

EL REGIMEN PROBATORIO DEL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

ADVERTENCIA. Capítulo de la obra en preparación
"Del proceso contencioso administrativo".

Carlos Betancur J.

El proceso contencioso administrativo no posee un régimen probatorio propio. Es quizás en este campo donde se observa un mayor vacío dentro del código; vacío que, por mandato del artículo 282 del C.C.A., debe llenarse con las normas que a este respecto rigen en el sistema procesal civil, sin que por esto pueda hablarse de una aplicación analógica. Es elocuente a este respecto lo que sobre el punto escribe el profesor Gustavo Humberto Rodríguez en su estudio "El régimen probatorio del Proceso Contencioso Administrativo y el nuevo Código del Procedimiento Civil". Allí, se lee: "Este vacío se observa particularmente en materia probatoria, ya que no existe un capítulo destinado a su régimen, ni normas atinentes a sus medios. Por lo mismo procede la aplicación extensiva, o remisión, que hace que algunas normas del Código de Procedimiento Civil se consideren incorporadas al estatuto que rige el procedimiento contencioso-administrativo. No es una simple aplicación analógica, la que se ha dispuesto —que constituiría apenas un simple medio auxiliar o subsidiario, como sucede con toda analogía—, sino una auténtica incorporación de lo pertinente del Código de Procedimiento Civil al derecho positivo regulador del proceso contencioso-administrativo. Pero aún así hay un silencio legal que se llena con la aplicación extensiva y que no debe presidir la regulación probatoria en el contencioso administrativo".⁽¹⁾

Y es también el aspecto probatorio el que merece mayor atención luego de la derogatoria de la Ley 105 de 1931 por el decreto 1.400 de 1970, que introdujo fundamentales cambios en el sistema procesal. Aquella ley, como es bien sabido regía cuando el legislador de 1941 expidió la 167 y por ende, era la que debían aplicar los juzgadores de la jurisdicción administrativa a este respecto. Así, es lógico pensar que el legislador de este último año, cuando dejó de reglamentar aspectos como el aquí tratado, fue consciente de que esas lagunas debían llenarse con un código procesal que llevaba una década de vigencia y que empezaba a rendir sus frutos. Y esta fue la situación que condicionó al régimen probatorio del proceso administrativo. El código de la materia fué tan corto en su reglamentación que puede afirmarse que el legislador con su actitud decidió someterlo a los dos principios fundamentales que tipificaban al procedimiento civil como dispositivo y de tarifa legal.

Esta remisión tan obvia hecha por el artículo 282 del C.C.A. le dió al régimen probatorio contencioso administrativo estas mismas notas. Así, en las escasas normas que se leen en su texto se observa que al juzgador se le dan muy pocas facultades investigativas oficiosas, hasta el punto que éstas se reducen a unos autos para mejor proveer de alcance complementario y no supletivo, como que sólo pueden decretarse para esclarecer puntos oscuros o dudosos de la contienda. Sobre el sistema valorativo nada se dijo, pero la tarifa legal regulada en cada uno de los medios en particular no deja lugar a dudas sobre cuál era el único sistema aplicable.

Se anota sí de entrada una falla de técnica en el código administrativo al someter las acciones por él reguladas, entre las que se cuentan las públicas o de legalidad, al régimen probatorio aplicable a las controversias entre particulares regidas por el derecho privado. La índole de las acciones públicas imponía por sí sola un tratamiento bien diferente, dado el interés público prevalente que siempre está involucrado en éstas y que justifica a todas luces la amplitud del juzgador en la investigación de los hechos por fuera de la iniciativa de las partes. El legislador de entonces, de orientación marcadamente privativista, no hizo distinción alguna y las sometió a un régimen uniforme.

Después de tres décadas la situación varió fundamentalmente. El nuevo código de procedimiento civil, con su orientación inquisitiva y su valoración de sana crítica, complicó en tal forma el régimen probatorio del proceso administrativo que aún hoy, después de cerca de cuatro años de vigencia, la jurisdicción administrativa no ha podido definir racionalmente ciertos aspectos.

El código administrativo, dada su estructura original, que aún se mantiene, supone un sistema dispositivo y sus normas no hacen sino confirmar este aserto. Fue dictado para desarrollarlo. De allí que los intentos que se han hecho para acomodarlos a la orientación inquisitiva más ágil y operante, han conducido a un hibridismo estéril que pide insistentemente su reforma. Hay que destacar sí el gran esfuerzo de la jurisprudencia del Consejo de Estado para quebrar el rígido principio dispositivo tomado de la ley 105 mediante autos para mejor proveer, en su intento para lograr también en el proceso administrativo la certeza real, en lugar de la legal predominante en ésta.

De lo expuesto se deduce, entonces, que el código administrativo sigue siendo dispositivo en cuanto a investigación de los hechos. Esto no obsta para que el sistema valorativo sea de sana crítica porque, como cabe recordar, en materia probatoria no tiene que coincidir un sistema de investigación con una forma especial de valoración. Así, aunada impide que el juzgador, sin poseer mayor libertad en la investigación, pueda valorar libremente el caudal probatorio que se haya producido a instancia de parte.

Si se aceptara el cambio de orientación en el proceso administrativo hacia el sistema inquisitivo siguiendo el modelo del proceso civil, quedarían algunos interrogantes sin resolver: ¿En qué oportunidad podría el juez decretar pruebas de oficio, fuera de la señalada en el art. 91 mediante autos para mejor proveer? ¿Cuál sería el real alcance de estos proveídos? ¿Reformaría el nuevo código los requisitos de la demanda administrativa e impondría la contestación de la misma?

A las inquietudes anteriores, se anota:

El nuevo código de procedimiento civil no pudo modificar los requisitos de la demanda contencioso-administrativa ni imponer la contestación de la misma, ni señalar oportunidades probatorias distintas de las determinadas en el código administrativo, ni suprimir o variar el alcance de los autos para mejor proveer que dentro de un proceso se pueden dictar en ciertas circunstancias. Y no pudo hacerlo porque las facultades que el gobierno utilizó para expedirlo (ley 4ª de 1969) no le daban pie para ello. Si se entendiera que esas modificaciones fueron introducidas, las normas que las contemplaran serían inaplicables por inconstitucionalidad. (Exceso en las facultades extraordinarias).

Con todo, nada impide que con las demandas administrativas se haga la petición probatoria. La jurisprudencia ya se ha pronunciado a

este respecto por considerarla conveniente. Lo que no quiere decir que la omisión de tal petición produzca los mismos efectos que en el proceso civil, en el cual el juzgador deberá negar su admisión y ordenar su corrección.

En tales condiciones, por construcción jurisprudencial, la parte demandante podrá pedir pruebas dentro del libelo, sin que esto implique que no pueda hacerlo durante la fijación en lista, que es en principio la única oportunidad que tienen las partes, sean principales o secundarias, para solicitar pruebas.

Las ideas que se dejan expuestas no son nuevas para el autor de estas notas, quien en su obra "*De la pruebas judicial*", (Capítulo: Los Sistemas para la regulación de las pruebas) sostuvo en relación con el proceso contencioso administrativo: "Considero que en cuanto a la valoración no existe obstáculo alguno, porque su falta de consagración debe llenarse forzosamente con el actual código vigente, máxime cuando éste no está en contradicción con la naturaleza de los juicios y actuaciones administrativas. Por tanto, el material probatorio que opere en los procesos administrativos deberá evaluarse de acuerdo con la sana crítica (art. 187 del código de procedimiento civil). En cambio, la investigación probatoria seguirá prácticamente sometida a la iniciativa de las partes o sistema dispositivo, porque el código administrativo contempla por excepción esas facultades investigativas y eso reducidas a los autos para mejor proveer. La existencia de estos no permite alegar un vacío al respecto. Es de esperar que la jurisprudencia administrativa entienda a cabalidad este extremo y amplíe cada vez más la órbita de aplicación del art. 91 del C.C.A., que es el único camino que por ahora existe para que su procedimiento se acerque un tanto a las modernas orientaciones permisivas de la investigación oficiosa por el juez".⁽²⁾

Las escasas normas que en el código administrativo se refieren a las pruebas tocan solo con aspectos de mecánica procesal, tales como la oportunidad probatoria en algunos procesos, los términos para su práctica en primera y segunda instancia, los autos para mejor proveer, las pruebas arrimadas extemporáneamente, su práctica por fuera de Bogotá, etc., etc., dejando de lado todo lo relacionado con la producción, (comprensiva de la petición, el decreto y la práctica) la evaluación del material probatorio y la consagración de los distintos medios. Así, será el código de procedimiento civil el que indicará cómo debe solicitarse determinada prueba, cuál no es conducente o admisible legalmente, cómo se decreta, practica y valora. Igualmente será el

mismo ordenamiento el que señalará los recursos viables contra los autos de prueba, los incidentes posibles dentro de la práctica de algunos medios, los términos extraordinarios, etc., etc.

La enumeración, que no pretende ser taxativa, muestra la importancia que para los estudiosos del proceso administrativo presenta el código procesal civil.

Es claro que dada la especialización de estas notas no nos adentramos a explicar todos y cada uno de los puntos referidos; que tocan, como es obvio, con la teoría general de la prueba y con los medios en particular.

Con todo, existen ciertos aspectos que merecen consideración aparte por presentar características propias dentro del proceso administrativo. Así, en este orden de ideas, se estudiará: la oportunidad para solicitar las pruebas; los autos para mejor proveer; los distintos medios frente a las entidades públicas demandantes o demandadas; y los medios y las causales de impugnación del acto administrativo.

LA OPORTUNIDAD PARA SOLICITAR PRUEBAS

a) *En el proceso ordinario.* Sobre el punto ya adelantamos algunas ideas cuando expusimos la etapa probatoria del mencionado proceso. En esta oportunidad volvemos sobre el tema, pero con referencia a otras facetas no estudiadas.

Ordena el art. 126 del C.C.A. que recibida la demanda ordinaria en el Tribunal, el sustanciador al admitirla dispondrá: "1ª).... 2ª).... 3ª) Que se fije en lista por el término de cinco días para que el Ministerio Público o las personas que quieran coadyuvar o impugnar la demanda puedan solicitar la práctica de pruebas...".

Pese a la deficiente redacción, que da a entender literalmente que sólo el Ministerio Público y las partes coadyuvantes o impugnantes pueden solicitar pruebas, la doctrina y la jurisprudencia son unánimes en sostener que la enunciación no es limitativa, ya que comprende a todas las partes principales y secundarias que puedan intervenir en el proceso. No tendría ningún sentido que la parte actora, quien en principio soporta la carga de la prueba, no sólo cuando trata de destruir la presunción de legalidad que ampara al acto administrativo, sino cuando afirma en las acciones de reclamación o reparación directa ciertos hechos que le sirven de apoyo a los derechos que reclama, no pudiera solicitar las pruebas que la mencionada carga le impone.

Tampoco tendría sentido la norma si le prohibiera a la entidad pública demandada distinta de la Nación, y por ende no representada por el agente del Ministerio Público, (los Fiscales, para el caso) el derecho a pedir pruebas por intermedio de su representante judicial o administrativo. No puede olvidarse que los agentes del Ministerio Público, bien por exceso de trabajo o por carecer de elementos de juicio, en muy pocas oportunidades cumplen con este cometido.

Frente a los terceros intervinientes la norma precisa la oportunidad que éstos tienen para solicitar pruebas, puesto que de la única manera que pueden hacerlo es cuando se han hecho parte antes del fenecimiento del término de fijación en lista. Se recalca así la idea de que los terceros toman el proceso en el estado en que lo encuentren y no pueden pretender que se retrotraiga la actuación.

Se repite aquí lo dicho sobre la petición probatoria hecha con la demanda. La jurisprudencia acepta, con muy buen juicio, que la parte que tal conducta haya asumido no tendrá por qué repetir la petición dentro del término de fijación en lista. La parte contraria nada podrá objetar a este respecto, máxime que con la petición en el escrito demandatorio se le da una mejor oportunidad de defensa, ya que tendrá mayor amplitud para proponer contrapruebas y en general para ejercer una más adecuada controversión probatoria.

La fijación en lista como oportunidad para solicitar pruebas dentro del proceso ordinario, se da también en la segunda instancia, para que "las partes o el Ministerio Público soliciten las pruebas que tengan a bien".

Este principio, que corresponde al art. 137 del código administrativo, presenta un aspecto bastante antitécnico en materia de pruebas en segunda instancia, porque equivale no sólo a la duplicación de un período probatorio que, ordinariamente, merced a los principios de la preclusión y de la doble instancia, debe cumplirse en la primera, sino que puede dar lugar a la repetición de las mismas pruebas con pérdida de tiempo para las partes y el juez y dinero para aquéllas.

La técnica probatoria moderna ha venido suprimiendo los términos ordinarios en segunda instancia y los ha reemplazado con los períodos excepcionales, dentro de los cuales no se pueden practicar sino aquellas pruebas que por causales que revistan seriedad no se diligenciaron en la primera etapa. Como ejemplo de esta tendencia podemos citar el código de procedimiento civil colombiano, para el cual el término excepcional de segunda instancia sólo procede frente a las sentencias y en las circunstancias especiales indicadas en el art. 361.

La amplitud que muestra el segundo inciso del art. 137 del C.C.A. al hablar de "las pruebas que tengan a bien", no permite pensar que el código de procedimiento civil pueda aplicarse a este respecto. En tal sentido y contra toda la técnica, las partes que se descuiden en la primera instancia podrán corregir su conducta negligente en la segunda oportunidad, produciéndose así, la mas de las veces, un fallo de segunda instancia sobre aspectos que no pudieron estudiarse en la primera, precisamente por falta de pruebas.

Lo expuesto deja ver que sobre el punto se impone una reforma de fondo. El criterio del código de procedimiento civil podría seguirse y con base en él permitir sólo por excepción la práctica de pruebas ante el Consejo de Estado en los casos de apelación de sentencias. Sólo así, se repite y se entiende sin mayor esfuerzo, tendrá operancia en toda su plenitud el principio procesal de las dos instancias y el carácter revisor que la segunda tiene.

b) *En el proceso de revisión de cartas de naturaleza.*

Tal como lo da a entender el art. 152 del C.C.A. una vez citado el interesado, se ordenará que el expediente permanezca en la secretaría por cinco días, durante los cuales el interesado podrá contestar la demanda y solicitar las pruebas de su defensa. Vencido este término, se ordenará practicar las que se hubieran solicitado, para lo cual se señalará un lapso prudencial que en ningún caso podrá pasar de treinta días.

Aunque el tenor literal del art. 153 no deja lugar a dudas sobre la duración del período probatorio, debe entenderse esto en relación con las pruebas que puedan practicarse dentro del país, ya que cuando éstas deban diligenciarse en el extranjero, el término extraordinario se impone por simple lógica. En este evento, tócale al Consejo de Estado la fijación prudencial del término extraordinario que correrá simultáneamente con el ordinario, teniendo en cuenta la naturaleza de las pruebas, la mayor o menor distancia y el estado de las comunicaciones con el país de que se trate. La solicitud del término extraordinario deberá formularse en la oportunidad indicada en el art. 152.

c) *En el recurso extraordinario de revisión.*

En este recurso el código administrativo se adelantó en varios lustros al código de procedimiento civil al exigir la petición probatoria dentro del libelo. Así, el art. 166 dispone que "la demanda de revisión deberá presentarse acompañada de los documentos que se estiman necesarios y de la solicitud de las pruebas que se quieran hacer valer".

Esta norma ha sido interpretada por el Consejo de Estado en el sentido de que con el escrito demandatorio no tienen que acompañarse los actos cuya revisión se pretende, porque es al sustanciador a quien incumbe ordenar que se agregue a los autos el expediente original contentivo de los actos sobre los cuales versa la revisión. Con todo, nada impide que ante la imposibilidad de arrimar el expediente original el interesado acompañe o solicite las copias auténticas de los actos objeto del recurso. Además, permite el proceso mencionado dos alternativas sobre la apertura a pruebas que merecen ser destacadas y son las que se desprenden de su art. 168, a saber: a) cuando hubiere hechos que probar; y b) cuando las partes en la demanda o en la contestación de ésta hayan solicitado la práctica de las pruebas que quieran hacer valer, tal como lo dispone el art. 166.

d) *En los procesos electorales.*

En estos procesos la apertura a prueba está supeditada a que el demandante la haya solicitado en el libelo de demanda o en escrito presentado antes de proferirse el auto de admisión. Con todo y su claro temor literal que no se refiere sino al actor, no quiere decir la norma (ordinal 2º del art. 218 del C.C.A.) que las demás partes —la demandada y los impugnantes o coadyuvantes— no puedan solicitar pruebas, ya que de ser así sobraría a todas luces la orden de fijación en lista por cinco días y se le restaría importancia al carácter de acción pública que ostenta.

El profesor Tascón sostiene a este respecto: “La redacción del artículo parece dar a entender que si el actor no ha solicitado la apertura a prueba, no hay término probatorio. Esta interpretación sería de consecuencias gravísimas, puesto que no podrían los opositores producir pruebas que infirmaran los cargos de la demanda.”⁽³⁾

En otros términos, la apertura del proceso a pruebas se da en los casos siguientes: a) cuando el demandante en el libelo o en escrito separado presentado antes de la admisión de la demanda, lo haya así solicitado; b) cuando el demandado lo pida dentro del término de fijación en lista; y c) cuando los terceros intervinientes, siempre que hayan sido aceptados como partes dentro del citado término de fijación en lista o antes, hayan presentado o propuesto ciertos medios probatorios.

e) *En los procesos de indemnización por trabajos públicos.*

Una vez contestada la demanda, tal como lo ordena el art. 266 del C.C.A., se abrirá a pruebas por veinte días el proceso a solicitud del demandante o del Ministerio Público.

La norma en cuestión también merece algunas precisiones. En primer lugar, el término de veinte días es tanto para pedir las pruebas como para practicarlas. Claro está que lo más técnico será que en el memorial petitorio de la apertura a pruebas se soliciten concretamente éstas. En segundo lugar, cuando la acción se instaure contra entes distintos de la nación, debe entenderse que los representantes de éstos, que no tiene el carácter de agentes del Ministerio Público, tendrán derecho a solicitar la apertura a pruebas y a pedir las que estimen convenientes para respaldar su derecho de contradicción o las excepciones propuestas. Aquí el término Ministerio Público corresponde a la época de la expedición del código, en la cual, por un lado, los entes públicos distintos de los territoriales carecían de estructuración propia y definida en el derecho colombiano; y por el otro, las personas territoriales tradicionales (nación, departamento y municipio) estaban representadas, en su orden, por los fiscales del Consejo de Estado, los fiscales de los Tribunales Superiores y los personeros municipales.

Creemos que aquí los terceros intervinientes también puedan solicitar pruebas, siempre y cuando hayan sido reconocidos como partes dentro del término de apertura a pruebas o antes.

f) *En el proceso fiscal o de impuestos .*

Aunque el régimen probatorio de este proceso presenta algunas facetas especiales, la oportunidad es la del juicio ordinario, ya que por mandato del art. 274 del código administrativo ésta será la vía a seguir. Con todo, cabe recordar que aquí, como en el de revisión, los antecedentes de la actuación administrativa deberán incorporarse al expediente.

LOS AUTOS PARA MEJOR PROVEER

Aunque ya algunas ideas se han adelantado a este respecto, volvemos sobre el tema, como atenuante que es del sistema dispositivo que rige desde el punto de vista probatorio al proceso administrativo y que en forma alguna lo convierte en proceso inquisitivo.

En primer lugar, los autos para mejor proveer no constituyen un deber ni una obligación probatoria para el juzgador, sino que su decreto está al prudente arbitrio, como decisión potestativa que es, del Tribunal o Consejo de Estado y con el solo fin de aclarar puntos oscuros o dudosos de la contienda. Quiere decir lo anterior, no sólo que estos organismos pueden dictarlos o nó, sin que su decisión negativa

sea obstáculo para la aplicación del principio de la carga de la prueba, sino que su decreto busca complementar el acervo probatorio, pero nunca producirlo en su integridad. Es más lógico que la obscuridad o la duda sobre la existencia de los hechos controvertidos nazca de la deficiente certeza que arrojan las pruebas incompletas que obran dentro del proceso pero no de su ausencia. En este último extremo no cabe hablar de cierto grado de certeza, sino de carencia de la misma.

Vistas así las cosas se entiende porqué los autos para mejor proveer no pueden decretarse sino como medio para complementar las pruebas existentes dentro del proceso, pero nunca para suplir en un todo la carga de probar que tienen las partes, bien de los extremos de la acción o bien de los presupuestos de la excepción.

Aunque contra esta clase de autos no cabe recurso alguno y las partes no tienen en la ejecución de los mismos más atribuciones que las que el juzgador les confiera, no por eso pueden calificarse como simples autos de "cúmplase". Ellos deben notificarse en la forma ordinaria a las partes y a los órganos de la prueba según el medio probatorio de que se trate, para garantizar así la debida controversión de éste, ya que de otra manera el indicado medio carecería de validez como elemento demostrativo y no podría tenerse en cuenta en la decisión del asunto. Aunque el juzgador puede limitar hasta cierto punto la actividad de las partes durante la práctica de las pruebas así decretadas, para evitar dilaciones durante el trámite del proceso y su desvío, esta limitación no puede entenderse como si pudiera desconocer o entorpecer el derecho que las mismas tienen para controvertirlas adecuadamente por las vías legales, porque en esa forma se desconocería el principio constitucional del debido proceso contemplado en el artículo 26 de la Carta. Así, si decreta, por ejemplo, que se arrime al expediente cierto documento público o privado, no podría impedir que la parte contra quien se quiere hacer valer lo tachara de falso, mediante la correspondiente querrela. Ni podría impedir que la parte objetara por error grave el dictamen pericial decretado mediante el auto aquí estudiado. No podría impedir que las partes tacharan a los testigos llamados por el Tribunal o Consejo de Estado, etc., etc. Podría sí limitar los puntos objeto de la inspección o el cuestionario de los peritos.

Aunque en principio la doctrina, basada en el tenor literal del art. 91 del C.C.A., sostiene que no puede dictarse sino un solo auto (la norma habla de "dictar auto para mejor proveer", así, en singular) nada impide que en ciertas circunstancias se dicte más de uno, tal como sucede cuando las pruebas que se decretaron en la primera o por-

tunidad no pudieron diligenciarse adecuadamente. Por ejemplo, se exhorta por equivocación a oficina pública donde no reposa el documento cuya copia se solicita. Se llama a declarar a dos testigos y estos fallecen antes de rendir testimonio o dicen no constarles nada directamente pero informan quiénes pueden dar noticia de los hechos.

LOS DISTINTOS MEDIOS PROBATORIOS FRENTE A LAS ENTIDADES PUBLICAS

Para entender los puntos que a continuación se explican, no debemos olvidar que dentro del proceso administrativo, en el cual concurre ordinariamente un particular contra la administración pública, existen algunas divergencias o diferencias de trato en cuanto al alcance de algunos medios, rompiéndose en cierta forma el principio de la igualdad de oportunidades que desde el punto de vista probatorio se dá en el proceso general. Así, mientras el particular está sujeto en su integridad a los distintos medios que rigen el proceso civil, la administración, por ser tal, tiene ciertas prerrogativas que limitan el alcance de algunas pruebas y en ciertas circunstancias impiden su operancia. Claro está que cuando el proceso se sigue entre entidades públicas, esas limitaciones se predicán por igual de todas, ya que éstas surgen no de la posición que ocupan dentro del proceso, sino de su propia naturaleza.

En este orden de ideas, observamos:

L A C O N F E S I O N

En la reglamentación que sobre este medio trae el código de procedimiento civil encontramos una norma que no por explícita y clara merece menos comentarios. "No vale la confesión espontánea de los representantes judiciales de la nación, los departamentos, las intendencias, las comisarías, los municipios y los establecimientos públicos" —reza el primer inciso del artículo 199—. "Ni tampoco podrá provocarse confesión mediante interrogatorio de dichos representantes, ni de las personas que lleven la representación administrativa de tales entidades". (inciso 2º).

De la lectura de estos apartes surge el interrogante de si la enumeración de las entidades públicas que allí se hace es simplemente enunciativa o presenta carácter taxativo. Creemos que la enumeración ostenta esta última característica y que sus efectos no pueden extenderse, en principio, a las empresas industriales y comerciales del Es-

tado y a las sociedades de economía mixta, ya que éstas están sujetas, por regla general, a los principios del derecho privado y sus controversias se ventilan ante la justicia ordinaria (decretos 1050 y 3130 de 1968). Para estas entidades, cuando de controversias de derecho privado se trate, rige el artículo 198 del C. de P. C., norma que le dá valor a la confesión del representante legal, gerente, administrador o cualquier otro mandatario, mientras esté en ejercicio de sus funciones, en lo relativo a actos y contratos comprendidos dentro de sus facultades para obligar al representado o mandante.

Como puede observarse, ni siquiera para estas últimas, existe libertad al respecto. Puesto que sólo podrá hablarse de confesión con relación a aquellos actos y contratos que estatutariamente encajen en la órbita de disposición de tales representantes, pero no más allá. Se recuerda sí que cuando las controversias de las empresas industriales y comerciales del Estado sean del conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativo, el artículo 199 tiene plena vigencia y cobran vigor todas las restricciones anotadas.

Y así como no vale la confesión espontánea de los representantes judiciales, tampoco podrá provocarse la de éstos o la de los representantes administrativos mediante interrogatorio de parte. Fuera de esta clara prohibición existen motivos de carácter jurídico que tocan con la competencia, que también impedirían la operancia de esta vía para lograr la confesión. Los funcionarios y corporaciones públicas no pueden hacer sino aquello para lo que están expresamente autorizados y las entidades de derecho público se obligan ordinariamente mediante actos formales, escritos, sujetos a una serie de ritos y controles que no podrán suplirse, como normas de obligado acatamiento que son, por la manifestación hecha ante un juez sin más requisitos y formalidades. A este respecto, el profesor Bielsa, escribe: "La Administración pública sólo se obliga por actos casi siempre complejos, de derecho público, v.gr., en un régimen de autorización según causa determinada, y mediante formas determinadas. Este gran principio, en el que descansa todo el régimen de validez de los actos administrativos, no podría ser destruído por la regla procesal ordinaria de la probatio probatissima, que es dominante en el régimen jurídico y legal de la confesión en el juicio civil.

Pero adviértase que la improcedencia e ineficacia de la confesión de los funcionarios para obligar a la Administración pública de la cual ellos dependen, no se funda, ni mucho menos, en el principio de la subordinación del derecho del particular ante el interés público. No; la razón es otra. La facultad de imponer un interrogatorio a los agen-

tes de la Administración pública para comprometer el interés público y el patrimonio del estado, con la sólo declaración de ellos, 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. Esta diferencia de régimen se explica, pues, por la naturaleza misma de las cosas".(4)

Es preciso, para entender mejor los dos incisos que transcribimos atrás, recordar la doble representación legal que se puede dar en las entidades públicas. En éstas, por mandato del legislador, es de común ocurrencia que un mismo funcionario asuma la personería del ente ante los estrados judiciales (representación judicial) y que lleve su voz en la esfera administrativa, comprometiéndola con su actividad (representación administrativa). Como también es de común ocurrencia que esa representación judicial, por ministerio de la ley, pueda ser ejercida por funcionario que no tenga el carácter de abogado titulado. Así, los gobernadores frente a sus departamentos (art. 194-4º de la C. N.) y los alcaldes con relación a los municipios (Art. 3º Ley 28 de 1974) son a la vez representantes administrativos y judiciales de los respectivos entes y pueden actuar directamente ante los organismos jurisdiccionales aunque no ostenten el aludido título.

Pero si bien en los campos municipal y departamental se da esa doble representación en cabeza de un mismo titular, a nivel nacional no sucede igual. El Ministerio Público, en sus distintos grados, es el que ejerce la representación judicial de la nación. Y la representación administrativa de ésta puede estar a cargo, bien del presidente y sus ministros o recaer en estos en ciertos tipos de actos y contratos y en especial, para conocer de las apelaciones que se interpongan contra las decisiones de los funcionarios del orden nacional.

Por su lado, el acto creador de la entidad descentralizada —ordinariamente una ley— puede otorgar esa doble representación al gerente, director o presidente o separarla en funcionarios diferentes.

Debe observarse que cuando se habla aquí de representantes judiciales estamos tomando la figura en su significación estricta, de creación legal, de tal manera que no pueden confundirse con los apoderados judiciales que en ciertas hipótesis pueden recibir poder para actuar a nombre de la entidad.

En esta última hipótesis, o sea cuando por la entidad no actúa el representante judicial sino un apoderado, éste tampoco podrá confesar aunque se le haya conferido la autorización expresa para tal efecto. Esta solución negativa es de simple lógica. Si el representante no tiene facultad para confesar, mal podría otorgarla al conferir poder.

Si así lo hiciera este último extremo debe considerarse como no escrito. En otros términos, no tendría ningún sentido que éste, pretextando su carácter de apoderado, pudiera confesar, cuando los representantes judiciales y administrativos no pueden hacerlo por expreso mandato de la ley.

Estos apoderados judiciales de las entidades públicas están sujetos así a un régimen excepcional de derecho público, que impide la operancia del art. 197 del c. de p. civil, de aplicación sólo en el campo privado.

Sobra afirmar que si los representantes de las entidades públicas no pueden confesar espontáneamente (si lo hacen, su dicho se tendrá como no escrito) ni ser llamados a interrogatorio, menos podrán hacerlo los funcionarios o empleados subalternos que no ostentan el indicado carácter y que carecen de competencia para comprometer a la entidad a que pertenecen. Estos, en cambio, sí podrán ser llamados a rendir testimonio, como tendremos oportunidad de explicarlo más adelante.

Tampoco esos mismos representantes podrán ser careados con la contraparte, ni de oficio ni a instancia de parte. La solución negativa es lógica consecuencia de la prohibición que tales representantes tienen de confesar. Por lo demás, ni siquiera en controversias de mero derecho privado pueden solicitar las partes tales careos, toda vez que esto queda al resorte oficioso del juez. El inciso final del art. 202 del c. de p. civil así lo da a entender cuando dispone que "podrán también decretarse de oficio en las mismas oportunidades careos de las partes entre sí".

También la solución es negativa cuando de careos entre la parte que es representante de la entidad y los testigos se trate, ya que aquélla, por tener interés en el litigio, no podrá ser llamada a que rinda declaración testimonial. El careo entre testigos y funcionarios no representativos, en cambio, sí sigue la regla general (art. 230 C. de P. Civil).

LOS INFORMES ESCRITOS

Pero la importancia de la norma estudiada (art. 199) no radica precisamente en las limitaciones que establece, porque a idéntica conclusión se habría podido arribar aplicando las reglas sobre competencia y formalismo administrativo, sino en el hecho de permitir que pue-

da pedírsele informe escrito bajo juramento a los representantes administrativos de dichas entidades sobre los hechos debatidos que a estas conciernan, determinados en la solicitud.

En primer término, debemos tener en cuenta que las respuestas que a este respecto den los mencionados funcionarios en contra de la entidad que representan, no tienen el carácter de confesión ni pueden valorarse como tal, ni apreciarse como una declaración testimonial. No pueden valorarse como confesión no sólo por razones de fondo relacionadas con la competencia, sino porque existe la prohibición anotada en los dos primeros incisos de la norma; ni como testimonio porque este medio parte del supuesto de que el declarante debe ser ajeno a la controversia y su forma de práctica es generalmente oral.

Como consecuencia de lo expuesto, debe concluirse que las respuestas evasivas que dé el funcionario requerido o su negativa a contestar no pueden traducirse en una confesión ficta o presunta, ya que esta forma de confesión supone que quien fue llamado a interrogatorio tenía capacidad legal para confesar.

No quiere decir lo anterior que el funcionario pueda caprichosamente negarse a contestar el informe solicitado, porque el Juez, si no se rinde en el plazo señalado para el efecto o no se hace en forma explícita, podrá imponer al responsable una multa de \$ 500.00 a \$ 5000.00.

Aunque algún sector doctrinal estima que la negativa a contestar o su respuesta evasiva no puede sancionarse sino con multa, consideramos que el desacato al mandato legal debe tenerse como un indicio en su contra, claro está que nó con el carácter de necesario o como suficiente por sí sólo para dar por probados los hechos controvertidos. Si tal alcance se le otorgara, se estaría dando a esta conducta negativa un valor equivalente al de la confesión ficta o presunta.

El indicio sería entonces, en todo caso, una prueba incompleta y como tal precisaría de otros medios para lograr el grado de certeza que el juzgador requiere para decidir con base en los hechos probados.

La solución que da carácter indiciario a la conducta omisiva del representante de la entidad, encuentra su respaldo en el art. 249 del C. de P. Civil que dispone que "el juez podrá deducir indicios de la conducta procesal de las partes".

No debe olvidarse aquí que si los informes solicitados se refieren a asuntos que por razones de orden público o de seguridad estatal tengan el carácter de secretos, la respuesta oficial que alegue como razón de su negativa tal circunstancia, deberá ser aceptada por el juez, quien no impondrá tampoco la multa.

Los informes aquí analizados adquieren una gran importancia en el campo de la desviación de poder y del control de los motivos, ya que mediante ellos el juzgador podrá controlar y calificar las razones que la administración tuvo para tomar la medida objeto de la controversia.

EL TESTIMONIO

La prueba testimonial juega también importante papel en el campo de los litigios contencioso-administrativos. Los funcionarios, en general, pueden ser llamados a rendir testimonio en las controversias donde figure como parte la entidad a que pertenecen, salvo cuando sean los representantes judiciales o administrativos de la misma, porque en estos eventos no serían estos propiamente terceros sino partes interesadas. El hecho de que algún funcionario, por razón de su jerarquía, deba declarar por certificación (art. 222 del C. de P. Civil) no varía el enfoque.

El hecho de la vinculación o dependencia jerárquica por sí sólo no invalida la declaración del funcionario o empleado llamado a rendir testimonio ni la hace, por la misma razón, sospechosa. Claro está que la sana crítica le permitirá al juzgador calificar cuándo la dependencia del declarante con el representante legal de la entidad le puede restar mérito a su dicho, como sucede cuando el deponente sea funcionario de los calificados por la ley como de confianza o cuando el llamado a declarar haya participado en la redacción del acto administrativo.

Por otro lado, la declaración del funcionario en contra de los intereses de la entidad (sobre todo cuando sea de libre remoción) puede ser un motivo más de credibilidad, ya que éste al declarar en tal sentido coloca a la verdad por encima de su propia estabilidad dentro del empleo.

Gana mérito la prueba cuando no es el mismo representante de la entidad el que llama a funcionario bajo su dependencia, sino el particular el que lo hace. Se observa sí que en esta hipótesis el código procesal vigente no permite, como el anterior, que el petente haga reserva de atenerse sólo a lo favorable de la declaración. El nuevo régimen consagra en cierta forma el principio de la indivisibilidad de ésta, hasta el punto que la parte no podrá pretender que se acepte la declaración en lo que la favorece y desecharse en el resto.

Con todo, nada obsta para que la parte contra quien se quiere hacer valer el testimonio de un empleado público lo tache de sospe-

choso por razones de dependencia, sentimiento o interés. En este evento, los motivos y pruebas de la tacha se estudiarán en la sentencia, o en el auto que falle el incidente dentro del cual se solicitó el testimonio. El juzgador, como lo ordena el art. 218 del C. de P. C., apreciará los testigos sospechosos de acuerdo con las circunstancias de cada caso.

Tiene gran importancia dentro de las controversias que se sigan ante la jurisdicción administrativa la declaración del testigo técnico. Estos testigos, por tratarse de personas especialmente calificadas, dados sus conocimientos técnicos, científicos o artísticos sobre la materia, podrán al declarar emitir conceptos cuando sean necesarios para precisar o aclarar sus propias percepciones. Este tipo de testigo se da con frecuencia cuando el llamado a declarar sea precisamente un funcionario especializado que esté al servicio de la administración.

Finalmente, debemos anotar que nada obsta para que los ex-representantes de las entidades públicas puedan ser llamados a rendir testimonio sobre los hechos que conocieron durante la gestión representativa, siempre que éstos no pertenezcan a la índole de los secretos; caso en el cual nos encontramos con una excepción al deber de testimoniar regulada por el art. 214 del C. de P. Civil.

LA PRUEBA PERICIAL

Frente a la administración pública la prueba pericial tiene ciertas limitaciones, sobre todo cuando con ella se trate de contraprobar o desvirtuar las conclusiones o elementos de juicio que le sirvieron de base o fundamento para tomar una decisión de carácter administrativo o técnico. Así, por ejemplo, no se podría decretar una peritación para demostrar que la equivalencia hecha por el Servicio Civil de un cargo para efectos de jubilación, no corresponde a la realidad. Tampoco se podría por medio de ella desvirtuar las razones que tuvo la administración para elegir el sitio X como el más apropiado para la construcción de una represa o una central hidroeléctrica o para escoger el equipo A en lugar del equipo B para el procesamiento de datos estadísticos o fiscales. Por idénticos motivos no se podría desconocer el dictamen médico oficial que sirvió de base para decretar una pensión de invalidez.

En estos como en otros campos similares, como es fácil colegirlo, nos encontramos frente a la discrecionalidad técnica de la administración que, por ser tal, no permite, en principio, control jurisdiccional. La decisión de este tipo que modificara lo aprobado por la administra-

ción mostraría a la jurisdicción extraviada en la administración y hasta cierto punto entrañaría una forma de incompetencia funcional.

En los demás eventos (avalúo de perjuicios en una acción de reparación directa, determinación de unas fallas en la construcción de una obra pública o de errores en la ejecución de unos planos etc., etc.) la administración está sujeta a la peritación ordinaria, en la cual los expertos no pueden ser servidores públicos y son nombrados siempre por el juzgador de la lista oficial del respectivo despacho. Se anota sí que en los negocios relacionados con la reforma agraria (extinción del derecho de dominio privado, expropiación de fundos rurales, etc., etc.) los expertos, en número de tres, deberán ser designados en la forma señalada por las leyes 1ª de 1968 y 4ª de 1973 y por los decretos 1577 y 1576 de 1974).

En cuanto al número de peritos que deben actuar en los procesos contencioso administrativos no existe discrepancia. Siempre serán dos, salvo claro está, la excepción anotada en el párrafo precedente, ya que en los procesos de esta jurisdicción no cabe hablar de mayor, menor o mínima cuantía, y esta determinación no impone trámites diferentes al proceso, tal como tuvimos oportunidad de explicarlo cuando hablamos de la demanda.

Consagra el nuevo código de procedimiento civil en su art. 243 una prueba que aunque no encaja exactamente en la pericial sí tiene gran afinidad con ella. Se trata de los informes técnicos o científicos que los juzgadores pueden solicitar a las entidades y oficinas públicas que dispongan de personal especializado, sobre hechos y circunstancias de interés para el proceso. Tales informes, como sucede con los dictámenes periciales, deberán ser motivados y rendirse bajo juramento; y además, se pondrán en conocimiento de las partes por el término de tres días para que éstas puedan pedir que se completen o aclaren. Debe recordarse que frente a estos informes no cabe la objeción por error grave.

Estos informes constituyen una importante innovación en el régimen probatorio colombiano pero no pueden asimilarse, como se dijo, exactamente a la prueba pericial, ya que ésta en nuestro sistema procesal impone la intervención de expertos que sean personas naturales incluídas en la lista oficial, que actúan bajo juramento, que están sometidas a un régimen de impedimentos y recusaciones similar al de los jueces y que no pueden ser empleados públicos. (art. 11 Dcto. 2265 de 1969). Además, estos informes no tienen limitación en cuanto a su número.

INSPECCION JUDICIAL

En principio, procede este medio probatorio tanto contra la Administración como contra los particulares. En tal sentido, podrán inspeccionarse las obras públicas, los bienes raíces y los muebles de su propiedad, como también los archivos oficiales para constatar en éstos ciertos hechos, para tomar datos y copias que interesen al proceso, etc., etc.

Como los archivos oficiales son por regla general públicos y están al acceso de los administrados, para la inspección judicial no tendrá que decretarse previamente la exhibición, porque ésta sólo procede, según las voces del artículo 283 del C. de P. C., cuando la parte pretenda utilizar como prueba *documentos privados* originales o en copia que se hallen en poder de la otra parte o de un tercero. A esta misma conclusión puede arribarse después de leer la norma constitucional que habla de la reserva de las cartas y papeles privados, la cual reserva no puede levantarse sino en los casos y con las formalidades que establece la ley y con el único objeto de buscar pruebas judiciales (Arts. 38 de la Carta y 283 y ss. del código antecitado).

Aquí también debe recordarse que existen ciertos documentos oficiales que por razones de seguridad nacional y orden público no pueden ser materia de inspección. Frente a éstos ni siquiera mediante exhibición podrá el juzgador incorporarlos al proceso.

Cuando las partes tengan conocimiento de la existencia de ciertos documentos que les interesan y que reposan en oficinas o archivos oficiales, el medio adecuado no será la inspección judicial, sino que deberá pedirse por intermedio del juzgador al director de la oficina, mediante exhorto, bien la certificación sobre los hechos que allí constan o bien la expedición de copias de tales documentos. Tratar de traer esos elementos probatorios al proceso mediante la inspección es seguir el camino más dispendioso, con notoria pérdida de tiempo y de dinero para las personas que intervienen dentro del mismo.

Si bien lo más técnico es buscar la documentación mediante exhorto, no deja de tener importancia la inspección para constatar, por ejemplo, el estado del archivo, su forma de conservación, los vacíos que presenta, las enmendaduras o tachas que muestran los documentos, etc., etc. O también se hace indispensable cuando precisamente se está discutiendo la veracidad de los documentos expedidos en copias oficiales.

LA PRUEBA DOCUMENTAL

Es de trascendental importancia dentro del proceso, por ser la forma documentada la que predomina en la esfera administrativa. En ésta se desenvuelve una actividad que genera, como dice Bielsa⁽⁵⁾, una documentación propia, ya que ella es casi siempre formal, escrita o actuada. Esta documentación está ínsita en toda la actividad administrativa. De allí que no se refiera sólo a los actos administrativos ni a los distintos pasos previos que deberán cumplirse para su expedición, sino también a todas las gestiones que cumple la administración en el ejercicio de su actividad. Así tienen forma escrita, por regla general, los oficios, los conceptos, los requerimientos, las puestas en mora, las instrucciones de servicio, las circulares, los informes técnicos, etc., etc.

Los documentos que dan cuenta de esa actividad tienen el carácter de públicos, porque ellos son expedidos o elaborados por funcionarios en ejercicio de sus funciones. Esta nota tiene un doble alcance: tales documentos se presumen auténticos, mientras no se pruebe lo contrario mediante la tacha de falsedad; y hacen fé de su otorgamiento, de su fecha y de las declaraciones que en ellos haga el funcionario que los expide. Estos extremos tienen sentido probatorio y no pueden confundirse con la presunción de legalidad que acompaña a todo acto administrativo. No debe olvidarse que uno es el acto administrativo con sus notas propias y tipificantes y otro, el escrito que lo documenta o contiene. Tampoco puede olvidarse que el carácter de documento público lo toma del hecho de haber sido otorgado por un funcionario en ejercicio del cargo y que por este funcionario no se entiende sólo el que lleva la representación judicial o administrativa de la entidad pública, sino todas aquellas personas que pertenezcan a los cuadros de la administración y que por razón de su oficio documenten su actividad.

El hecho de su autenticidad da certeza sobre la persona, órgano o entidad de que emana el acto y de su fecha cierta. Si ésta no existe, o es absurda (aparece datado varios años antes de la época en que se le conoce) se tendrá por "fecha del acto aquella en que ha sido publicado o notificado", según las voces de Gordillo.⁽⁶⁾

Si bien la falta de fecha puede subsanarse, existen hipótesis en las cuales la indicación de la fecha es necesaria; tal como sucede en los actos expedidos por los cuerpos colegiados o por los funcionarios que tienen el ejercicio de ciertos aspectos de su competencia condicionado por el tiempo. Así, se precisa la fecha para poder constatar si el acto

de un concejo municipal, demos por caso, se expidió en determinada sesión y con el quórum correspondiente. Igualmente se necesita ésta para establecer si el funcionario dictó el acto dentro del término que tenía para el efecto. (Casos de competencia *ratione-temporis*).

En estos últimos eventos si la fecha del acto es posterior al término legal, el acto será nulo. La omisión de la fecha no afecta la validez del acto ni impide su impugnabilidad por incompetencia temporal, por que por otros medios probatorios podrá acreditarse cuándo fue realmente emitido. Igual cosa podrá hacerse con la antedata, remedio usado con alguna frecuencia por la administración para dar la apariencia de que su actividad se ha cumplido dentro de los límites temporales.

En la primera hipótesis (acto sin fecha) no se tacha de falso éste sino que se acredita la fecha de su expedición, para de ella derivar determinadas consecuencias. En la segunda, como se presume verídica su fecha, habrá que apelar a la tacha de falsedad para acreditar que no pudo expedirse en el día que figura en el documento (caso de antedata).

Sobre la fecha que debe tenerse en cuenta para calificar si el acto fue expedido dentro del término, la jurisprudencia del Consejo de Estado, elaborada en torno a los artículos 36 de la ley 63 de 1967 y 9º de la ley 8ª de 1970 para asuntos tributarios nacionales, ha venido sosteniendo en forma reiterada que por fecha del acto no puede entenderse la de su expedición sino aquélla en que se haga la notificación a los afectados con la medida. Así, en el fallo de 18 de marzo de 1970, sostuvo esa alta Corporación: La cuestión de fondo radica en dilucidar: si basta la fecha en que el acto se expide para tener como resuelto el recurso, o si para ello es necesario que se surta la notificación al interesado”.

“Piensa la Sala que lo segundo es el sistema que debe imperar como requisito fundamental para tenerse como fallado el recurso. En efecto, el principio que guía la notificación es el conocimiento real o presunto que se da al interesado de los actos y decisiones gubernativas o judiciales a fin de que se entere de su contenido. En el proceso tributario el alcance específico de la notificación se inspira en el deseo de informar directamente al contribuyente sobre el resultado de su reclamo y explicarle de cuáles recursos puede aún hacer uso. Así pues, la notificación es un acto de gran importancia e indispensable para llevar al conocimiento del interesado la providencia que lo afecte”.

“En estos conceptos de equidad y de justicia se apoya, sin lugar a dudas, el contenido del artículo 76 del C.C.A. repetido en su inte-

gridad en la regla del decreto 2733 de 1959. Es decir, que sin el lleno de los requisitos de la notificación, ésta no se tendrá por bien hecha, ni producirá efectos legales la respectiva providencia administrativa. En consecuencia, la operación administrativa de liquidación del impuesto no queda en firme mientras no se haya notificado la última providencia gubernativa, acto que determina la ejecutoria de la misma".⁽⁷⁾

El autor de estas notas manifestó sus reparos al anterior pensamiento del Consejo de Estado, en salvamento de voto que se transcribirá luego de la siguiente reflexión. Con todo, esta Corporación mantuvo sus puntos de vista y los reforzó con otras juiciosas reflexiones. Se reconoce sí que la posición del máximo Tribunal encuentra su apoyo también en la seguridad, ya que en esa forma se quiere evitar engaños a los administrados, quienes han sido sorprendidos en más de una ocasión por la antedata de las resoluciones dictadas por los organismos fiscales nacionales.

Dijimos en aquélla oportunidad: ⁽⁸⁾

Me separo del planteamiento de mis compañeros porque estimo que el debate fue desviado de su centro. No se trata de dilucidar aquí desde cuándo cumple sus efectos el acto administrativo frente a su destinatario, sino de saber cuándo se entiende oportunamente dictado en los casos en que la competencia de la administración está limitada temporalmente.

De allí que no tenga por qué insistirse en tesis claras y doctrinas no discutidas. La oponibilidad del acto surge de la notificación y sólo en virtud de ésta adquirirá ejecutoriedad con relación a las personas afectadas con el mismo.

Por esta razón el suscrito comparte el planteamiento inicial que hace el Tribunal basado en el art. 12 del decreto 2733, que para que el acto produzca efectos legales frente a su destinatario debe notificarse adecuadamente. Pero de esto no puede concluirse, como lo hace el resto de la Sala, que antes de la notificación no sea más que un simple "internum" del servicio sin efecto jurídico alguno, ya que con la simple expedición dentro del término está cumpliendo la administración la obligación que la ley le había impuesto de decidir oportunamente y no sólo la está cumpliendo sino que lo está demostrando mediante acto administrativo debidamente instrumentado.

Por este motivo cuando lo que se va a calificar es si la administración cumplió su cometido dentro del plazo que la ley le había seña-

lado para el efecto, no debe proyectarse el análisis más allá de la expedición del acto que traduce el ejercicio de la competencia limitada temporalmente.

De la lectura detenida del art. 36 de la ley 63 de 1967 se desprende que la competencia de los funcionarios de impuestos encargados de resolver los recursos tiene limitación temporal. En otros términos, se establece allí una competencia *ratione temporis* con el alcance de que si la resolución no se dicta dentro del plazo señalado para el efecto pero se expide luego, el acto queda viciado de incompetencia y el recurrente, por ficción legal, se hace acreedor al reconocimiento de sus pretensiones, como ocurre también cuando la administración guarda silencio.

Cuando la ley señala una competencia y la limita en el tiempo, las facultades del funcionario así investido, como es obvio, van hasta el último día del plazo. De allí que sea de trascendental importancia la fecha del acto, porque será éste el elemento que deberá guiar al fallador en la calificación de su validez.

En el fondo, por tanto, el problema discutido toca con la validez del acto y no con su eficacia u oponibilidad. De allí que cuando se alegue expedición por fuera del término no deba hablarse de inexistencia sino de nulidad por incompetencia. Declarar inexistencia en el presente caso sin que se alegue como causal de impugnación la falta de competencia, es decidir con base en motivo no alegado en la demanda. Y si no se configura la inexistencia en la hipótesis precedente, con mayor razón no se dá cuando se expide dentro del término y se produce su notificación luego.

Dónde dice la ley, para aceptar el recorte temporal de la competencia decretado por el Tribunal, que los actos expedidos, vrg., en el último día del plazo ya no se pueden notificar o publicar por ser in-existentes? En parte alguna, y los términos contemplados en el art. 36 no permiten semejante interpretación, así sea la más bien intencionada del mundo.

Sobra decir que aún en los casos de publicación constitutiva —ésta como elemento de validez— puede llenarse este requisito con posterioridad al vencimiento del lapso que la Administración tenía para ejercer la competencia, tal como sucedió con el Código de Procedimiento Civil, expedido el penúltimo día del año de facultades y publicado meses después en el Diario Oficial.

Los profesores Gordillo y Waline, que difieren sustancialmente sobre el valor que tiene el acto no notificado, como que para aquél "no

es acto administrativo" y para éste "es acabado, perfecto desde el punto de vista jurídico", coinciden en esta fundamental apreciación: es la fecha del acto la que debe tenerse en cuenta para determinar su invalidez cuando está ligada al ejercicio temporalmente limitado de una competencia.⁽⁹⁾ O, en la terminología del profesor francés, es la fecha en que el acto ha sido expedido la que es preciso tener en cuenta para apreciar su validez, para apreciar por ejemplo la competencia de su autor para expedirlo.⁽¹⁰⁾

Debe anotarse que el profesor Gordillo incurre en seria contradicción en su obra "El Acto Administrativo", ya que después de sostener que *el acto no notificado es inexistente*, a renglón seguido dice que es la fecha del acto la que debe tenerse en cuenta para calificar su validez en los casos de competencia limitada temporalmente y agrega que la notificación no es más que un requisito previo a su exigibilidad y que sólo en los casos en que el acto carezca de fecha o ésta sea absurda, se tendrá como fecha la de la notificación. Además, el carácter de instrumento público que le dá el profesor aludido al acto documentado dice de la existencia de éste antes de su notificación o publicación.

Cuando se notifica un acto datado se le hace saber al destinatario que dicho acto existe desde la fecha de su expedición. En otras palabras, se le pone en conocimiento la existencia del acto vaciado en instrumento público que documenta la voluntad estatal. Instrumento público que por ser tal tiene especial fuerza probatoria, ya que se impone siempre erga omnes y se prueba por sí mismo desde su expedición porque hace fé, de acuerdo con el art. 264 del c. de p. c., no sólo de su otorgamiento y de las declaraciones que en él haga el funcionario, sino también de su fecha. En el derecho colombiano el escrito que documenta la voluntad estatal tiene indiscutiblemente el carácter de instrumento público, de conformidad con el art. 251 del citado ordenamiento.

Significa lo anterior que el destinatario que lo conoce posteriormente en virtud de la notificación, que es, como dice Gordillo, requisito previo a su exigibilidad, tiene que aceptar los extremos citados (que fue otorgado realmente, en la fecha indicada, por el funcionario que aparece suscribiéndolo y que éste hizo las declaraciones que allí aparecen) y el único camino que le queda para desconocer que fue realmente expedido en la fecha indicada es el de la tacha de falsedad. Por tal razón, si el administrado considera que fue antedatado, tendrá que demostrar esta circunstancia en forma plena y no limitarse a lucubraciones para desvirtuar lo que es un aspecto netamente fáctico

que debe probarse con los medios de la ley. De allí que ni los mismos funcionarios encargados de calificar la validez del acto, por sí y ante sí, sin darse la vía adecuada, puedan desconocer la fecha de la expedición.

Sobre la importancia de la fecha del acto escribe el profesor Gordillo y la califica como "requisito de obvia necesidad principalmente en los casos de competencia temporal" e insiste que "si la fecha en que figura que se dictó es posterior al término legal, el acto es inválido; si no consigna fecha, podrá resultar que en verdad también fue dictado fuera del término, con igual consecuencia; o, aunque indique la fecha precedente, podrá también probarse que dicha fecha es también falsa y que el acto fue antedatado".⁽¹¹⁾

Obsérvese que el mismo autor argentino permite, con la cita que se deja transcrita y subrayada, arribar a la conclusión de que si la fecha es anterior al vencimiento del término el acto es perfectamente válido.

Sobre la fé del instrumento público el mismo autor enfatiza: "exactamente igual es la situación en el caso del acto administrativo: la instrumentalidad pública del acto certifica tan sólo su celebración, su firma, su fecha, etc., pero no certifica ni puede certificar con el alcance del art. 993 su contenido, sus motivos de hecho o de derecho, ni su validez".⁽¹²⁾

El profesor uruguayo Couture corrobora lo anterior en su obra de Derecho Procesal Civil cuando afirma: "el instrumento público hace fé, aún frente a los terceros, en cuanto al hecho de haberse otorgado y su fecha. Nadie, ni las partes, ni los sucesores, pueden desconocer la realidad del otorgamiento y la fecha del instrumento público, salvo prueba de falsedad".⁽¹³⁾

En el sistema colombiano la notificación es requisito de ejecutoria o eficacia, posterior y separado del acto administrativo, hasta el punto que una notificación defectuosa o ilegal no afecta la validez del mismo. Sólo por excepción se rompe la regla general del decreto 2733 de 1959 y se incorpora la notificación como elemento de validez o existencia, tal como se observa en el inciso final del art. 29 del Decreto 1651 de 1961.

Sólo aceptando el postulado que se expresa al principio del párrafo precedente, puede entenderse a cabalidad el art. 12 del decreto 2733, porque si la notificación allí exigida fuera requisito de validez, la conducta concluyente también autorizada en la norma no tendría

ningún efecto ni sentido, ya que ésta supone lógicamente la existencia previa del acto, para convenir en él o para impugnarlo mediante los recursos.

El art. 12 permite una interpretación lógica vinculada a los efectos del acto. Así:

- 1) El acto existe desde su expedición.
- 2) Debe ser notificado adecuadamente al destinatario para efectos de ejecutoriedad.
- 3) Sólo bien notificado se hace oponible al destinatario.
- 4) Si la notificación es defectuosa se tendrá por no hecha.
- 5) La validez del acto no se afecta ni con la notificación defectuosa ni con la falta de notificación.
- 6) Como el acto no pierde validez con la notificación defectuosa, podrá notificarse de nuevo.
- 7) La parte mal notificada, mediante conducta concluyente puede convenir o interponer recurso contra la providencia. Luego, su existencia es obvia y no supeditada a la notificación, a menos que la ley la exija y expresamente, lo que no sucede en los casos del art. 36 de la ley 63 de 1967. (Hasta aquí el salvamento de voto).

Podría agregarse a las anteriores reflexiones que para efectos de calificar una competencia temporal la fecha del acto es la de su expedición. Pero, en cambio, para todo lo que toque con el administrado, tal como lo afirma el Consejo de Estado, en sentencia de 20 de mayo de 1975, "es sólo desde el cumplimiento cabal de esa diligencia (se refiere a la notificación, se aclara) cuando pueden comenzar a contarse los términos para la ejecutoria del proveído, para la interposición de recursos gubernativos contra él o para la caducidad del plazo legalmente hábil para el ejercicio de las acciones contencioso administrativas encaminadas a impugnarlo.....".⁽¹⁴⁾

Sobre la FIRMA del acto administrativo debemos hacer algunos comentarios adicionales. En principio, como se dijo, el acto administrativo debe ser escrito o documentado y, dada la autenticidad que conlleva, debe arrojar certeza sobre el funcionario que lo ha firmado o elaborado. Se dice en principio, porque existen ciertos actos en los

NOTA: En decisión de sala plena el Consejo de Estado cambió la doctrina, a fines de 1975, y acogió en parte los lineamientos del salvamento de voto que se transcribió atrás.

cuales la firma del funcionario que los expide puede ser reemplazada con un sello dotado de ciertas especificaciones, tal como sucede con los actos de liquidación de impuestos nacionales (renta y complementos) por expresa permisión legal. Así, el artículo 18 del decreto 1651 de 1961, subrogado por el artículo 13 del decreto 2821 de 1974, señalaba que la liquidación oficial debía contener, entre otros requisitos, la firma del funcionario liquidador o el correspondiente sello de control. Por su lado, el artículo 19 del decreto 2821 de 1974, disponía que "en los casos en que se utilicen máquinas o sellos de seguridad para timbrar las notificaciones de liquidaciones, puede prescindirse del requisito de la firma cuando así lo autorice el Jefe de la División de Impuestos Nacionales".

La aludida División (hoy Dirección General en la nueva nomenclatura oficial) en desarrollo de ese mandato produjo la resolución R-37-A de 1961, mediante la cual autorizó al Jefe de la Sección de Liquidación para prescindir de la formalidad de la firma, tanto en las liquidaciones de impuestos como en sus avisos de notificación, reemplazándola con un sello de seguridad dotado de ciertas características.

La jurisprudencia del Consejo de Estado en repetidas oportunidades ha tocado el punto aquí analizado y ha llegado a la conclusión que cuando el acto liquidatorio carece de tales requisitos es inexistente, no produce efectos jurídicos de ninguna clase y por tanto, los impuestos allí deducidos no tienen eficacia ni fuerza vinculante.

El requisito de la firma o del sello se mantuvo en el decreto 2821 de 1974, concretamente en el numeral 9 del artículo 13, dispositivo que ordena: "Las liquidaciones de revisión y las de aforo correspondientes a los impuestos de renta y ventas, deben contener los siguientes datos:9) Firma del funcionario o sello de control manual o automático".

Se anota sí que la omisión de este requisito podrá corregirse en cualquier tiempo, de oficio o a solicitud del interesado, por la oficina competente, de conformidad con las normas orgánicas de la Dirección General de Impuestos, previo examen de los antecedentes respectivos; y que la corrección se entenderá practicada en la fecha en que se produjo el acto corregido.

Pese a los términos de la norma que permite esa corrección en cualquier tiempo (artículo 14 del decreto 2821), creemos que el punto merece ciertas precisiones: Así, podrá hacerla sin limitación temporal, si la parte ha consentido expresa o tácitamente la liquidación

oficial; y si a pesar de haberla recurrido, los motivos de inconformidad alegados se refieren a aspectos distintos a la omisión referida. Por que si el motivo de los recursos radica precisamente en la falta de firma o sello, la Administración no podrá durante el trámite gubernativo y menos durante el jurisdiccional, corregir o subsanar dicha omisión, porque si el contribuyente en esta eventualidad, como es previsible, se ha limitado a alegar la inexistencia, se quedaría sin la oportunidad para atacar los extremos de fondo de la liquidación. Tampoco podrá subsanar la referida omisión pasados dos años contados desde la presentación de la declaración de renta, porque en esta hipótesis al estimarse como inexistente la liquidación oficial sin firma o sello, la privada quedará en firme, tal como lo dispone el artículo 11 del mencionado ordenamiento.

Sobre la firma de los actos administrativos cabe observar, además, que las técnicas modernas de computación van dando entrada a una serie de documentos públicos contentivos de la voluntad estatal, sin firmas de los funcionarios responsables de su emisión y que, sin embargo, tienen plena validez y eficacia. Así las cuentas por concepto de impuesto predial, parques y arborización, valorización, etc., etc. Estas cuentas, que no son otra cosa que el acto de liquidación del respectivo impuesto, pueden ser discutidas gubernativa y jurisdiccionalmente. La autenticidad de tales documentos se deriva más bien de su formato externo, del papel especial utilizado, de las perforaciones que presentan y de ciertos distintivos especiales, como escudos, emblemas, leyendas, etc., etc.

COPIAS AL CARBON

Consideramos oportuno recordar que la jurisprudencia acepta con buen sentido que las copias al carbón del acto administrativo con firmas en igual forma, llenan a cabalidad las exigencias del artículo 86 del C.C.A. Así, en auto de 1º de febrero de 1972 con ponencia del H. Consejero Dr. Eduardo Aguilar Vélez, esa alta corporación sostuvo: "Esta exigencia de la ley tiene por finalidad constatar que la administración profirió realmente el acto y que los términos de caducidad de la acción no han precluído. En el caso a estudio el actor presentó una copia al carbón con firmas también al carbón. Esta copia debe presumirse auténtica y es posiblemente la que fue entregada al demandante al solicitarla a la administración. Luego no tiene esta jurisdicción motivo para rechazarla. No se puede colocar al ciudadano en una situación contraria a la finalidad buscada por la ley. Si se so-

licitó a la entidad correspondiente copia del acto acusado y se le expidió en la forma como aquí se hizo, no hay razón suficiente para que dicha copia no sea admitida. La circunstancia de que no aparezca con las constancias de notificación, tampoco es motivo para rechazar la demanda, pues dicha atestación tiene por finalidad, como ya se dijo, verificar que la acción no se encuentre caducada. En la época actual, y esto no es posible desconocerlo, se han implantado nuevos sistemas, para expedir copias del acto administrativo, tales como el empleado por la administración en el caso a estudio. Resulta exagerado formularlo exigir copias con sistemas anticuados, cuando la realidad es que la administración busca una mayor movilidad en sus asuntos".⁽¹⁵⁾

LAS ACTAS

Así como la actividad de la administración es normalmente documentada, la de los cuerpos colegiados (Asambleas, Concejos, Juntas Administradoras, etc.) no es la excepción, ya que de sus sesiones deberá levantarse el acta correspondiente, en la cual se narra en su orden lo acaecido (acuerdos, decisiones, discusiones, votaciones, etc., etc.), previas las anotaciones sobre la fecha y hora de la reunión, número y nombre de los asistentes, persona que la haya presidido, orden del día desarrollado, etc., etc.

En principio, el acta es la prueba de que se efectuó la reunión y de que en ésta se tomaron las decisiones allí detalladas, pero no la prueba única. Su inexistencia no afecta, por regla general, la existencia y validez de los actos allí expedidos, ya que éstos podrán acreditarse por otros medios probatorios, tales como certificaciones, declaraciones de testigos, etc., etc.

La solución propuesta es la más adecuada, porque sostener que el acta es la prueba única implica dejar una serie de actos sin control de legalidad, puesto que le bastaría a la administración para lograr este propósito no aprobar el acta de la reunión o demorar indefinidamente su aprobación. Creemos que la aprobación del acta que contenga una decisión administrativa no sea una condición suspensiva de su existencia y validez, sino que ella no tiene otra finalidad distinta a la de poder constatar si tal decisión quedó en los términos inicialmente convenidos. Si la aprobación se produjo sin observaciones, el acto queda bien probado con la copia del acta inicial. Claro está que para una mayor seguridad podrá arrimarse al proceso con la constancia de su aprobación. En cambio, si se introdujeron modificaciones al

aprobar el acta anterior, nos encontramos entonces ante un acto expedido en dos sesiones y por ende, como es lógico, debe figurar en dos actas distintas.

El Consejo de Estado ha tenido oportunidad de estudiar el valor demostrativo de las actas, en más de una ocasión. Así en sentencia de 27 de enero de 1971, con ponencia del Dr. Alvaro Orejuela Gómez, sostuvo:

“Respecto de los nombramientos verificados por los Concejos Municipales, su prueba normal sería el acta de la sesión celebrada en esa fecha, pero dicho documento no es la condición de su validez ni su prueba única. Sostener que la única prueba factible de nombramientos similares es solamente el acta aprobada, sería muchas veces exigir lo imposible; y las corporaciones municipales podrían dilatar indefinidamente la aprobación de ellas, a objeto de no constituir la prueba que los litigantes necesitan, evitando así el control jurisdiccional de sus actos administrativos”.⁽¹⁶⁾

Estimamos sí que las actas originales deben estar firmadas por el presidente de la corporación y su secretario. La firma de estos funcionarios es requisito para la existencia misma del documento y le da el carácter de público.

Al ser el acta un documento de alcance o sentido meramente probatorio y que, por tanto, no debe confundirse con el acto o actos que se expidieron durante la sesión que narra, será inadecuado pedir su nulidad ante la jurisdicción administrativa, ya que el que con tal propiedad proceda correrá el riesgo de la inadmisión de la demanda por falta de la debida identificación del acto administrativo objeto de la impugnación.

LOS MEDIOS PROBATORIOS Y LOS DISTINTOS MOTIVOS DE IMPUGNACION

Frente al motivo de *la violación de la regla de derecho de fondo* cabe recordar que el derecho, en principio, no es objeto de prueba,

NOTA: Se observa que el principio enunciado sufre un recorte en el proceso contencioso administrativo, que no se da ordinariamente en los demás procesos, por cuanto en aquél sólo se aplicarán las normas *alegadas* (no se da el control general de legalidad en ninguna de las acciones) mientras que en éstos basará que sean aplicables, dada la oficiosidad del juzgador.

por la vigencia del postulado *iura novit curia*, según el cual la aplicación de la ley es un problema del conocimiento del orden jurídico por el juez, quien debe aplicar en la sentencia administrativa sólo las normas existentes que hayan sido alegadas por las partes, al señalar las normas violadas y al explicar los fundamentos de derecho de la acción o de su excepción.

Pero si bien es cierto el juez debe aplicar tales normas sin necesidad de prueba, no lo es menos que el postulado atrás enunciado no se refiere sino a la normación nacional, que es precisamente la que no puede ignorar ni dejar de aplicar pretextando obscuridad o el hecho de no ser exactamente aplicable al caso controvertido.

En cambio, las normas de vigencia local o seccional, aunque no dejan de ser derecho, son hechos desde el punto de vista probatorio y por tal razón deberán acreditarse dentro del proceso en la forma determinanda por el art. 188 del c. de p. c. En este artículo se estatuye que el texto de las normas jurídicas colombianas que no tengan alcance nacional, deberá aducirse al proceso en copia auténtica, de oficio o a solicitud de parte.

La copia de estos ordenamientos de vigencia seccional deberá expedirla el jefe o la secretaría del despacho de origen. Pero también podrá probarse mediante el periódico oficial de la entidad (crónica municipal o gaceta departamental, demos por caso) debidamente autenticado, ya que éste así tendrá el valor de copia auténtica de los documentos públicos que en ellos se inserten.

De acuerdo con lo expuesto, no deben probarse: la Constitución, la ley en sentido formal, los decretos extraordinarios, los decretos legislativos, los de emergencia, los autónomos, los reglamentos, los simplemente ejecutivos, etc., etc. Deben acreditarse: las ordenanzas, los acuerdos, los decretos de los gobernadores y los alcaldes, las resoluciones de los funcionarios de estos niveles etc., etc. Estos actos de vigencia local no son leyes en sentido formal, sino actos administrativos de los conocidos en la doctrina como reglas o reglamentos.

Creemos que la oficiosidad en este campo no repugna, ya que la doctrina amplía cada vez más el principio *iura novit curia*, no sólo para estas normas sino también para el derecho extranjero, máxime cuando el artículo 188 antecitado la permite. No podría escindirse la norma para aplicarla sólo en el primer extremo y no en el segundo. El interés público impone esta solución.

Aún nos atrevemos a sostener —como lo hicimos en la obra "De La Prueba Judicial"— que podría darse el caso de que el juzgador

aplique aquí su conocimiento privado y personal, siempre y cuando transcriba el texto en la motivación del fallo. Esta última exigencia tiene su importancia frente a la parte que la ignora, ya que en este campo no tiene operancia el postulado de que nadie puede ignorar la ley. Se acepta así la tesis del profesor Devis Echandía de que si son reglas de derecho deben ser aplicadas por el juez y su conocimiento no debe depender de la simple actividad de las partes.⁽¹⁷⁾

En estas condiciones, deberán observarse las siguientes reglas:

a) Si la norma que se dice violada es de carácter nacional, bastará indicarla con toda precisión y explicar en qué consiste su desconocimiento. La confrontación se hará entonces entre el acto administrativo que se impugna, el cual deberá ser probado y anexado a la demanda, y la norma superior que se dice infringida por el mismo. b) Si la norma que se dice violada es de vigencia local o seccional, tanto ésta como el acto infractor, deberán probarse adecuadamente. c) Si la violación de la ley no es directa sino indirecta por error de hecho, el control de legalidad se extenderá hasta la verificación de la exactitud de los motivos alegados. En tales condiciones deberá acreditarse que el hecho en que la autoridad administrativa funda su decisión es falso o materialmente inexacto. d) Cuando la violación no sea de una norma positiva de derecho pero sí de un principio general, éste no deberá probarse sino simplemente enunciarse con las explicaciones del caso. (su violación se asimila a la de ley en sentido formal) ya que, como lo indica la noción misma, es éste una norma general de derecho que no figura en ninguno de los textos que tienen valor jurídico, pero que recibe por voluntad del juez valor legislativo y es aplicado al igual que la ley escrita, tal como lo afirma Letourneur. Se recuerda aquí que para efectos de suspensión provisional no podría alegarse el desconocimiento flagrante de tales principios. e) La violación de la cosa juzgada —en cuanto constituye una verdad legal— es forma de violación asimilada por la jurisprudencia y la doctrina a la de la ley, pero requiere para su reconocimiento no su simple enunciado sino la prueba de que el nuevo proceso versa sobre el mismo objeto, se fundamenta en la misma causa y que entre ambos procesos existe identidad jurídica de partes (art. 332 c. de p. c.) f) Cuando el acto administrativo viola o desconoce un contrato (violación que no puede alegarse sino en el contencioso de plena jurisdicción, puesto que el aludido contrato no sienta reglas de derecho, sino normas o preceptos de acción) la prueba del convenio deberá aportarse en forma legal. g) También deberá demostrarse la circular cuando de su desconocimiento se trate, ya que su validez, en principio, no se proyecta por fuera de la órbita interna de la administración, lo que impide que sea asimilada a la ley.

LOS VICIOS DE INCOMPETENCIA Y EXPEDICION EN FORMA IRREGULAR, como formas que son de la violación de la ley, no permiten mayores explicaciones. Y lo son por cuanto la competencia de los funcionarios está atribuída mediante normas positivas, bien de carácter constitucional o legal. Si la atribución de competencia se desprende de un ordenamiento local, se seguirá la regla general y deberá ser probado éste. Con todo, el carácter de orden público que detienen los principios reguladores de la competencia permite su declaración oficiosa, aunque el demandante no la haya invocado en apoyo de su petición.

El vicio de forma también está referido —como se dijo— a la violación de la ley, la cual es la que indica el procedimiento a seguir y las formalidades que deben cumplirse. Se recuerda aquí que cuando el acto administrativo debe motivarse, la falta de este requisito permite la impugnación del acto por expedición en forma irregular.

En la DESVIACION DE PODER las pruebas juegan un papel más complejo y trascendental. La índole interna del vicio (vicio de tipo subjetivo, tal como lo denomina Gordillo).⁽¹⁸⁾ impone que la investigación sea más delicada y estricta que la que requiere la demostración de los otros motivos analizados. Y la dificultad estriba precisamente en el hecho de tratarse de un vicio solapado que se oculta en la intención del autor del acto, que suele cubrirlo —como lo dice Argañaras.⁽¹⁹⁾— con las apariencias de la legalidad.

Pero las dificultades que en la práctica se presentan y que hace que las decisiones anulatorias por este motivo sean bastante escasas, no pueden considerarse como insalvables. No siempre el funcionario que actúa impulsado por una finalidad diferente a la impuesta por la ley, alcanza a ocultar satisfactoriamente los rastros de su conducta viciada, los cuales pueden exteriorizarse mediante ciertas pruebas, las que servirán para desentrañar los móviles partidistas, personales, persecutorios o de favoritismo, etc., etc. "Expresiones vertidas por el funcionario ante terceros, actos de procedimiento que no aparecen objetiva y razonablemente motivados y que indican por ello una finalidad desviada, etc., etc.", pueden ser elementos de prueba para la desviación de poder, tal como lo afirma el citado profesor Gordillo.⁽²⁰⁾

En otras palabras, la existencia de la desviación de poder se determina por la investigación de los motivos psicológicos o subjetivos del autor del acto, los que pueden hacerse aflorar mediante la utilización de las pruebas. Así, se indagan ciertas manifestaciones que aparecen en los considerandos, en las constancias anteriores al acto que obran en el expediente, en actos similares anteriores respecto del mis-

mo particular afectado; se estudia o evalúa la manifiesta irracionalidad técnica del acto, la inexistencia o nimiedad de los hechos invocados por el agente o la contradicción entre los mismos.

Ha sostenido la doctrina con criterio un tanto restrictivo, que la prueba del vicio enunciado no puede resultar sino de los elementos de juicio que proporcione el expediente administrativo. Se acepta sí que este expediente sea su mejor fuente y muchas veces la única. Pero "puede serlo el acto mismo, dada la obligación de motivar la decisión que la ley impone para ciertos actos. Puede serlo también, las diversas piezas que obran en el expediente, como sería la correspondencia cambiada que hubiese precedido o seguido a la decisión cuestionada".⁽²¹⁾

Con todo, no repugna que si no toda la prueba por lo menos una parte de ella resulte de hechos externos, tal como sucede cuando se presentan dentro del juicio las expresiones verbales hechas por el autor del acto y de las cuales se colija que actuó movido por pasión política, por interés personal, por favoritismo hacia un amigo íntimo, etc., etc; o también cuando de otros documentos que no figuran dentro del proceso —que culminó con la expedición del acto— se desprende que el funcionario lo expidió no para el fin acordado sino con el único propósito de lograr nuevos ingresos para el municipio. Esta documentación puede encontrarse en el informe que sobre este punto u otros rinda el funcionario ante su superior o ante el órgano administrativo seccional.

Lo precedente no quiere significar que de los elementos estudiados tenga que resultar la confesión del autor del acto, porque esto reduciría la operancia de la institución todavía más. Basta que la conjunción de los distintos medios probatorios produzca en el juzgador la certeza suficiente de que la desviación de poder ha sido cometida.

Quizás la prueba de indicios sea la más adecuada para desentrañar el vicio aquí estudiado. Indicios que podrán deducirse no sólo de la conducta procesal de las partes, sino de los otros medios incompletos que operen dentro del proceso. Cabe recordar aquí lo que dijimos cuando analizamos los informes de los representantes de las entidades públicas y su importancia para descubrir este vicio subjetivo. En estos informes las evasivas que se observen en las respuestas, la negativa injustificada a responder, las incoherencias en el texto mismo, las frases injuriosas o desobligantes contra el reclamante, son otros tantos indicios que valorados en su conjunto pueden producir la convicción que el juez necesita para decidir.

Como son indicios también la motivación antitécnica, infundada o incoherente y la ostensiblemente ilegal, la inexistencia de los hechos invocados, las razones baladíes formuladas, la carencia de motivación, cuando ella sea elemento formal del acto; la motivación mediante frases genéricas o de comodín; el cambio intempestivo e inmotivado de una práctica administrativa, etc., etc. Nótese en estas hipótesis la estrecha vinculación que existe entre la desviación de poder y la institución del control de los motivos, tal como lo explicamos en capítulo precedente.

El fenómeno aquí tratado no es nuevo en nuestra jurisprudencia. El Consejo de Estado ha anulado en más de una ocasión actos administrativos de insubsistencia expedidos con fundamento en una renuncia que no se ha presentado. También ha tomado decisiones anulatorias frente a actos motivados en forma insuficiente, con motivación de comodín o carentes de ella.

Sobra recalcar finalmente que el juzgador tendrá que apreciar los distintos indicios, teniendo en consideración la gravedad, convergencia y concordancia y su relación con las demás pruebas que obren dentro del proceso, porque en estos casos, como en los demás que deben fallarse con base en hechos probados, la apreciación valorativa debe ser de conjunto.

FICHA BIBLIOGRAFICA

- 1) RODRIGUEZ GUSTAVO HUMBERTO. "Régimen probatorio del Proceso Contencioso Administrativo y el nuevo Código de Procedimiento Civil". Revista Derecho Colombiano N° 118, 1971.
- 2) BETANCUR J. CARLOS. "De La Prueba Judicial". Imprenta Universidad de Antioquia, Pág. 166 - 174.
- 3) TASCÓN JULIO ENRIQUE. Citado por Ortega Torres. Código Administrativo, Edición 1965 - Pág. 371.
- 4) BIELSA RAFAEL. "Sobre lo Contencioso Administrativo". Castellvi S. A. 3ª Edición, Pág. 259.
- 5) BIELSA RAFAEL. "Obra citada", Pág. 252.
- 6) GORDILLO AGUSTIN. "El Acto Administrativo". Abeledo-Perrot. 1969, Pág. 311.
- 7) CONSEJO DE ESTADO. "Sentencia 18 de Marzo". Consejero ponente Juan Hernández Sáenz.
- 8) BETANCUR J. CARLOS. Salvamento de voto a la sentencia de 20 de abril 1972 Dictada por el Tribunal Administrativo de Antioquia con ponencia del Dr. Juvenal Mesa T. (Confecciones Primavera contra la Nación).
- 9) GORDILLO AGUSTIN. Obra citada, Pág. 311.
- 10) WALINE MARCEL. Droit Administratif". Sirey 1963, novena edición, Pág. 547.
- 11) GORDILLO AGUSTIN. Obra citada, Pág. 311.
- 12) GORDILLO AGUSTIN. Obra citada, Pág. 174.
- 13) COUTURE. Derecho Procesal Civil. Ediar 1949. Tomo 2o, Pág. 97.
- 14) CONSEJO DE ESTADO. Sentencia 20 de Mayo de 1975. Consejero ponente Juan Hernández Sáenz.
- 15) CONSEJO DE ESTADO. Sentencia 1º de Febrero de 1972. Consejero ponente Eduardo Aguilar Vélez.
- 16) CONSEJO DE ESTADO. Sentencia 27 de Enero de 1971. Consejero ponente Alvaro Orejuela G.
- 17) BETANCUR J. CARLOS. Obra citada, Pág. 76.
- 18) GORDILLO AGUSTIN. Obra citada, Pág. 287.
- 19) ARGANARAS MANUEL. Tratado de lo Contencioso Administrativo. Tea 1955. Pág. 433.
- 20) GORDILLO AGUSTIN. Obra citada, Pág. 286.
- 21) ARGANARAS MANUEL. Obra citada, Pág. 434.