



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE
SALA SEGUNDA DE ORALIDAD**

Sincelejo, tres (03) de diciembre de dos mil trece (2013)

MAGISTRADO PONENTE: RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

RADICACIÓN: 70-001-23-33-007-2012-00111-01
ACCIONANTE: ROSA SUSANA BALETA MARTÍNEZ
ACCIONADO: MUNICIPIO DE COROZAL
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Estando el presente proceso, para dictar sentencia de segunda instancia y como quiera, que es menester efectuar el saneamiento que comporta todo proceso que se ventile ante la jurisdicción contenciosa administrativa, en cualquiera de las instancias, es necesario determinar la existencia, en el *sub examine*, de una eventual irregularidad sustantiva o procesal que predique la configuración de una causal de nulidad.

ANTECEDENTES

La señora ROSA SUSANA BALETA MARTÍNEZ, mediante apoderado judicial, interpuso demanda, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, contra el Municipio de Corozal, con el propósito que se declarara la nulidad del acto administrativo de fecha 6 de agosto de 2012, notificado ese mismo día, mediante el cual, negó el reconocimiento y pago del 7% del valor de la mesada pensional por aportes en salud, causada desde el 25 de febrero de 2005, hasta el 30 de abril, como también negó el pago de la diferencia pensional, derivada del reajuste de la pensión, causada en los extremos temporales enunciados.

El presente medio de control, fue avocado y admitido, en primera instancia, por el Juzgado Séptimo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante auto de fecha 13 de diciembre de 2012¹. Surtidas las notificaciones de rigor y el traslado a la parte demandada, el A quo, procedió a convocar a las partes, para la realización de la audiencia inicial, diligencia que se llevó a cabo el día 20 de junio de 2013², en la cual, en la etapa de decreto de pruebas, en atención y uso *“de la facultad oficiosa para decretar pruebas consagradas en el artículo 215 de la Ley 1437 de 2011 que permite decretarlas cuando se estima necesario para esclarecer la verdad (...)”*, decretó que el ente territorial demandado, certificará el porcentaje de incremento que recibió la señora ROSA SUSANA BALETA MARTÍNEZ, desde la fecha en que se le reconoció la pensión, esto es, 25 de febrero de 2005, hasta el 30 de abril de 2010. Esta decisión fue notificada a los extremos en estrados y la secretaría del juzgado de primer grado, comunicó a la entidad demandada, el citado requerimiento, a través de oficio No. 0910-2013 de junio 25 de 2012, recibido por aquélla, el 10 de julio de ese mismo año³.

A efectos de practicar la prueba decretada oficiosamente, se llevó a cabo la diligencia de audiencia de pruebas, el 6 de agosto de 2013⁴, constatando en esa etapa, que el documento solicitado a la demandada, no había sido aportado al proceso, por lo que ante ese silencio, determinó: *“se le dará valor probatorio al momento de dictar sentencia”*, en ese sentido, decidió declarar precluido el debate probatorio, notificándose en estrados.

De igual manera, procedió a fijar fecha para la audiencia de alegaciones y sentido del fallo, para las 10:30 a. m., de ese mismo día, que se realizó la audiencia de pruebas.

¹ Folios 29-31 cuaderno de primera instancia

² Folios 51-53 cuaderno de primera instancia

³ Folio 54 cuaderno de primera instancia

⁴ Folios 55-56 cuaderno de primera instancia

Efectivamente, el A quo instaló y efectuó la audiencia de alegaciones y juzgamiento, en la cual procedió al saneamiento del proceso, a escuchar a las partes sus alegaciones finales, por último, dictó sentencia en esa diligencia judicial, actuación que debió ser repetida, pues, en la grabación, no quedó registrado el correspondiente audio⁵, por lo que se llevó a cabo una audiencia especial, en donde se dio lectura a la parte resolutive del fallo.

CONSIDERACIONES

Vistas cada unas de las actuaciones y etapas procesales, realizadas por el Juzgado Séptimo Administrativo Oral de Sincelejo, el problema jurídico a desatar es el siguiente ¿En el asunto de la referencia, se configura una causal de nulidad suprallegal, esto es, de orden constitucional, en atención al desconocimiento del debido proceso, por indebida o ausencia práctica de una prueba, decretada de oficio por el juez de primera instancia?

Previo a esclarecer el punto anterior, es menester determinar, si el a quem, está habilitado para decretar nulidades, cuando la controversia en alzada, se encuentra ad portas, de decidirse de fondo frente al recurso de apelación, deprecado contra la sentencia de primera instancia.

Sobre este tema, debe decirse, que el artículo 145 del C. de P. C., aplicable por remisión del artículo 208 y 306 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, estipula, que en cualquier estado del proceso, antes de dictar sentencia, el juez deberá declarar de oficio las **nulidades insaneables** que observe.

A su vez, el inciso 2º del artículo 357 del C. de P. C., prevé, que si el superior, observa, que en la actuación ante el inferior, se incurrió en causal de nulidad que no fuere objeto de apelación, procederá en la forma prevista en el artículo 145.

⁵ Ver folio 62 cuaderno de primera instancia.

Acogiendo las dos preceptivas señaladas, se infiere, sin mayores disquisiciones, que al A quem, efectivamente, le asiste el deber, en aras de preservar las garantías y premisas constitucionales de las partes, de decretar de oficio, la o las causales de nulidad que se adviertan en el trámite de la segunda instancia, “esto en procura de garantizar el derecho al debido proceso de las partes y de encauzar el trámite procesal”⁶.

Decantado lo anterior, el Despacho se anticipa en afirmar, que en aras de sanear el proceso de toda irregularidad, que conlleve a la negativa de una efectiva tutela judicial y en virtud del artículo 207 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo⁷, la controversia objeto de alzada, está viciada de nulidad insaneable, por acaecimiento de una nulidad de orden constitucional, referida al desconocimiento del debido proceso, materializado con la ostensible infracción al derecho de defensa y contradicción, tanto de la señora ROSA SUSANA BALETA MARTÍNEZ, como del MUNICIPIO DE COROZAL, pues, el A quo, desistió de una prueba ordenada oficiosamente, que valga decir, es común de las partes, sin el asentimiento expreso de los extremos de la litis, cercenando con esa actitud, la posibilidad que aquéllas controvirtieran y enrutaran el mencionado elemento probatorio.

La anterior conclusión se arriba a partir del estudio de los siguientes ejes temáticos: (I) taxatividad de las causales de nulidad; (II) nulidades de índole supralegal, que afecta garantías como el debido proceso – desarrollo jurisprudencial; (iii) caso concreto.

⁶ Auto de 15 de junio de 2011, radicación 25000-23-25-000-2002-10622-01(1431-09), Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, C. P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve.

⁷ ARTÍCULO 207. CONTROL DE LEGALIDAD. Agotada cada etapa del proceso, el juez ejercerá el control de legalidad para sanear los vicios que acarrear nulidades, los cuales, salvo que se trate de hechos nuevos, no se podrán alegar en las etapas siguientes.

1.- Causales de nulidad – consagración legal – taxtividad.

El legislador previó, en aras de preservar el normal curso de los procesos judiciales, una serie de herramientas, que le permiten al operador judicial, salir al saneamiento de los mismos, es decir, a su subsanación, cuando advierta la existencia de irregularidades, que conlleven, indefectiblemente, a la nulidad de todo o parte de lo actuado.

Para ello, estipuló unas causales generadoras de nulidad, las cuales se encuentran consagradas taxativamente en el artículo 140 del C. de P. C., a saber:

“ARTÍCULO 140. CAUSALES DE NULIDAD. <Artículo derogado por el literal c) del artículo 626 de la Ley 1564 de 2012. Rige a partir del 1o. de enero de 2014, en los términos del numeral 6) del artículo 627> <Artículo modificado por el artículo 1, numeral 80 del Decreto 2282 de 1989. El nuevo texto es el siguiente:> El proceso es nulo en todo o en parte, solamente en los siguientes casos:

1. Cuando corresponda a distinta jurisdicción.
2. Cuando el juez carece de competencia.
3. Cuando el juez procede contra providencia ejecutoriada del superior, revive un proceso legalmente concluido o pretermite íntegramente la respectiva instancia.
4. Cuando la demanda se tramite por proceso diferente al que corresponde.
5. Cuando se adelanta después de ocurrida cualquiera de las causales legales de interrupción o de suspensión, o si en estos casos se reanuda antes de la oportunidad debida.
6. Cuando se omiten los términos u oportunidades para pedir o practicar pruebas o para formular alegatos de conclusión.
7. Cuando es indebida la representación de las partes. Tratándose de apoderados judiciales esta causal sólo se configurará por carencia total de poder para el respectivo proceso.
8. Cuando no se practica en legal forma la notificación al demandado o a su representante, o al apoderado de aquél o de éste, según el caso, del auto que admite la demanda o del mandamiento ejecutivo, o su corrección o adición.
9. Cuando no se practica en legal forma la notificación a personas determinadas, o el emplazamiento de las demás personas aunque sean indeterminadas, que deban ser citadas como partes, o de aquellas de deban suceder en el proceso a

cualquiera de las partes, cuando la ley así lo ordena, o no se cita en debida forma al Ministerio Público en los casos de ley.

Cuando en el curso del proceso se advierta que se ha dejado de notificar una providencia distinta de la que admite la demanda, el defecto se corregirá practicando la notificación omitida, pero será nula la actuación posterior que dependa de dicha providencia, salvo que la parte a quien se dejó de notificar haya actuado sin proponerla.

PARAGRAFO. Las demás irregularidades del proceso se tendrán por subsanadas, si no se impugnan oportunamente por medio de los recursos que este Código establece”.

La Corte Constitucional, realizó el estudio de constitucionalidad de este articulado, en sentencia C – 491 de 1995, M. P. Dr. Antonio Barrera Carbonell, donde se dijo, que quien tiene la potestad para determinar qué irregularidades procesales, acarrean nulidad total o parcial del proceso, es el legislador, por tal motivo, las causales que se enlistan, expresamente, en la preceptiva del 140 ibídem, son las que consideró el constituyente derivado, como tales, en virtud del principio de libertad configurativa y dispositiva del legislador, de tal suerte, que no se pueden alegar causales distintas, a las que se consignan en el artículo mencionado.

En esa línea de pensamiento, el Alta Tribunal Constitucional en la sentencia mentada, razonó:

“Es el legislador, como se advirtió antes, quien tiene la facultad para determinar los casos en los cuales un acto procesal es nulo por carencia de los requisitos formales y sustanciales requeridos para su formación o constitución. Por consiguiente, es válido, siempre que se respete la Constitución, el señalamiento taxativo de las nulidades por el legislador.

Las atribuciones del legislador en la materia contribuyen a la realización jurídica y material del debido proceso y a la seguridad jurídica, en lo atinente al desarrollo de las actuaciones procesales, en cuanto presume, acorde con los principios de legalidad y de buena fe que rigen las actuaciones de las autoridades públicas, la validez de los actos procesales, mientras no se declare su nulidad con arreglo a la invocación de una de las causales específicamente previstas en la ley. De este modo, se evita la proliferación de incidentes de nulidad, sin fundamento alguno, y se contribuye a la tramitación regular y a la celeridad

de las actuaciones judiciales, lo cual realiza el postulado del debido proceso, sin dilaciones injustificadas.

El Código de Procedimiento Civil que nos rige con un criterio que consulta la moderna técnica del derecho procesal, señala la taxatividad de las causales de nulidad, es decir, de los motivos que dan lugar a invalidar un acto procesal, y el principio de que no toda irregularidad constituye nulidad, pues éstas se entienden subsanadas si oportunamente no se corrigen a través de los recursos". (Subrayas del Despacho)

Guardando consonancia con la postura de la Corte Constitucional, el H. Consejo de Estado, estimó⁸:

"En ese orden de ideas, para la Sala es claro que las causales de nulidad establecidas por el legislador en el artículo 140 ibídem, son taxativas y, por consiguiente, no es posible alegar o invocar situaciones diferentes a las allí contempladas que puedan significar la nulidad del proceso".

2.- Causal de nulidad diferente a las estipuladas en el artículo 140 del C. de P. - afectación a garantías como el debido proceso – desarrollo jurisprudencial.

Con la sentencia C – 491 de 1995, se abrió la facultad de decretar la nulidad de un proceso, por causa diferentes a las expresamente señaladas, en el varias veces citado artículo 140 C. de P. C., a raíz de la afectación al precepto constitucional fundamental al debido proceso, cuando se evidencie, la indebida o ausencia, de la práctica de una prueba, que transgreda derechos conexos como el de defensa y contradicción.

En ese pronunciamiento, el máximo órgano constitucional advirtió *"que además de dichas causales legales de nulidad es viable y puede ser invocada la consagrada en el art. 29 de la Constitución, según el cual "es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso", esto es, sin la observancia de las formalidades legales*

⁸ Auto de 19 de abril de 2007, radicación 25000-23-26-000-2002-01418-01(28321), Sección Tercera, C. P. Dr. Enrique Gil Botero.

esenciales requeridas para la producción de la prueba, especialmente en lo que atañe con el derecho de contradicción por la parte a la cual se opone ésta. Por lo tanto, se declarará exequible la expresión demandada, con la referida advertencia."

Nótese, que se puede alegar o decretar de oficio, la nulidad por indebida práctica de una prueba o ausencia de práctica de la misma, casos en los cuales, se evidencia el desconocimiento flagrante al debido proceso, causal que esta por fuera de las establecidas en el ordenamiento procesal civil, pero que es de rango supralegal, pues, afecta garantías que se deben preservar en todo el proceso, como el caso del derecho de defensa y contradicción.

Por tal motivo, la excepción a la regla general de la taxatividad de las causales de nulidad, tiene que ver con la irregularidad, fundamentada en la causal constitucional del artículo 29 de la Carta Política.

Este mismo pensamiento, ha sido también acogido por el Alto Tribunal Contencioso Administrativo, al señalar:

*"tal y como se señaló previamente, en el estudio de constitucionalidad del artículo 140 del C.P.C., el Tribunal Constitucional reconoció que dicha enumeración legal constituía un listado taxativo que, **única y exclusivamente tiene una excepción contenida en el propio texto constitucional, relativa a la prueba obtenida sin las formalidades legales, suceso éste que acarrea, según el ordenamiento jurídico, la nulidad no sólo de la prueba sino del procedimiento en caso de que el resultado del proceso haya dependido de la valoración de dicho instrumento de convicción.**"⁹*

3.- Caso concreto.

Abordando el *sub examine*, como se advirtió en líneas anteriores, el A quo, dentro de la etapa de decreto de pruebas, prevista en la audiencia inicial, ordenó de oficio, que el Municipio demandado, aportara certificación, en

⁹ Ibídem 8.

la que conste, el porcentaje del incremento que recibió la señora Susana Baleta Martínez, desde la fecha en que se reconoció la pensión, esto es, 25 de febrero de 2005, hasta el 30 de abril de 2010.

Considera el Despacho, que si el juez hizo uso de la facultad de decretar la citada prueba de oficio, era porque pensaba llegar a, por lo menos, una verdad relativa, que no la proporciona los hechos narrados en la demanda, la contestación de la mismas, ni mucho menos, los elementos de convicción que las partes allegaron en las respectivas oportunidades, eventos que hace que el operador judicial, deba averiguar e indagar los hechos que estima dudosos - previó a adoptar una determinación de fondo, que ponga fin a la controversia - que en el caso concreto, se circunscribe a los porcentajes de incremento de la pensión de la actora, desde el 25 de febrero de 2005 hasta el 30 de abril de 2010.

En esa dirección, una vez verificado por parte del juez, que todo lo que reposa, lo que se allegó y fue anunciado en el proceso, lo puede conducir a una posible verdad, no será necesario, ni pertinente, el decreto de una prueba de oficio, pues, ya ostenta los elementos de juicio, que le permitan decidir el caso puesto a su conocimiento.

En vista de lo anterior, es factible afirmar, que si el juez decreta una prueba de oficio y su recolección u obtención no ha sido posible, debe adelantar, todos los medios posibles, para que sea incorporado al proceso, pues, precisamente, ese elemento de juicio, va a incidir, notoriamente, en la resolución del caso, lo que hace indefectible, que esté allegado al expediente, máxime, cuando se ha considerado, que le va a proporcionar luces, para dilucidar la controversia.

Sobre el punto de la prueba de oficio, la H. Corte Constitucional, ha precisado el alcance constitucional que tiene la misma, en los siguientes términos¹⁰:

¹⁰ Sentencia T – 264 de 2009.

"4.1 El decreto de pruebas de oficio es un asunto que genera amplio interés y controversia en el ámbito de la teoría del proceso. Estas controversias se relacionan, principalmente, con (i) la posibilidad -teórica o práctica- de alcanzar la verdad en el ámbito del proceso judicial; y (ii) la relevancia o necesidad de la prueba en el marco de los fines del proceso.

4.2 En cuanto al primer problema, la discusión se ubica en el plano de la posibilidad (o imposibilidad) teórica y práctica de alcanzar algún tipo de conocimiento que pueda considerarse verdadero. Desde un punto de vista filosófico y epistemológico, se discute la existencia misma de la verdad, y desde un punto de vista práctico se considera que, aun en caso de aceptar que algún tipo de verdad es posible, esta no puede ser alcanzada dentro de un proceso judicial, debido a las limitaciones normativas y fácticas impuestas al juez. Finalmente, se cuestiona la relevancia de la verdad, pues el juez puede adoptar sus decisiones a partir de las narraciones de las partes o bien, con su percepción jurídica sobre la mejor forma de componer los intereses en pugna.

4.3 Frente a esta posición que afirma la imposibilidad cognitiva o escepticismo ante la determinación veraz de los hechos, se encuentra una orientación que considera que, si bien la verdad como entidad metafísica puede ser inalcanzable o inexistente, en el proceso sí es posible acceder a algún tipo de verdad relativa sobre los hechos.

Esta verdad se construye en dos etapas. En la primera, el juez debe obtener la mayor cantidad de información jurídicamente relevante para la resolución del caso sometido a su estudio. Esta información comprende los relatos de las partes, los dictámenes científicos y técnicos, las opiniones de expertos, los testimonios sobre la ocurrencia de los hechos, los elementos legalmente determinados para la prueba de determinado evento. De forma más amplia, la primera etapa consiste en la incorporación de todo medio de convicción, sin importar su denominación técnica, que se refiera a la ocurrencia de un hecho determinado y que tenga relevancia jurídica, mientras no se trate de uno proscrito por expresa disposición legal.

A partir de la información mencionada es posible proponer hipótesis susceptibles de una comprobación y análisis racional que, si bien no conduce a una certeza absoluta sobre alguna de las hipótesis –como sí lo pretende la demostración o comprobación científica-, sí permite inferir la ocurrencia de un hecho, determinar la mayor o menor probabilidad de un evento, y la mayor o menor verosimilitud de una hipótesis determinada. La evaluación de estas hipótesis, y el análisis de conjunto de la información recogida en el proceso, son las bases para una decisión o un juicio bien fundamentado sobre los hechos y las

hipótesis que sobre ellos se erigen como premisas fácticas de la decisión judicial.

El segundo paso, concerniente al análisis de la información acopiada en el proceso para efectuar el juicio definitivo sobre los hechos, supone una perspectiva metodológica a la vez compleja y flexible: el empleo de la lógica formal permite al juez determinar la validez o corrección de los argumentos expresados en las narraciones y los testimonios de las partes; mediante los principios de no contradicción, identidad y tercero excluido, así como a partir de las reglas clásicas de inferencia, será posible excluir o confirmar determinadas hipótesis; la lógica inductiva le brinda al juez la posibilidad de llegar a conclusiones que van más allá de lo aportado por las partes con base en la experiencia y el sentido común, pero que precisamente por ir más allá de la información incorporada solo permiten juzgar sobre la probabilidad de un hecho o la verosimilitud de una hipótesis; el análisis semiótico y las reglas de la argumentación permiten una evaluación crítica de las versiones y los testimonios que lleva a determinar su fuerza y capacidad de persuasión; y, finalmente, la regulación legal de las pruebas lleva al juez al campo de la interpretación jurídica para la determinación del valor de una prueba.

La verdad así construida, como se ha expresado, es de tipo relativo, contextual, y limitada legal y fácticamente, pero cualquier decisión judicial debe partir de las conclusiones obtenidas en ese proceso de análisis si no se quiere que la sentencia sea absurda o inicua.

Por ello, frente a una posición común que señala que la actividad del juez difiere en cuanto al método de la que utiliza el científico, debido a que el primero no cuenta con la posibilidad de la experimentación; y que se asemeja a la del historiador, en cuanto pretende comprobar la veracidad de hechos pasados, responde con acierto Taruffo que la actividad probatoria y de verificación de hipótesis llevada a cabo por el juez puede no tener la intensidad metodológica de la que adelanta el científico, o que las semejanzas con la actividad del historiador no son tan marcadas pues el segundo persigue fines muy diversos, es posible afirmar que las semejanzas y diferencias aludidas no son de carácter esencial u ontológico, sino de orientación, finalidad y relevancia.

El juez entonces acude cada vez más a la ciencia y a la técnica para conocer la realidad; aplica a la información recogida todos los medios de evaluación racional que tiene a su disposición y que, en términos generales, son los mismos que se encuentran al alcance del resto de la sociedad, pues de otra forma sus conclusiones escaparían al control social; su análisis, empero, debe ser riguroso si pretende dar una base fáctica adecuada a

su decisión; y el único límite y a la vez norte de su actividad es la relevancia jurídica del material probatorio que, como se expresó, es lo que diferencia su actividad de la de otros profesionales interesados por la determinación de los hechos, o por efectuar juicios sobre la veracidad de enunciados referidos a los hechos”.

Más adelante expresó:

“Así, el artículo 29 de la Constitución establece como elemento del debido proceso la posibilidad de aportar y controvertir pruebas, así como el principio de exclusión de la prueba ilícita. En el plano legal, el principio de necesidad de la prueba se encuentra íntimamente ligado al derecho fundamental al debido proceso, pues se dirige a evitar cualquier tipo de decisión arbitraria por parte de las autoridades (núcleo esencial de la garantía constitucional citada); y, además, porque la valoración dada a las pruebas, o el juicio sobre los hechos, debe materializarse en la sentencia para que su motivación sea adecuada.

El interés dado por el Constituyente al tema probatorio y su relación con el debido proceso, solo se explica si se valora la verdad como objetivo o finalidad de las actuaciones judiciales. De no ser así, poco importarían el principio de necesidad, la motivación de la valoración probatoria o la posibilidad de aportar y controvertir pruebas, pues el juez podría adoptar sus decisiones con base en los alegatos de las partes o, sencillamente, en su criterio sobre la adecuada composición de los intereses en conflicto.

(...)

4.7 Como conclusión, se puede afirmar que, para la Constitución Política, arribar a la verdad es algo posible y necesario; que la Jurisdicción tiene como finalidad la solución de conflictos de manera justa; y que esa solución supone la adopción de las decisiones judiciales sobre una consideración de los hechos que pueda considerarse verdadera.

Una vez establecidas las consideraciones precedentes sobre los fines del proceso, y la relación entre la verdad y la justicia, resulta claro que el decreto oficioso de pruebas constituye una manifestación del deber de juez de indagar la verdad de los hechos antes de tomar una decisión determinada, con pleno sustento en la adopción de la forma política del Estado Social de Derecho, en donde el juez deja de ser un frío funcionario que aplica irreflexivamente la ley, para adoptar el papel de garante de los derechos materiales”. (Negritas y subrayas fuera de texto)

Por tal motivo, si el juez de primera instancia, decretó de oficio, la prueba referida a la certificación de los porcentajes del incremento de la pensión de la demandante, era porque esa prueba le proporcionaba los elementos fácticos y jurídicos suficientes, para desatar de fondo, la controversia puesta a su conocimiento, por lo tanto, al dictaminar esa probanza, se deduce que ostentaba duda e incertidumbre, frente a ese punto de los porcentajes de incremento de la respectiva pensión, circunstancia que impedía tomar una determinación final al respecto.

Esa facultad oficiosa del operador judicial, es válida, se insiste, en aras obtener la verdad y justicia material, en las controversias judiciales que se susciten, dado que garantizan en primera medida, un acceso adecuado y efectivo al acceso a la administración de justicia, con ello, la materialización real a la tutela judicial efectiva y en segunda medida, propugna por la prevalencia y aplicación del debido proceso, en todos sus escenarios, particularmente, en el ámbito probatorio, pues, el juez tiene la facultad de decretar pruebas, que beneficien a algunas de las partes, siempre y cuando se le ofrezca a la otra, la posibilidad de ejercer el derecho de defensa y contradicción.

Valga precisar, que el juez no debe quedar enfrascado en un largo lapso, en el papel de obtener la prueba decretada de oficio, para la consecución de la verdad a la que pretende llegar, ya que de darse una eventual tardanza del proceso, so pretexto de no poder recaudar el material requerido, atentaría ello con la celeridad y eficacia que rigen los procesos judiciales.

Se advierte, que un asunto muy diferente, es que debe realizar, efectuar y agotar todos los medios, instrumentos y herramientas que el ordenamiento jurídico vigente le proporciona, para la recabar la prueba decretada – verbi gracia requerimientos -, de ejercer esas tareas, sin lograr éxito alguno en el recaudo, puede prescindir de la etapa probatorio, pasar a la etapa procesal siguiente, y valorar si es el caso, el porque y los motivos por los

cuales no fue posible su obtención, y frente a la actitud que se perciba, darle el respectivo valor probatorio.

Esa búsqueda de la verdad, en materia contenciosa administrativa, tiene plena aplicabilidad, máxime en el sistema procesal que impera a partir del 2 de julio de 2012, con la entrada en vigencia del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en el sentido, que dicho estatuto, pone de presente al juez, un papel dinámico e indagador de puntos, que no estén claros en los asuntos puestos a su conocimiento, de manera que tiene que salir a obtener el mayor grado de verdad y certeza, a efectos de tomar una decisión lo más cercana a la realidad y a los fines del Estado.

Ello se materializa, por medio del decreto oficioso de pruebas, de conformidad con el artículo 213 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en razón a que puede decretarse de oficio, las pruebas que se consideren necesarias para el **esclarecimiento de la verdad**. Incluso, en la misma línea de pensamiento, el Código de Procedimiento Civil, prevé en los artículos 179 y 186 inciso 3º, la utilidad del decreto de pruebas de oficio, en los casos en que se estimen conveniente, para la verificación o aclaración de los hechos alegados por las partes.

Ahora bien, el Despacho debe sumar a lo anterior, que las pruebas de oficio, son elementos materiales probatorios, que quedan a disposición de las partes, es decir, que puede titularse como una prueba común y a disposición de los extremos, una vez ordenadas y practicadas, de tal suerte, que el juez debe, una vez allegada la prueba, garantizar los derechos de defensa y contradicción a las partes, ya que de no ser así, se transgreden premisas constitucionales, como el debido proceso, en razón a que se practicó una evidencia, sin los formalismos requeridos para su valoración.

En tal sentido, atendiendo la disposición común de la prueba de oficio para las partes en contienda, su desistimiento o renuncia, está supeditada a la voluntad de los extremos enfrentados; es decir, el juez, no puede disponer, oficiosamente, su renuncia, bien sea expresa o tácita – que puede suceder a través de la preclusión de la etapa probatoria, sin pronunciarse frente a esa prueba, en caso en que hasta ese momento, no ha sido aportada al proceso – sin la manifestación de cada una de las partes, pues, de lo contrario, sucedería dos situaciones: (i) como quiera que el decreto de esa prueba oficiosa, busca obtener un grado máximo de verdad frente a determinado hecho - porcentajes de incremento de pensión – que valga decir, no la proporciona las alegaciones de las partes, ni los medios probatorios aportados al proceso, su renuncia por parte del juez, sin el asentimiento de las partes, indicaría que esa prueba, no es relevante, ni incide en la resolución del caso, por tanto, es factible deducir, que en esos eventos, se decretó una prueba innecesaria e inconducente, que desgastó en gran medida el proceso, sumado a que, llegada la etapa de dictar sentencia, sin la obtención de aquélla, contradeciría con notoria claridad, el verdadero objeto y fin de la prueba de oficio; y (ii) no le daría la oportunidad a las partes, de ejercer el derecho de defensa y contradicción contra esa prueba, de recibirse en oportunidades posteriores a las indicadas en la ley, de tal suerte, que se atentaría contra el derecho al debido proceso.

Acogiendo lo esbozado, se advierte, que en el *sub examine*, se evidencia la violación, a las partes, del derecho fundamental al debido proceso, que conduce indefectiblemente a la declaratoria de nulidad, bajo la causal suprallegal o constitucional, contenida en el artículo 29 Superior, causal que si bien no esta enlistada en el artículo 140 del C. de P. C., se funda en la jurisprudencia constitucional, puesto que se evidencia la indebida práctica, de una prueba decretada de oficio, que consecuentemente, transgrede derechos conexos, como el de defensa y contradicción de las extremos en contienda, en el entendido, que en el expediente, no se desprende, que el juez de primer grado, agotó todos los medios, herramientas o instrumentos necesarios, para la obtención de la prueba,

que huelga decir, la decretó en aras de dilucidar y esclarecer el hecho de los porcentajes de incrementos de la pensión de la señora SUSANA BALETA MARTÍNEZ, por lo que, si el fin de la prueba de oficio es el esclarecimiento de ese punto, no podía prescindir de la etapa probatoria, sin antes agotar, todos los medios para recaudar la prueba, que eventualmente resolvería ese tema y en caso que sea obtenida, ponerla a disposición de las partes, con el propósito de que ejerzan el derecho de contradicción y defensa de la misma, sumado a la posibilidad, de que las partes acuerden su no aporte, sin que el Juez pueda arrogarse tal función.

Aunado a lo anterior, se considera que al determinar el juez de primer grado, el cierre del debate probatorio, con ausencia del documento decretado de oficio, sin el consentimiento expreso de las partes, en renunciar a su práctica y sin la evacuación los medios idóneos para su consecución, desistió de manera unilateral y tácita a la práctica de la misma, circunstancia que está vedada, por cuanto dicha atribución, solo le asiste a los extremos procesales.

No debe confundirse en este punto, lo dicho, con el manejo de la llamada carga de la prueba, pues, en este último caso, desde el inicio del proceso, son las partes quienes deben aportar las pruebas y de no hacerlo afectan sus propios intereses, mientras que en tratándose de las ordenadas de oficio, estas afectan a ambas partes y a la estructura del proceso mismo.

A parte de lo anterior, en el caso concreto, es bueno advertir, que si bien es cierto, al operado judicial le es permitido valorar, en la respectiva sentencia, las circunstancias por las cuales, no fue posible el recaudo de la prueba y con dicha actitud dictaminar un juicio probatorio, no es posible aplicarse tal aserto a este asunto, pues, esa valoración no fue realizada en la sentencia de 6 de agosto de 2013, guardando silencio sobre el tema, negando así a las partes, la posibilidad de pronunciarse al respecto.

Por las razones expuestas, se declarará la nulidad de todo lo actuado, a partir del auto que declaró precluido el período probatorio, y en su lugar, el juez de primera instancia, realizará y evacuará, todos los requerimientos necesarios, para la obtención de la prueba decretada de oficio, preservando el debido proceso, contradicción y defensa de cada una de las partes. Y en caso de no ser posible el recaudo de la misma, valorará dicha circunstancia, en su momento.

Por lo anteriormente expuesto, se

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR LA NULIDAD en el presente proceso, a partir del auto que declaró precluido el período probatorio, dictado al interior de la audiencia celebrada el 6 de agosto de 2013, y a efectos de reponer la actuación declarada nula, el Juzgado Séptimo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, realizará y agotará, todos los medios o mecanismos necesarios, a efectos de obtener la prueba de oficio decretada en la audiencia inicial, preservando el debido proceso, contradicción y defensa de cada una de las partes. Y en caso de no ser posible el recaudo de la misma, valorará dicha circunstancia, en su momento.

SEGUNDO: Ejecutoriada la presente providencia, devuélvase el expediente al juzgado de origen.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

Magistrado