunda instancia se le señaló un límite a la oficiosidad probatoria, como se le señaló límite al tema a probar de la parte. Esto es importante ¿Cuáles son los límites de la oficiosidad en la segunda instancia? En el artículo 169 se dice que en la segunda instancia, oficiosamente, solamente se pueden decretar pruebas para "aclarar puntos dudosos u oscuros de la contienda". Como quien dice, se trasladaron los términos del auto para mejor proveer, porque para eso es el auto, para mejor proveer. Se limitó la prueba en la segunda instancia o en la única, claro, la etapa en la cual se debatían las pruebas y que sólo por excepción

se debata y en la segunda instancia para aclarar puntos dudosos u oscuros de la prueba practicada en la primera. Solamente en esos casos excepcionales pueden decretarse pruebas oficiosamente en la segunda instancia.

El papel de la segunda instancia, o sea el del Consejo de Estado, es o debe ser, producir jurisprudencia, no el de dedicarse a practicar pruebas; hay que practicarlas es en los tribunales; sólo y por excepción, podrán practicarse pruebas oficiosas o decretarse pruebas oficiosas en la segunda, para aclarar puntos dudosos u oscuros.

Eso como límite de la oficiosidad, pero también hay límites del tema a probar en la segunda instancia para las partes. En el artículo 214 dice: "Cuando se trata de apelación de sentencia, las partes podrán pedir pruebas, que se decretarán únicamente en los siguientes casos:

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

2. Cuando versen sobre hechos acaecidos después de transcurrida la oportunidad para pedir pruebas en la primera instancia.

3. Cuando se trate de documentos que pudieron aducirse en la primera instancia por fuerza mayor o caso fortuito.

4. Cuando se trate de confirmar o desvirtuar esos documentos que habla el caso anterior".

Entonces, repito, hay límites del tema a probar para las partes en la segunda instancia y también en la segunda instancia hay límites de la oficiosidad probatoria, distinto el límite desde luego. Ambos señalados con el mismo criterio y la misma filosofía: las pruebas hay que practicarlas es en la primera porque en la segunda no es para prueba, la segunda es para **evaluación de pruebas** y sólo por excepción cuando haya puntos dudosos o se trate de esos cuatro casos que menciona el 214, podrán practicarse pruebas en la segunda instancia.

Eso, en términos generales, son las normas generales contenidas en el estatuto. Además hay normas probatorias concretamente dirigidas a algunos procesos especiales. Del ordinario tenemos por ejemplo el artículo 207. El término del ordinario para la práctica de prueba es de 30 días y hasta de dos meses si hay que practicar pruebas fuera de la sede del Tribunal o del Consejo. Una novedad que trae el auto admisorio de la demanda es el ordinario en lista; se debe ordenar que traigan los autos los antecedentes administrativos; es decir toda la actuación del proceso administrativo y la vía gubernativa. Era norma que existía, pero solamente estaba circunscrita al campo tributario; ahora se generalizó, y en todo auto admisorio de la demanda habrá que hacer la petición, claro que habrá excepciones

en las cuales, por **sustracción de materia**, no será procedente pedir los antecedentes administrativos.

De otra parte, pruebas solamente hay en las segundas instancias de las sentencias, en ningún momento se autorizan pruebas en las segundas instancias de los autos. ¿Cuándo pide las pruebas en la segunda instancia el recurrente? Al sustentar el recurso. ¿Cuándo pueden pedir pruebas las demás partes? Dentro de la ejecutoria del auto que admite el recurso. Ustedes ya deben estar enterados de que ahora se instituyó la novedad de que deben sustentar los recursos de apelación porque estoy hablando de segunda instancia. En consecuencia, es al sustentar recursos que pide la prueba el recurrente y es dentro del período de ejecutoria del auto admisorio del recurso, porque puede ser desechado que las demás partes solicitan las pruebas. Y repito, en la apelación de los autos no hay pruebas.

Hay otra novedad en materia de oficiosidad. En este proceso contractual ya la oficiosidad no tiene dos oportunidades como en el ordinario, sino solamente una: La segunda. Las pruebas no se pueden decretar oficiosamente sino antes del fallo, como sucede en el proceso civil. Un proceso que han denominado aquí "especial", es el de nulidad de las cartas de naturaleza que, dicho sea de paso, jamás se ha dado un proceso de esos en el Consejo de Estado; yo no sé por qué volvieron a meterlo acá.

Dicen lo siguiente sobre este proceso especial: dice el artículo 221, lo pueden confirmar, "este proceso especial se tramitará por el proceso ordinario"; oigan bien. En los electorales ya les mencioné cuáles son las particularidades que tienen en materia de pruebas. Las pruebas se piden en la fijación en lista, lo que dice la Ley 85 de 1981; todo lo que decía se trasladó "sin tocarlo ni mancharlo", a este nuevo estatuto.

En el recurso extraordinario de revisión, hay pruebas. No las hay en el recurso extraordinario de anulación, por razones obvias, porque en el recurso de anulación solamente se va a debatir una causa que es la causal de la violación directa de la constitución o de la ley. Para el de revisión se señala un término de 30 días para practicar, tanto las pedidas como las oficiosamente decretadas, lo cual significa que oficiosidad probatoria en este recurso no puede haber sino al momento en que se decretan las pruebas pedidas.

### **Revisión de Contratos**

Sobre revisión de contratos tenemos el artículo 253 y siguientes. El primer artículo, el 253, dice: "Los contratos de la nación, excluidos los de empréstito interno y externo, cuya cuantía sea o exceda de 50 millones de pesos o su equivalente en moneda extranjera, deberán someterse a la revisión del Contencioso Administrativo". Ya el Decreto 222 del año pasado, que es el estatuto contractual nacional, se ocupa de esta misma materia y este artículo no es sino prácticamente repetición de la norma pertinente del 222. Como requisito que es la revisión para el perfeccionamiento de los contratos de la Administración Pública, no siempre, pero casi siempre. Estoy hablando de los contratos de la nación. Aquí nos dice "los contratos de la nación" o sea que los está comprendiendo a todos. ¿Cuáles

son los contratos de la nación? Pues los administrativos y también los interadministrativos; pero también los de Derecho Privado que tengan cláusula de caducidad; también los contratos de Derecho Privado que no tengan cláusulas de caducidad; cuatro especies de Contratos de la nación, aun cuando los interadministrativos están contemplados como una categoría de los administrativos en el artículo 16 del Decreto 222. Mal colocados, porque los interadministrativos no son interadministrativos y hay quienes dicen que los interadministrativos ni siquiera son contratos. Así lo dice mucha Doctrina. ¿Por qué no son contratos? Porque en un contrato hay dos intereses, no diría contradictorios pero sí diferentes. En todo contrato una cosa quiere el arrendador y otra el arrendatario, por ejemplo; en el contrato interadministrativo no hay diversidad de intereses, lo que hay es precisamente lo contrario: Unidad de intereses, porque cuando dos entidades públicas se asocian para desarrollar una determinada función, un determinado cometido, pues hay unidad de fines y de medios, inclusive. Entonces en el contrato interadministrativo, no hay esa característica esencial del contrato. Muchos Doctrinantes dicen: no son contratos, son convenios; les dan el nombre de convenio.

Entre nosotros en el Decreto 222, incluimos los interadministrativos como una de las modalidades de las 10 especies que señala el artículo 16 del 222 como interadministrativos. De todas maneras, lo que quería significar es que para efectos de su perfeccionamiento todos esos contratos quedan sometidos a esta revisión.

En el artículo siguiente se habla de los contratos sobre exploraciones o explotaciones de minerales o metales que se encuentran en las "Riberas de los ríos navegables"; se les olvidó que en los no navegables también puede haber minas. El artículo siguiente es tal vez una repetición en cierta forma del 222 que sienta un principio: El principio de que no pueden ejecutarse los contratos mientras no estén perfeccionados. El 256 se titula "Ambito de la Revisión", ese dice qué es lo que va a revisar el Magistrado, el Tribunal, si se trata de un contrato de la Administración Departamental o Municipal, qué es lo que va a revisar el Consejo de Estado, la Sala de Consulta del Consejo de Estado, si se trata de un Contrato Nacional. El artículo nos dice que la revisión solamente puede recaer sobre 5 aspectos: 1o. sobre la autorización legal; 2o. sobre la competencia que tenga el funcionario contratante; 3o. sobre la capacidad que tenga el contratante; 4o. sobre el régimen legal de las estipulaciones contenidas en el contrato; 5o. sobre el régimen fiscal que se haya contemplado en el contrato. Este artículo (yo me declaro un poco padre del artículo), obedeció a lo siguiente: A que había quejas de que algunos Tribunales del país se ocupaban de cosas distintas, y se ocupaban, por ejemplo, de la conveniencia o de la inconveniencia, o de la oportunidad o de la inoportunidad del contrato y eso es invadir una esfera administrativa que no le correspondía ni le corresponde al Tribunal. Por eso se le señaló un ámbito estricto de revisión, el indicado en el artículo 256.

De otra parte, se señaló un trámite para la revisión que faltaba. Dentro de los 10 primeros días, el Magistrado Ponente a quien le corresponda el estudio de la revisión, todos los documentos que le hagan falta para evitar ese ir y venir de los contratos; para evitar que se agote todo el proceso y luego se lo devuelvan al

Gobernador o al Ministro diciéndole que le faltó tal documento y por eso no le aprobaron el contrato. No es aprobación, es revisión. Se señalan 10 días, eso dice el artículo 257, por lo mismo el 260 sobra, porque el 260 lo que hace es repetir esto mismo: que se pueden pedir esos documentos que hagan falta, y señala 30 días improrrogables en el mismo 257, para decidir sobre la revisión. Además se constituye causal de mala conducta no hacer la revisión dentro de los 30 días; esto con el objeto de no paralizar la Administración Pública ni perjudicar a los contratistas con la morosidad que pueda darse en la revisión de un contrato. Sanciones de esta clase, de llegar a causales de mala conducta en lo contencioso, no hay sino ésta y otras que la Ley electoral señala pues, repito, los parlamentarios son muy celosos en sus procesos electorales. Ellos tuvieron mucho cuidado de elevar también a causales de mala conducta si no se producen las sentencias o las providencias de los procesos electorales, dentro de los términos perentorios o improrrogables que señalan esos procesos.

En el 258 se dice qué debe contener, en líneas generales, una revisión: dos partes, una motiva y otra declarativa. Esa declarativa, nos dice, no puede ser sino una de dos cosas, tiene cierto carácter didáctico la norma: o declara que estaba ajustada a la ley o lo devuelve con observaciones por no estar ajustado a la ley y ya dijimos cuál era el ámbito de la revisión.

En el 261 se corrige una omisión que había. Producida la revisión, decía el estatuto anterior a la Ley 167, podría interponer reposición de esa revisión la administración pública, el contratista no. Aquí lo que se hace es corregir ese vacío y se dice que ambos, el contratante o el contratista, pueden interponer el recurso de reposición y tienen para ello un término de 10 días.

Tampoco había regulación de términos para interponer ese recurso. Finalmente, en el 262, se dice lo siguiente: "El dictamen del Consejo que declare autorizado al gobierno para celebrar un contrato". . . Es que la revisión no autoriza al gobierno, ¿quién dijo? no. Simplemente, ya lo dijimos, lo que debe decir la parte resolutive es si está ajustado o no a la Ley y aquí dice "El dictamen del Consejo que declare autorizado al gobierno". Está hablando del contrato; pasemos por alto lo de la autorización, supongamos que está diciéndonos es "el dictamen del Consejo", ya dijimos que el ámbito de la revisión comprendía 5 cosas: Autorización legal, capacidad, competencia, ajuste a las normas legales, a las normas fiscales", entonces aquí lo que está diciendo es: aquel dictamen en donde se diga que hubo autorización legal; una de las cinco cosas de la revisión; ese dictamen, sigue diciendo el artículo, no será susceptible de controversia jurisdiccional, o sea que lo que dice la Sala de Consulta, cuando examina, revisa los contratos, puede ser revisable; obvio, porque para eso es la acción contractual; puede ser juzgable por la Sala Contenciosa, pero menos en el aspecto referente a la autorización legal, si el dictamen dado por la Sala de Consulta dijo que había autorización legal. Lo que sigue no explica lo que estoy afirmando: "por consiguiente, no podrá alegarse falta de autorización, si el Consejo ha dictaminado que existe" (habla del Consejo y se aplica a los tribunales también) "en juicio, en que se impugna la

validez o efectos del contrato o para abstenerse de cumplir algunas de sus estipulaciones”.

Claro que esto sugiere una gran inquietud: ¿Cuál es la naturaleza jurídica del acto de revisión del contrato? ¿Es un acto administrativo? ¿Es un acto jurisdiccional? ¿Qué es? El Consejo de Estado en varias ocasiones ha dicho que es un acto administrativo. Yo con el respeto debido, no participo de esa tesis porque, ni subjetiva ni objetivamente, es acto administrativo a mi entender. El Consejo de Estado no es un órgano administrativo y las revisiones no contienen ninguna decisión que es lo característico del acto administrativo. “Decidir” para utilizar el término de los penalistas, es el verbo rector del acto administrativo. Entonces ni subjetiva ni objetivamente, ni orgánica ni materialmente, puede entenderse como un acto administrativo la revisión de un contrato.

Pero entonces, ¿es acto jurisdiccional? ¿hace tránsito o cosa juzgada? No. Ya lo dijimos, así se haya dado el dictamen favorable diciendo que el contrato se ajusta a la ley, ese contrato es demandable ante la otra sala y la otra sala puede anular el contrato. Para eso están creadas las acciones contractuales.

Entonces, ¿qué es? Yo propuse una definición de su naturaleza jurídica, quizás para darle una cierta claridad a este punto, pero no me la aceptaron. No me aceptaron muchas cosas, dicho sea de paso; algunas sí; a todos nos pasó lo mismo. Yo decía que constitucionalmente hablando, las funciones del Consejo de Estado son de tres clases; dice la norma constitucional: El Consejo es asesor del gobierno en asuntos de administración, el Consejo es órgano consultivo y el Consejo es órgano jurisdiccional. El acto de revisión tiene que encajarse dentro de uno de los tres, obvio, o dejaría de ser constitucional la afirmación que se diera en contrario.

Pero, ¿es acto de consulta? No. No es un criterio conceptual, no es un concepto el que se está dando. Al hacer una revisión, hay una afirmación de que el contrato se ajusta o no, a derecho. El mismo trabajo que hace una oficina jurídica.

¿Es acto jurisdiccional? No. Tampoco hace tránsito a cosa juzgada. Entonces, ¿qué es? Pues la otra: es un acto de asesoría; (no puede ser de distinta naturaleza jurídica, a mi entender) de asesoría en asuntos de administración como dice la Constitución Nacional; el mismo trabajo que hace una oficina jurídica, repito.

Esta figura de la revisión de contratos hace muchos años se creó, en tanto que la competencia sobre contratos solamente la tiene el contencioso desde el año 1984. Para completar todo el control de legalidad sobre toda la actividad de la administración, faltaba lo del contrato. La Corte no había querido desprenderse de eso, siempre decía la Jurisprudencia que en materia de contratos la justicia común era la competente. Ahora desde el año 1964, por ley, se le determinó la competencia al contencioso.

Cuando se creó esa institución de la revisión de los contratos, hace ya más de un siglo, no había oficinas jurídicas; hoy hay muchas. Yo me pregunto: Todavía

se justifica que exista la Sala de Consulta del Consejo de Estado, que es la que tiene como función hacer la revisión de contratos frente a las oficinas jurídicas de la Presidencia, de los ministerios, de las entidades descentralizadas?

**Muchas gracias!**