
**Balance, reforma y perspectivas
del Código de Procedimiento
Administrativo y de lo
Contencioso Administrativo
(Ley 1437 de 2011)
en su décimo aniversario**

Héctor Santaella Quintero
Editor

Serie de Derecho Administrativo n.º 36

Balance, reforma y perspectivas
del Código de Procedimiento Administrativo
y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011)
en su décimo aniversario

Héctor Santaella Quintero
Editor

**Balance, reforma
y perspectivas del
Código de Procedimiento
Administrativo y de lo
Contencioso Administrativo
(Ley 1437 de 2011)
en su décimo aniversario**

Universidad Externado de Colombia

Balance, reforma y perspectivas del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011) en su décimo aniversario / José Luis Benavides [y otros] ; Héctor Santaella Quintero, editor. -- Bogotá : Universidad Externado de Colombia. 2022.

636 páginas ; 21 cm. (Derecho Administrativo ; 36)

Incluye referencias bibliográficas al final de cada capítulo.

ISBN: 9789587908183 (impreso)

1. Procedimiento administrativo 2. Procedimiento administrativo -- Innovaciones tecnológicas 3. Tecnologías de la información y la comunicación 4. Responsabilidad extracontractual I. Santaella Quintero, Héctor Jesús, editor II. Universidad Externado de Colombia III. Título IV. Serie

344.2 SCDD 15

Catalogación en la fuente -- Universidad Externado de Colombia. Biblioteca.

marzo de 2022

ISBN 978-958-790-818-3

© 2022, HÉCTOR SANTAELLA QUINTERO (ED.)

© 2022, UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

Calle 12 n.º 1-17 este, Bogotá

Teléfono (601) 342 0288

publicaciones@uexternado.edu.co

www.uexternado.edu.co

Primera edición: marzo de 2022

Diseño de cubierta: Departamento de Publicaciones

Corrección de estilo: Santiago Perea Latorre

Composición: María Libia Rubiano

Impresión y encuadernación: Panamericana, Formas e Impresos S.A.

Tiraje de 1 a 1. 000 ejemplares

Prohibida la reproducción o cita impresa o electrónica total o parcial de esta obra, sin autorización expresa y por escrito del Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Las opiniones expresadas en esta obra son responsabilidad de los autores.

Diseño epub:

Hipertexto - Netizen Digital Solutions

CONTENIDO

PRESENTACIÓN

PRIMERA PARTE

REFLEXIONES SOBRE EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO CON
OCASIÓN DEL DÉCIMO ANIVERSARIO DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO
ADMINISTRATIVO Y DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

CAPÍTULO PRIMERO

Pruebas en el procedimiento administrativo

José Luis Benavides

CAPÍTULO SEGUNDO

Las tecnologías de la información y las comunicaciones en
el procedimiento administrativo: ¿eficiencia y celeridad de
la Administración vs. derechos del administrado?

Hugo Alberto Marín Hernández

CAPÍTULO TERCERO

Administración pública digital y universalidad de las
tecnologías de la información y las comunicaciones

Luz Mónica Herrera Zapata

Laura Daniela González Rozo

SEGUNDA PARTE

REFLEXIONES SOBRE EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO CON OCASIÓN
DEL DÉCIMO ANIVERSARIO DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO
ADMINISTRATIVO Y DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

CAPÍTULO CUARTO

El precedente contencioso administrativo y su aplicación en
el tiempo

Carolina Deik Acostamadiedo

CAPÍTULO QUINTO

Debates y dilemas en materia de control judicial del acto
administrativo en tiempos del Código de Procedimiento
Administrativo y de lo Contencioso Administrativo

Héctor Santaella Quintero

CAPÍTULO SEXTO

El control automático de legalidad de los fallos con
responsabilidad fiscal: crónica de una derogatoria
anunciada

Juan Gabriel Rojas López

CAPÍTULO SÉPTIMO

Diez años del Código de Procedimiento Administrativo y de
lo Contencioso Administrativo: algunas reflexiones sobre el
contencioso electoral

Paula Robledo Silva

CAPÍTULO OCTAVO

Vicisitudes jurisprudenciales de la medida cautelar de
suspensión provisional en los primeros diez años del
Código de Procedimiento Administrativo y de lo
Contencioso Administrativo

César Yaruro Ortega

CAPÍTULO NOVENO

La dimensión contenciosa de la responsabilidad
extracontractual en tiempos del Código de Procedimiento
Administrativo y de lo Contencioso Administrativo

María Cecilia M'Causland Sánchez

CAPÍTULO DÉCIMO

El contrato estatal y su control judicial bajo la égida del
Código de Procedimiento Administrativo y de lo
Contencioso Administrativo

Juan Carlos Expósito Vélez

CAPÍTULO UNDÉCIMO

Remedios procesales para hacer dúctil y eficiente el
proceso contencioso administrativo. Una visión necesaria
para contrarrestar la mora judicial luego de diez años de
expedido el Código de Procedimiento Administrativo y de lo
Contencioso Administrativo

Juan Camilo Morales Trujillo

CAPÍTULO DUODÉCIMO

Reflexiones sobre los efectos de la distribución de
competencias en la Ley 2080 de 2021: hacia un equilibrio
entre la función unificadora del Consejo de Estado y el
protagonismo del juez administrativo

Fernando Alexei Pardo Flórez

NOTAS AL PIE

PRESENTACIÓN

Por su compromiso con el desarrollo de las cláusulas y garantías constitucionales tanto en sede judicial como administrativa, su aspiración de incorporar las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC) al procedimiento administrativo y judicial, así como su pretensión de contribuir a la solución de problemas históricos de la jurisdicción administrativa -como la excesiva mora y la congestión judicial-, la expedición de la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, CPACA) constituye un hito importante dentro del derecho administrativo en Colombia. A pesar del continuismo que se advierte en su texto respecto de las líneas fundamentales de la regulación legal anterior en el tratamiento dado a las actuaciones y decisiones administrativas y jurisdiccionales que disciplina, de él se destaca, entre otros aspectos, su apuesta por el fortalecimiento del procedimiento administrativo y la depuración de sus garantías procesales, la ampliación del derecho de petición ante particulares, su preocupación por el afianzamiento de los precedentes judiciales y el fortalecimiento de la función de unificación de jurisprudencia del Consejo de Estado, la incorporación de un novedoso modelo de protección cautelar, así como de un innovador esquema de procedimiento contencioso ordinario

por audiencias, provisto de una cierta flexibilidad para promover una mayor agilidad en su trámite.

Con tan importantes objetivos en la mira, la conmemoración del décimo aniversario de la promulgación de este código representa una oportunidad formidable para realizar un balance sobre cómo ha sido el proceso de implementación de esta reforma y cuáles han sido los principales frutos que ha arrojado y los problemas que ha generado su aplicación; así como para formular desde la academia algunas propuestas que permitan el fortalecimiento del Estado democrático de derecho en Colombia. En últimas, se trata de analizar con detalle lo que ha sucedido estos años con una de las piezas centrales de la parte general del derecho administrativo nacional. Con este propósito, los días 11 y 12 de marzo de 2021 se celebró en la Facultad de Derecho de nuestra Universidad el Seminario “Décimo Aniversario del CPACA: balance, reforma y perspectivas”, en el cual se discutió lo que la expedición de esta norma ha representado tanto para la Administración Pública como para la jurisdicción contencioso administrativa, así como los principales retos que plantea su aplicación y el horizonte que dibuja su reciente reforma por la Ley 2080 de 2021.

La presente publicación recoge algunos de los debates más significativos que tuvieron lugar en dicho Seminario. Organizado en dos grandes partes, la primera, consagrada a la incidencia del CPACA sobre el procedimiento administrativo, y la segunda, al estudio de los efectos de la expedición y reforma de esta norma sobre el control judicial de la Administración, a lo largo de sus doce capítulos el texto expone y analiza las principales líneas de evolución y las problemáticas fundamentales aparejadas a la aplicación de las normas de la Ley 1437 de 2011 y de su reforma por la Ley 2080 de 2021, y pone sobre la mesa la necesidad de introducir ajustes o correctivos a los

institutos o mecanismos regulados por el legislador en dichos estatutos, así como a las líneas jurisprudenciales acuñadas por el Consejo de Estado y la Corte Constitucional con ocasión de la aplicación de estas disposiciones.

El texto, entonces, va mucho más allá del mero recuento normativo y del inventario y transcripción acrítica de los enunciados legales o de las posturas jurisprudenciales, para ofrecer una mirada problemática y propositiva sobre los principales asuntos que preocupan al derecho administrativo colombiano contemporáneo, tanto en lo relativo al procedimiento administrativo como en lo referente al contencioso administrativo. La puesta en valor de la singularidad del régimen probatorio en el procedimiento administrativo, la necesaria y desafiante incorporación de las TIC al quehacer administrativo, los avances y retos aparejados a las sentencias de unificación de jurisprudencia del Consejo de Estado, los muchos e inquietantes debates que aún hoy origina el control de legalidad del acto administrativo, las lecciones que deja el novel y fallido intento de introducir un control inmediato de legalidad sobre los actos que declaran la responsabilidad fiscal de una persona, la evolución de los medios de control de nulidad electoral y pérdida de investidura como pilares centrales del contencioso electoral, las vacilaciones del juez administrativo respecto del novedoso esquema de protección cautelar frente a actos administrativos introducido por el CPACA, los principales dilemas ligados al contencioso de responsabilidad patrimonial del Estado y a las controversias contractuales, así como la valoración de los ajustes introducidos por el CPACA al proceso contencioso administrativo y el análisis de la incidencia que puede tener sobre el funcionamiento de la jurisdicción administrativa la reforma efectuada por la Ley 2080 de 2021 al reparto de competencias entre los jueces que la

conforman en sus distintos niveles, son los temas que se examinan y desarrollan con especial ahínco en este libro.

Se trata, en definitiva, de un interesante esfuerzo dogmático por hacer una reconstrucción apropiada y actual de la situación jurídico-positiva de este componente nuclear de la parte general del derecho administrativo, contenido en el CPACA. Por ser, quizás, la espina dorsal de esta disciplina jurídica, la consideración de lo que ha sucedido con él a lo largo de estos diez años resulta crucial y merece la atención que, confío, le brinda cada uno de los capítulos de este texto.

Su publicación es oportuna y ojalá sirva de ocasión para activar o relanzar múltiples discusiones en esta materia que, pese a su importancia, por diversas razones, se mantienen en silencio o en tonos prácticamente inaudibles. Si, como afirma Schmidt-Assmann, “los tribunales administrativos y la ciencia del Derecho Administrativo pertenecen a las fuerzas que configuran el Derecho Administrativo en todos los ordenamientos jurídicos”¹, esfuerzos como este tienen sentido. Por ello, agradezco a Jorge Iván Rincón, Director del Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia, el apoyo ofrecido desde el inicio a la publicación de esta obra, a Julián Pimiento, quien compartió conmigo el reto de la organización del evento en marzo de 2021, a todos los autores que participaron con sus valiosas contribuciones en este trabajo colectivo, y a los pares evaluadores de este libro, cuyas recomendaciones y observaciones han permitido validar, depurar y reforzar el contenido y la perspectiva de sus capítulos, posibilitando así su mejora.

Héctor Santaella Quintero
Editor

PRIMERA PARTE
REFLEXIONES SOBRE EL PROCEDIMIENTO
ADMINISTRATIVO CON OCASIÓN DEL DÉCIMO
ANIVERSARIO DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO
ADMINISTRATIVO Y DE LO CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO

CAPÍTULO PRIMERO

PRUEBAS EN EL PROCEDIMIENTO

ADMINISTRATIVO

JOSÉ LUIS BENAVIDES*

Resumen. El derecho fundamental del debido proceso en las actuaciones administrativas conlleva la aplicación de las garantías judiciales sobre la prueba. No obstante, los medios de prueba, así como su gestión, deben adaptarse a las particularidades del procedimiento administrativo, dada su finalidad distinta del procedimiento judicial. La realización del interés general impone a la Administración una carga reforzada en el establecimiento de la verdad material de los hechos que fundamentan su decisión, afectando reglas básicas de la gestión judicial de la prueba, tanto en la instrucción de la decisión administrativa como en los recursos administrativos. La necesaria agilidad y eficacia de la decisión administrativa justifica además la flexibilidad de los medios judiciales de prueba y la ausencia de los recursos contra la decisión de decreto de pruebas. Las pruebas del procedimiento administrativo se caracterizan por un delicado equilibrio y ponderación entre los derechos fundamentales del administrado y el funcionamiento eficaz de la Administración.

Palabras clave: procedimiento administrativo, pruebas, recursos administrativos.

Abstract. The fundamental right to due process in administrative adjudication procedures involves the recognition of judicial guarantees regarding evidence. Nonetheless, judicial evidentiary rules and their application to administrative procedure must adapt to its particular ends. The attainment of the general interest imposes on the Administration a reinforced burden of proof when establishing the truth of the facts that support its decision in both adjudication and administrative review procedures; which moves away from the basic rules pertaining to judicial management of evidence. The diligence and efficacy required in administrative decision-making justify at the same time flexible means of evidence and the absence of review of the decree of evidence. Evidentiary rules in administrative procedures thus concentrate a delicate balance between the fundamental rights of administered individuals and an effective action of the Administration.

Keywords: Administrative procedure, evidence, proof, administrative action.

INTRODUCCIÓN

Como lo explica la jurisprudencia constitucional, el “objeto principal [del procedimiento administrativo general] es la satisfacción del interés general mediante la adopción de decisiones por parte de quienes ejercen funciones administrativas”¹ o “el cumplimiento de la función administrativa en beneficio del interés general”². En este sentido, el artículo 1.º del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA) identifica como finalidad del procedimiento “el cumplimiento de los fines estatales, el funcionamiento

eficiente y democrático de la administración”. Igualmente, el texto establece la muy explícita finalidad de lograr “la sujeción de las autoridades a la Constitución y demás preceptos del ordenamiento jurídico”, lo que constituye la esencia del propósito del procedimiento que vincula, en sí mismo, la *protección y garantía de los derechos de las personas*.

La función del proceso administrativo, explica también la Corte, “es la de permitir un desarrollo adecuado de la función pública, persiguiendo el interés general y sin desconocer los derechos fundamentales, bajo los principios orientadores del artículo 209 de la Carta Política”³.

La regulación de un procedimiento mínimo que deben tener en cuenta las entidades en sus actuaciones administrativas desarrolla, además, la esencia del principio constitucional de legalidad, en virtud del cual “ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley” (art. 121 de la Constitución), y por ello el Constituyente también previó que “no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento” (art. 122 de la Constitución). El procedimiento administrativo constituye así una garantía esencial para que las funciones detalladas atribuidas a las autoridades sean ejercidas respetando los derechos fundamentales y, entre estos, el debido proceso. Por ello, la Corte considera que “el derecho al debido proceso administrativo es ante todo un derecho subjetivo, es decir, corresponde a la facultad de las personas interesadas en una decisión administrativa, de exigir que la adopción de la misma se someta a un proceso dentro del cual asegure la vigencia de los derechos constitucionales de contradicción, impugnación y publicidad”⁴.

El constituyente de 1991 reforzó este derecho, al consagrar el derecho fundamental del “debido proceso” no solo en los procesos judiciales, como lo establecía la

tradicción procesal, sino también en los procedimientos administrativos (art. 29 de la Constitución). La sujeción de la autoridad a un procedimiento preestablecido busca así la limitación del poder arbitrario y, en ese sentido, tiene un objetivo de preservación de derechos fundamentales.

... toda autoridad tiene sus competencias definidas dentro del ordenamiento jurídico y debe ejercer sus funciones con sujeción al principio de legalidad, a fin de que los derechos e intereses de los administrados cuenten con la garantía de defensa necesaria ante eventuales actuaciones abusivas, realizadas por fuera de los mandatos constitucionales, legales o reglamentarios vigentes⁵.

Por otra parte, el *modo de producción de los actos administrativos*, que caracteriza el procedimiento administrativo, no solo debe estar previamente definido sino, además, haber sido establecido por la ley. La reserva legal de los procedimientos administrativos constituye entonces otra garantía fundamental y expresión del principio de legalidad del comportamiento de la Administración⁶.

Las características así esbozadas del procedimiento administrativo lo acercan al proceso judicial y a sus elementos esenciales. Y, sin embargo, la jurisprudencia constitucional también ha destacado con fuerza las diferencias importantes entre el proceso judicial y el procedimiento administrativo, derivadas de sus finalidades diversas:

Mientras el primero busca la resolución de conflictos de orden jurídico, o la defensa de la supremacía constitucional o del principio de legalidad, el segundo tiene por objeto el cumplimiento de la función administrativa en beneficio del interés general. Esta dualidad de fines hace que el procedimiento administrativo sea, en general, más ágil, rápido y flexible que el judicial, habida cuenta de la necesaria intervención de la Administración

en diversas esferas de la vida social que requieren de una eficaz y oportuna prestación de la función pública⁷.

Ello explica, como lo ha señalado la Corte, que el debido proceso administrativo debe armonizar los mandatos del artículo 29 Superior con los principios del artículo 209 ibídem. Y, en términos concretos, que las garantías deban aplicarse asegurando también la eficacia, celeridad, economía e imparcialidad en la función pública⁸.

En la medida en que el debido proceso se caracteriza por el respeto de las formas establecidas por el legislador, la Corte reconoce a este último gran autonomía para definir las⁹. No obstante, el respeto de las garantías constitucionales exige una ponderación delicada entre el derecho individual al debido proceso (art. 29 de la Constitución) y el cumplimiento de los fines de la función administrativa (art. 209 de la Constitución). En este sentido, para que el primero no sea sacrificado ni restringido desmesuradamente por la flexibilidad y la agilidad, inherentes a los principios de la función administrativa de eficacia, eficiencia y oportunidad, es necesario establecer un umbral mínimo de garantías aplicables a cualquier procedimiento administrativo, umbral que la Corte aprecia de manera concreta en la regulación legal, valorando la realización efectiva de los derechos individuales, pese a ciertas flexibilidades concebidas por el legislador en pro de la eficiencia de la actuación administrativa.

Así, ha considerado, por ejemplo, que la comunicación del inicio del procedimiento a un tercero interesado, prevista en el CPACA (art. 37), no es contraria a las garantías mínimas del debido proceso, aunque no contenga las formalidades de la notificación personal previstas para el inicio de los procesos judiciales, al tener en cuenta la necesaria agilidad propia del principio administrativo, si ella permite la preservación de una comunicación eficaz al

interesado¹⁰. El mismo razonamiento fundamentó la constitucionalidad de la notificación de actos de la Administración tributaria mediante aviso en lugar de acceso al público de la misma entidad y en su portal de la *Web* cuando hayan sido devueltos por el correo¹¹. Por el contrario, calificó de inaceptable, por desproporcionado y carente del respeto de garantías mínimas, el considerar como fecha de notificación de comunicaciones tributarias la de introducción al correo, exigiendo la realidad del recibo de la comunicación por parte del destinatario, como momento de notificación: “para darle cabal cumplimiento a la disposición constitucional [considera la Corte], debe entenderse que se ha dado publicidad a un acto administrativo de contenido particular, cuando el afectado recibe, efectivamente, la comunicación que lo contiene”¹².

Aunque en varios pronunciamientos la Corte ha establecido mínimos reforzados, muy próximos a las garantías del proceso judicial, cuando analiza procedimientos sancionatorios de la Administración¹³ el tribunal constitucional también establece unos mínimos aplicables a todo procedimiento administrativo. A partir de dos garantías elementales indispensables: informar al interesado y tener un procedimiento sumario que preceda la decisión administrativa¹⁴, todo procedimiento ha de incluir también los derechos de defensa, de contradicción, de presentación y controversia de pruebas, y de publicidad¹⁵; exigencias que pueden enunciarse en la siguiente lista de condiciones mínimas¹⁶:

- Actuación ante la autoridad competente
- Actuación con el pleno respeto de las formas previstas
- Comunicaciones y notificaciones oportunas y en forma legal
- Participación de los interesados desde el inicio del procedimiento hasta su culminación
- Ser oído durante toda la actuación

- Actuación sin dilaciones
- Ejercicio del derecho de defensa y contradicción
- Derecho a solicitar, aportar y controvertir pruebas
- Derecho a impugnar las decisiones y a promover la nulidad por violación del debido proceso

El procedimiento administrativo general tiene así elementos característicos del proceso judicial pero ellos son objeto de adaptaciones fruto de las particularidades de la actuación administrativa. El tratamiento de las pruebas en estos procedimientos permite apreciar esta situación ambivalente de proximidad esencial y particularidad simultánea frente al proceso judicial. Las pruebas constituyen expresión esencial del debido proceso: su gestión adecuada por la Administración constituye una garantía esencial para el administrado en la protección efectiva de sus derechos fundamentales. Pero, al mismo tiempo, es en la materia probatoria, en particular, donde las garantías individuales reforzadas limitarían de manera desproporcionada la necesaria agilidad de la actuación administrativa y perturbarían excesivamente su eficacia. Ello lleva a la modulación de la gestión probatoria, frente a la regulación en la actividad judicial, preservando sin embargo las garantías individuales mínimas.

Este artículo se propone presentar el sentido y alcance de esta dinámica a partir de las *particularidades de la prueba en el procedimiento administrativo* (1), lo que permite apreciar su tratamiento en la regulación legal y la justificación de su concepción y gestión *flexibles* (2), frente a su regulación en el proceso judicial.

1. PARTICULARIDADES DE LA PRUEBA EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

En principio, la prueba tiene el mismo objeto en el procedimiento administrativo que en el judicial. La

Administración ha de fundamentar su decisión en los supuestos de hecho que prevén las normas positivas que regulan su competencia, así como el juez ha de resolver el litigio que le presentan las partes o definir el derecho que asiste al actor sobre la base de los hechos que constituyen el fundamento de las normas que aplica. En uno y otro caso, los hechos han de estar establecidos a partir de las pruebas allegadas y practicadas en el proceso administrativo o judicial. El CPACA lo establece así de manera explícita cuando regula el contenido de la decisión administrativa al final del procedimiento, prescribiendo que la Administración tomará la decisión “con base en las pruebas e informes disponibles” (art. 42). La fundamentación en los hechos probados comporta, necesariamente, la garantía de contradicción efectiva de la prueba, como lo advierte la Corte Constitucional¹⁷. El Consejo de Estado identifica la contradicción como ingrediente mínimo del debido proceso: el administrado debe tener la posibilidad de conocer las pruebas que van a fundamentar la decisión de la Administración y poderlas controvertir antes de que la Administración adopte su decisión. Así, consideró que la decisión de cancelación de la inscripción en el registro de constructores, fundamentada explícitamente en la comprobada inexactitud de la documentación presentada por el interesado, no era suficiente para preservar el derecho de defensa, así como tampoco la existencia de un recurso administrativo contra la decisión, en el que el afectado podría exponer los fundamentos de su desacuerdo. No haberle dado la oportunidad de controvertir las pruebas era violatorio de su derecho de defensa, al punto de afectar de manera irremediable la licitud de la decisión¹⁸. Del mismo modo, el alto tribunal amparó el derecho fundamental de un soldado a quien la Administración militar le negó el reconocimiento de lesiones por accidente en servicio basada “en pruebas

traídas de una investigación preliminar en la que no tuvo la posibilidad de intervenir, más que para dar su declaración y a la que solo tuvo acceso en virtud de las órdenes proferidas en esta acción, en primera instancia”¹⁹.

Aunque el procedimiento administrativo general no lo contempla de manera explícita, la contradicción efectiva de las pruebas exige que se dé oportunidad a los interesados de presentar sus conclusiones finales o alegatos, después de la práctica de pruebas. De manera implícita el artículo 40 CPACA lo incluye al prever que “el interesado contará con la oportunidad de controvertir las pruebas aportadas o practicadas dentro de la actuación, antes de que se dicte una decisión de fondo”.

Pese a estas características comunes de la prueba en los procedimientos administrativo y judicial, existen particularidades determinadas por la finalidad específica del procedimiento administrativo. Como se desarrollará en los dos sub acápite de esta primera sección, *la verdad material*, que debe buscar la Administración en sus procedimientos, se perfila como un *principio de la prueba*, frente a la genérica actividad oficiosa del juez (1.1), lo que determina también las particularidades de la función y gestión de la prueba en los *recursos administrativos* (1.2).

1.1. Principio de la verdad material

En el proceso judicial contemporáneo el juez no tiene una posición pasiva frente al litigio que le propongan las partes con las pruebas que aporten y soliciten. La oficiosidad de la función judicial le impone una actitud activa para el avance del proceso. Desde las primeras disposiciones generales del Código General del Proceso (CGP, Ley 1564 de 2012) se le impone al juez el deber de adelantar los procesos por sí mismo y la responsabilidad de cualquier demora (art. 8.º), y se consagra entre sus deberes, en primer orden, el de velar

por la rápida solución del proceso (art.42.1) y *utilizar los poderes que el código le concede en materia de pruebas de oficio para verificar los hechos alegados por las partes* (arts. 42.4 y 169) e, incluso, de manera más amplia, *cuando sean necesarias para esclarecer los hecho objeto de la controversia* (art. 170). Por su parte, el CPACA establece que en el proceso contencioso administrativo el juez o magistrado ponente debe decretar de oficio las pruebas que *considere indispensables para el esclarecimiento de la verdad* (art. 180.10). La prevalencia del derecho sustancial que impone hoy al juez la propia Constitución (art. 228) refuerza su papel activo para proveerse del mayor material probatorio que le permita acercar lo más posible la verdad procesal a la verdad material.

Y, sin embargo, siendo un tercero en la contienda entre las partes, su imparcialidad impondrá limitaciones a su dinamismo, por cuanto la oficiosidad no borra la regla básica probatoria de la carga de la prueba a cargo de las partes: *incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen* (art. 167 CGP). Por el contrario, en el procedimiento administrativo, la Administración tiene competencias especiales, determinadas por la *finalidad particular del procedimiento* (1.1.1), que le impone obligaciones reforzadas para encontrar la verdad material que debe fundamentar su decisión, lo que afecta la dinámica de *la carga de la prueba* (1.1.2), así como su actividad probatoria a lo largo del procedimiento, *sin que exista un verdadero período probatorio* (1.1.3).

1.1.1. Finalidad particular del procedimiento administrativo

En los procedimientos sancionatorios, la Administración tiene un papel inquisitivo en el que es juez y parte. El sentido del principio de imparcialidad, que orienta todo

procedimiento administrativo (art. 3.3 CPACA), le impone *asegurar y garantizar los derechos de todas las personas, sin discriminación*, lo que incluye al investigado, de tal suerte que tiene el deber de buscar activamente la verdad real. El código disciplinario concreta así la imparcialidad del funcionario en la búsqueda de la prueba, al exigirle investigar con igual rigor los hechos y circunstancias que demuestren tanto los elementos de la falta disciplinaria como los que son favorables al investigado (art. 129 CDU²⁰). El sentido de la prueba de oficio tiene así un carácter particular frente a la labor oficiosa del juez que dirime la contienda entre las partes. En estricto sentido, el investigador no puede ser *imparcial*, por cuanto es juez y parte en el procedimiento. Luego, la *imparcialidad* significa, en realidad, objetividad en su decisión, lo que le impone un mayor rigor en la búsqueda de la verdad real. En los procesos sancionatorios ello es reflejo del principio de presunción de inocencia, aplicable hoy, de manera general, en todo procedimiento sancionatorio (art. 3.1 CPACA). El Consejo de Estado encontró así responsable a la Administración por la incautación de ganado de una finca por parte de agentes de seguridad del Estado que no desplegaron ninguna actividad probatoria tendiente a verificar la propiedad lícita del ganado, afirmada por el administrador de la finca. “Esta actuación resultó abiertamente irresponsable y violatoria de los principios de buena fe y de presunción de inocencia, pues las autoridades asumieron que el ganado era robado solo porque la persona encargada de su cuidado no pudo demostrar durante la diligencia que había sido adquirido legalmente”²¹.

Pero, esta particularidad de la tarea de la Administración en el manejo de la prueba no se limita a los procedimientos sancionatorios. La finalidad general de todo procedimiento administrativo de lograr la realización del interés general

según los parámetros positivos exige al funcionario utilizar los medios a su alcance para identificar los fundamentos fácticos que determinan las competencias que ejerce. En palabras de García de Enterría y Fernández, la Administración debe lograr “la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales deba pronunciarse la resolución”²². La gestión de la prueba hacia la búsqueda de la verdad real refleja así una manifestación del principio de legalidad: el funcionario no define subjetivamente el sentido del interés general que persigue. Son las normas y principios positivos los que lo definen, así como las actividades que debe despegar para lograrlo, mediante la definición de las funciones que le atribuye la ley (art. 121 de la Constitución). La ejecución de sus competencias impone así establecer de manera activa la realidad de los hechos en que se apoyan. El deber constitucional de actuar estrictamente en el marco de las competencias, que le genera responsabilidad personal por actuar extralimitándolas u omitiéndolas (art. 6.º de la Constitución), impone al servidor público establecer la realidad de los supuestos de hecho de las normas que ejecuta. La enorme prerrogativa pública del acto administrativo, que confiere a la Administración el poder de definir unilateralmente una situación jurídica de carácter específico mediante la cual define el derecho del destinatario, exige al servidor público fundarse en la realidad de los hechos previstos por la norma que le otorga competencia para actuar.

En este sentido, el deber de la autoridad administrativa de buscar la verdad material constituye un principio del procedimiento administrativo general en el derecho peruano, exigiéndole *verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones* (art. IV, 1.11 de la Ley 27.444/2001, Dto. supremo 004-2019-JUS)²³, al igual que en

el procedimiento general uruguayo (art. 2. d) Dto. 500/1991):

La búsqueda de la verdad en el procedimiento administrativo, al igual que en toda la actividad administrativa, es un pilar fundamental del quehacer estatal, conforme al cual debe procurarse el conocimiento de la realidad y sus circunstancias tal cual aquella y ésta son, independientemente de cómo hayan sido alegadas por las partes²⁴.

El derecho colombiano no consagra este principio del procedimiento, pero su materialidad es expuesta por la Corte Constitucional cuando determina el alcance del derecho del administrado a presentar y controvertir pruebas, concibiendo que comporta el “derecho a que de oficio se practique las pruebas que resulten necesarias para asegurar el principio de realización y efectividad de los derechos (art. 2 y 228 [de la Constitución])”²⁵. El principio también sería la consecuencia lógica de la finalidad esencial del procedimiento administrativo y del sentido de los principios de eficacia, mediante el cual las autoridades buscan que los procedimientos logren su finalidad (art. 3.11 CPACA), e imparcialidad (art. 3.3 CPACA), en cuanto la objetividad de la decisión ha de fundarse en el establecimiento de la realidad de los hechos.

1.1.2. Carga de la prueba

El principio de la verdad material tiene una consecuencia natural sobre la carga de la prueba. Si la Administración debe establecer la realidad de los hechos que fundamentan sus competencias, es ella la que tiene la carga de probarlos. El Tribunal de Servicio Civil peruano relaciona, en la lógica de nuestra Corte Constitucional, el derecho del administrado a ofrecer y producir pruebas con el impulso oficioso y la verdad material, lo que le permite considerar que la actividad probatoria vincula a la Administración de

manera decisiva, “pudiendo afirmarse que es esta última quien tiene la carga de la prueba”²⁶. En el procedimiento administrativo general español, la Administración tiene el deber de abrir un período probatorio “cuando la administración no tenga por ciertos los hechos alegados por los interesados” (art. 77.2 de la Ley 39 de 2015). La carga de la prueba se encuentra así modulada, frente a su distribución en el procedimiento judicial, por cuanto será siempre la Administración quien está obligada a abrir un período probatorio si existe contradicción sobre los hechos. García de Enterría y Fernández consideran así que “la simple alegación por el interesado de un hecho determinado coloca a la administración en la alternativa de aceptarlo como cierto o de abrir un período de prueba para resolver la discrepancia en caso contrario”²⁷.

Apoyado en un asesoramiento de la Procuración del Tesoro de la Nación de Argentina, Gordillo²⁸ considera que la Administración no puede apartarse del principio de la verdad material, que es el que debe predominar, y, a diferencia de lo que acontece en el procedimiento judicial, donde el juez circunscribe su función jurisdiccional a las afirmaciones y pruebas aportadas por las partes, en el procedimiento administrativo el órgano debe resolver ajustándose a los hechos, prescindiendo de que hayan sido o no alegados y probados por el particular (PTN, Dictámenes, 172/1994). Aunque, también destaca el autor argentino, en la práctica, el administrado tiene todo el interés en alimentar probatoriamente el expediente administrativo, so pena de no ver reconocido su derecho por la Administración e incluso luego por el juez, al revisar la legalidad del acto²⁹. Como observan Aletti y Bonina, con frecuencia la Administración “no sólo no busca la verdad material, sino que además, busca argumentos para rechazar las peticiones, sin siquiera considerar las pruebas ofrecidas por las partes”³⁰. En realidad, la dinámica

probatoria no puede considerarse integral y generalizadamente a cargo de la Administración.

La regulación especial del procedimiento puede explícitamente invertir la carga de la prueba, como es posible apreciar en el procedimiento administrativo de extinción de dominio por falta de explotación económica de un predio rural, en el que los propietarios alegaban fuerza mayor, consistente en la imposibilidad de explotar el bien al estar ocupado por los invasores del predio. El Consejo de Estado colombiano recuerda el decreto que reguló el procedimiento administrativo para la extinción del dominio agrario, en virtud del cual *la inexplotación del predio solo podía justificarse con fundamento en hechos constitutivos de fuerza mayor*, según la calificación de esta última por el Código Civil (art. 2.º del Dto. 1577 de 1974), y *la carga de su prueba, como la de la explotación, correspondía al propietario* (art. 11 *ibid.*)³¹. La regulación actual sobre los procedimientos agrarios ratifica la carga de la prueba en los particulares (art. 2.14.19.2.7 del Dto. 1071 de 2015).

En el procedimiento aduanero, “al interesado, o al tercero vinculado a la actuación, le incumbe probar los supuestos de hecho de las normas jurídicas cuya aplicación pretende” (art. 656 del Dto. 1165 de 2019). No obstante, la medida no es en realidad una excepción a la regla general, por cuanto se trata de situaciones favorables al investigado, que restringirían o impedirían la aplicación de las normas de sanción, lo que, en todo caso, constituirá una carga probatoria del investigado.

Esta observación se ve reforzada al precisar que la carga reforzada en cabeza de la Administración es destacada por la doctrina en ejemplos de procedimientos sancionatorios, donde la presunción de inocencia es determinante. Por el contrario, parece difícil que en los procedimientos encaminados a reconocer un derecho, como en una licencia, un permiso, una certificación, una habilitación