

PRUEBAS - Finalidad / MEDIOS DE PRUEBA - Testimonio de terceros / TESTIMONIO - Declaración de una o varias personas naturales que no son parte del proceso / PRUEBA - El juez debe analizar si es necesaria, conducente, pertinente y útil / MEDIOS DE PRUEBAS - Se deben rechazar aquellos que no satisfagan las características de necesidad, conducencia, pertinencia y utilidad / PRUEBA IMPERTINENTE - Aquella que nada aporta a la litis

Sea lo primero advertir que la finalidad de la prueba es llevar al juez a la certeza o conocimiento de los hechos que se relatan en la demanda o en su contestación y su objetivo es soportar las pretensiones o las razones de la defensa. Para el efecto, la ley previó una serie de medios de prueba que pueden ser decretados en el marco del proceso, aquellos están enunciados en el artículo 165 del Código General del Proceso. Específicamente, el legislador estableció que uno de los medios mediante el cual el juez podría llegar a tener conocimiento de los hechos relevantes para el proceso sería a través de la “declaración de terceros” también conocidos como testimonios. Esta clase de prueba ha sido definida como: “una declaración de una o varias personas naturales que no son partes del proceso y que son llevadas a él para que con sus relatos ilustren los hechos que interesen al mismo, para efectos de llevar certeza al juez acerca de las circunstancias que constituyen el objeto del proceso” No obstante, y pese a la utilidad de los testimonios su decreto y práctica no es automática, toda vez que, que previo a tomar cualquier decisión respecto a las pruebas, el juez deberá analizar si aquel es conducente, pertinente y útil. Lo anterior, porque según el tenor del artículo 168 del Código General del Proceso se deben rechazar aquellos medios de convicción que no satisfagan las citadas características. La doctrina ha entendido que la pertinencia de la prueba hace alusión a la relación del medio de convicción y el objeto del proceso y significa que las pruebas “deben versar sobre hechos que conciernan al debate, porque si en nada tienen que ver con el mismo entran en el campo de la impertinencia”. Bajo la misma línea argumental el profesor Hernán Fabio López Blanco, sostiene que la prueba impertinente es aquella que nada aporta a la Litis, pues busca probar un hecho inocuo para los fines perseguidos dentro del proceso.

FUENTE FORMAL: CODIGO GENERAL DEL PROCESO - ARTICULO 165 / CODIGO GENERAL DEL PROCESO - ARTICULO 168

RECURSO ORDINARIO DE SUPLICA - Contra auto que negó el decreto de prueba testimonial y se prescindió de la audiencia de pruebas / PRUEBAS - El testimonio solicitado es impertinente / AUDIENCIA DE PRUEBAS - Se puede prescindir de ella cuando no existan pruebas que deban ser practicadas en esta diligencia / REPRESENTANTE A LA CÁMARA - Inhabilidad por gestión de negocios

El recurso de súplica se presentó porque el Despacho Conductor del proceso decidió no celebrar la audiencia de pruebas, comoquiera que no existían medios de convicción que necesitasen ser practicados en esa diligencia. A juicio de la demandante y del coadyuvante, la audiencia sí se debe celebrar puesto que es en el marco de esta etapa procesal en donde se puede llevar a cabo la prueba testimonial solicitada. Así las cosas, la cuestión a resolver por la Sala de Súplica se centra en determinar, en conexidad con lo anterior, si: i) debe decretarse y practicarse el testimonio solicitado por la parte actora y ii) debe prescindirse o no de la audiencia de pruebas. En el caso concreto, la “pertinencia” de la “declaración de terceros” está en íntima relación con la fijación del litigio realizada, es decir, para analizar si la prueba es determinante o no para el proceso electoral, se debe

examinar sí el medio de convicción solicitado tiene vocación de demostrar que el demandado se encuentra inhabilitado según el numeral 3º del artículo 179 Constitucional por haber gestionado negocios a favor del señor Jhon Moreno Escobar en el consulado de Nueva York. (...) El testimonio pretende ahondar sobre situaciones que se presentaron en el año 2010, es decir, hechos que acaecieron cuando el demandado no estaba en período de “campaña” comoquiera que aún no había sido inscrito como candidato al Congreso para el período 2014-2018. En efecto, el numeral 3º del artículo 179 señala que la inhabilidad se materializa “dentro de los seis meses anteriores a la fecha de la elección” lo que significa que solo atañe al proceso electoral que hoy nos ocupa, estudiar las pruebas que evidencien la presunta inhabilidad que se indilga al señor Buenahora Febres y que se encuentren dentro de los seis meses anteriores al 9 de marzo de 2014, fecha en la cual se produjo la elección del demandado. (...) En suma, se colige que la prueba testimonial solicitada por la demandante carece de pertinencia, y que por tal razón su decreto y práctica debe ser negado. Ahora bien respecto a la decisión de prescindir de la audiencia de pruebas, la ley consagra la posibilidad de que el juez pretermita esta etapa procesal siempre y cuando no existan pruebas que deban ser practicadas en esta diligencia. En el sub judice el Despacho Conductor del proceso determinó que se prescindiría de esta etapa, porque todas las pruebas allegadas eran de carácter documental. La Sala advierte que la anterior decisión se encuentra ajustada a derecho, pues como se mostró, habiéndose negado la práctica de la prueba testimonial es evidente que no es imperioso celebrar esta diligencia, máxime cuando el derecho al debido proceso se puede satisfacer colocando los documentos allegados al proceso a disposición de las partes por un término razonable y conjunto, en el que aquellas podrán conocer el contenido íntegro de los documentos, tacharlos de falsos y realizar todas las acciones tendientes a materializar el derecho a la defensa. En síntesis, no hay lugar a revocar la decisión de no realizar audiencia de pruebas, debido a que todas las pruebas obrantes en el expediente tienen carácter documental. Así pues, en la parte resolutive de esta providencia se confirmará en su integridad la decisión adoptada por la Consejera Ponente el 16 de febrero de 2015 mediante la cual se negó el decreto de la prueba testimonial y se prescindió de la audiencia de pruebas advirtiendo a los sujetos procesales que contra lo aquí decidido no procede recurso alguno.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION QUINTA

Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO (E)

Bogotá D.C., cinco (05) de marzo de dos mil quince (2015)

Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00111-00(S)

Actor: ADELAIDA ATUESTA COLMENARES

Demandado: REPRESENTANTE A LA CAMARA POR LA CIRCUNSCRIPCION INTERNACIONAL

Procede la Sala a pronunciarse sobre el recurso de súplica propuesto por la demandante y su coadyuvante contra la decisión proferida en audiencia inicial celebrada el 16 de febrero de 2015.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos

- 1.1 La ciudadana Aleida Atuesta Colmenares, en ejercicio del medio de control de nulidad electoral solicitó, con base en la causal contemplada en el numeral 5° del artículo 275 del CPACA, la anulación del acto contenido en el formulario E 26 proferido por los Delegados del Consejo Nacional Electoral mediante el cual se declaró la elección de **Jaime Buenahora Febres** como Representante a la Cámara por la Circunscripción Internacional.
- 1.2 En el libelo introductorio se afirmó que la elección del demandado como Congresista estaba viciada de nulidad según el numeral 5° del artículo 275 del CPACA, debido a que el señor **Buenahora Febres** se encontraba incurso en la causal de inhabilidad contemplada en el numeral 3° del artículo 179 de la Constitución.
- 1.3 Mediante escrito del 29 de septiembre de 2014 la accionante reformó la demanda inicialmente formulada. No obstante, la Magistrada Ponente decidió rechazar la reforma presentada, decisión frente a la cual se interpuso recurso de súplica.

El recurso incoado se resolvió por la Sala Electoral el 11 de diciembre de 2014, oportunidad en la que se confirmó parcialmente la decisión de la Consejera Ponente, porque se rechazó la reforma a la demanda respecto de los cargos por presunta gestión de negocios realizados en la ciudad de Newark y los supuestamente realizados en Nueva York a favor de Jesús Leandro Riaño y Jenny Saavedra, **pero se aceptó la citada reforma en lo que concernía a la ampliación del cargo de gestión de negocios en favor del señor John Moreno Escobar y a la adición de pruebas realizada por la demandante en el marco de dicho cargo, sin que aquello, naturalmente, implicara su decreto.**

- 1.4 Una vez surtido el trámite correspondiente, mediante auto del 22 de enero de 2015 el Despacho Conductor del proceso fijó fecha y hora para celebrar la audiencia inicial. (Fl.708)
- 1.5 El día 16 de febrero de 2015 se llevó a cabo dicha diligencia, la cual tuvo como objeto resolver sobre las excepciones previas, sanear el proceso, fijar el litigio y decretar pruebas.
- 1.6 En el desarrollo de la audiencia se señaló que el litigio versaría en determinar si el demandado estaba inhabilitado, según la causal contenida en el numeral 3º del artículo 179 de la Constitución, por gestionar negocios a favor del señor Jhon Moreno Escobar en el consulado de Nueva York.
- 1.7 En lo que al decreto de pruebas respecta la Consejera Ponente decidió sobre las pruebas presentadas en el libelo introductorio primigenio, que a los documentos que se allegaron con dicho escrito se las asignaría el valor que confiriese la ley. Lo propio sucedió con los medios de convicción allegados por el demandado con la contestación de la demanda.
- 1.8 En esta misma decisión se negó el decreto de las pruebas relativas a: i) oficiar a la Corte Suprema de Justicia para que remitiera copia del expediente 2014-99, proceso penal que presuntamente se sigue contra el demandado; ii) requerir al Ministerio de Relaciones Exteriores para que allegara copia del procedimiento sancionatorio seguido contra la señora Elsa Gladys Cifuentes quien se desempeñó como funcionaria del consulado de Nueva York; iii) Exhortar al Ministerio de Relaciones Exteriores para que aquel expidiera, con destino al proceso de la referencia, certificación en donde se especificara el nombre de las personas contratadas desde el año 2010 a 2014 en el consulado de Nueva York y en el que además se explicaran los parámetros bajo los cuales se realizó dicha contratación y iv) Oficiar al Congreso de la República para que dicho cuerpo legislativo enviara: a) certificación en la que se informara los nombres de aquellos que trabajaron con el demandado desde la fecha y hasta el año 2010 y b) copia de las minutas policiales y/o de seguridad de las personas que visitaron al señor **Buenahora Febres** en su oficina de Congresista.

Para apoyar la anterior decisión, la Consejera Ponente adujo que estos medios

de convicción carecían de conducencia y utilidad para el proceso, toda vez que, ninguno de ellos tenía relación ni con la fijación del litigio ni con la inhabilidad alegada en la demanda.

Bajo este mismo orden de ideas, sostuvo que atendiendo a los postulados contenidos en el Código General del Proceso especialmente los consagrados en el artículo 173, tampoco era viable acceder a la práctica de dichas pruebas debido a que tal disposición consagra que el juez se abstendrá de practicar aquellas que las partes hubiesen podido obtener mediante el derecho de petición.

Finalmente, manifestó que en el acervo probatorio obraba certificación aportada por el demandado en la que consta la calidad que tuvo el señor Jhon Moreno Escobar en el consulado de Nueva York, documento suficiente para analizar si se configuró o no la inhabilidad alegada.

1.9 Frente a la decisión de negar pruebas, el apoderado de la demandante interpuso **recurso de reposición** y adicionalmente solicitó que se aclarara si las pruebas aportadas en la reforma de la demanda habían sido decretadas o no.

1.10 La Consejera Ponente rechazó por improcedente el recurso de reposición interpuesto, **ya que en los términos de los artículos 243 y 246 del CPACA el pertinente era el de súplica**. Una vez hecha esta precisión, señaló que contra la decisión de rechazar el recurso no cabía recurso alguno.

1.11 La parte actora solicitó el uso de la palabra y adujo que cometió un error al enunciar el recurso de reposición, pues en realidad quería hacer alusión al recurso contenido en el artículo 246 del CPACA.

1.12 La Consejera Ponente afirmó que no había lugar a acceder a la petición del apoderado de la parte demandante comoquiera que aquel *“era un profesional del derecho y por eso debía conocer los recursos pertinentes”*¹ así las cosas dicha decisión quedo ejecutoriada. Por ello, continuó con la diligencia y puso

¹ Folio 735 del Expediente y CD de audiencia inicial FI 755

de presente que sería del caso fijar fecha y hora para celebrar audiencia de pruebas de no ser porque todas las pruebas decretadas tenían el carácter de documental lo cual permitía prescindir de dicha diligencia.

1.13 Una vez adoptada la decisión de prescindir de la audiencia descrita en el artículo 181 del CPACA, la Consejera Ponente "*complementó*" el decreto de pruebas, **esta vez en relación con los medios de convicción solicitados y aportados en la reforma a la demanda**, para lo cual aseveró que se decretaban como tal **únicamente aquellos que tenían relación con el "primer cargo" y que se negaban todos los que estuviesen relacionados con los cargos de nulidad respecto de los cuales no fue admitida la reforma**. No obstante, no identificó con claridad y precisión a cuales se refería.

1.14 Momento seguido, la Magistrada Ponente reiteró su decisión de prescindir de la audiencia de pruebas y señaló que en los próximos días informaría si se realizaría audiencia de alegaciones y juzgamiento o si por el contrario, en aplicación del inciso final del artículo 181 del CPACA, el proceso se volvería escritural. Esta decisión fue notificada en estrados.

1.15 El demandante interpuso recurso de súplica contra la decisión de no celebrar la audiencia de pruebas. Para el efecto, puso de presente que no había lugar a suprimir esta etapa del proceso, comoquiera que existía una prueba por recaudar, concerniente a la práctica de un testimonio solicitado en la reforma a la demanda y, que a su juicio, resultaba pertinente para demostrar cómo se adelantaban los contratos en el consulado de Nueva York.

1.16 Por su parte, el coadyuvante coadyuvó el recurso y advirtió que no hubo pronunciamiento alguno respecto de la prueba testimonial solicitada, razón por lo cual, lo procedente era: i) decretar la prueba concerniente al testimonio de la señora Liliana Melo y ii) revocar el auto por medio del cual se pretermitió la audiencia de pruebas, para que en dicha diligencia se escuchara a la citada ciudadana.

1.17 Frente a esta situación, el Ministerio Público pidió el uso de la palabra y señaló que no cabía el recurso de súplica comoquiera que el Despacho Conductor del proceso **no negó de manera expresa la prueba solicitada**. Por

consiguiente, a su juicio, lo pertinente era que la Magistrada Ponente “reconsiderara” su decisión e hiciera pronunciamiento expreso respecto a si decretaba o no la prueba testimonial.

1.18 En uso de la palabra, después de la intervención del Representante de la Procuraduría, el demandado sostuvo que no era viable el decreto de la prueba testimonial, toda vez que: i) en el expediente obraba prueba documental de la cual se podía extraer la información que se pretendía aportar con el testimonio y ii) está vedado decretar una prueba que en nada toca con la fijación del litigio.

1.19 Bajo este panorama, la Magistrada Ponente hizo un pronunciamiento expreso sobre la prueba testimonial y negó su práctica porque, a su juicio, dicho testimonio no aportaría nada al proceso, comoquiera que no tiene relación alguna con la causal de inhabilidad alegada.

En consecuencia, se mantuvo en su decisión de prescindir de la audiencia de pruebas y seguir adelante con la etapa de alegaciones y juzgamiento. Finalmente, señaló que dicha decisión quedaba notificada en estrados.

1.20 Frente a la decisión anterior, esto es, la de no celebrar la audiencia de pruebas tanto la parte demandante como su coadyuvante insistieron en la interposición del recurso de súplica.

2. Del recurso de súplica

Tal y como quedo expuesto en los antecedentes de esta providencia, la decisión objeto del recurso fue notificada en estrados, y la sustentación del mismo, así como su correspondiente traslado a la parte contraria se surtió en el marco de la audiencia inicial.

En efecto, **el apoderado de la accionante** procedió a dar sustento al recurso de súplica interpuesto y presentó los siguientes argumentos:

Señaló que el testimonio a decretar es de suma importancia para el proceso, porque la señora Liliana Melo participó activamente en la campaña que adelantó el demandado en el año 2010 y por ello tuvo acceso a todas las actividades desarrolladas por el señor **Buenahora Febres** incluida la gestión de negocios adelantadas en los consulados de Nueva York y Newark.

Afirmó, que inhabilidad de “*gestión de negocios*” no se configura de manera inmediata, por el contrario se materializa a lo largo del tiempo comoquiera que se va construyendo de manera escalonada. Por consiguiente, no es posible avalar el argumento esgrimido por la Consejera Ponente, según el cual se niega el decreto de la prueba testimonial solo porque la señora Liliana Melo conoció al demandado en la campaña electoral del año 2010.

Puso de precedente que el testimonio sería de gran importancia y utilidad debido a que de él se podría extraer información relevante, v.gr. quien es el señor Jhon Moreno Escobar, qué gestiones realizaba el citado ciudadano en el consulado de Nueva York, así como determinar cuál era su relación con los funcionarios del consulado y con el demandado.

Finalmente, solicitó que se revoque el auto por medio del cual se negó la práctica de prueba y en su lugar se decrete la prueba testimonial y por contera se fije fecha y hora para realizar la audiencia de pruebas.

El **coadyuvante** acompañó el recurso de súplica y sostuvo que el testimonio no busca trasladar el debate a lo ocurrido en el año 2010.

Adujo, que con dicha prueba se pretende acreditar el interregno en el cual surgió la relación entre el señor Jhon Moreno Escobar, el demandado y por ende cuáles son los orígenes de la causal de inhabilidad que se indilga al Representante Elegido.

Igualmente, la parte coadyuvante aseveró que el testimonio de la señora Liliana Melo es de gran valía para determinar si a través del tiempo se estableció una “*maquinaria electoral*” que vinculaba al señor Moreno Escobar favoreciendo la elección del señor **Buenahora Febres** como Congresista.

Finalmente, sostuvo que no decretar el testimonio iría en contravía de la búsqueda de la verdad real dentro del proceso.

La **parte demandada** recorrió traslado del recurso interpuesto y se opuso a la prosperidad del mismo. Para el efecto afirmó que: i) el testimonio no conduciría a nada ni contribuiría con la búsqueda de la verdad procesal; ii) la clase de vinculación del señor Jhon Moreno Escobar solo se puede verificar mediante documentos oficiales y no mediante testimonios y iii) lo que se pretende probar, ya está acreditado en el expediente comoquiera que en él obra documento contentivo de la respuesta a un derecho de petición, contestación en la cual el Ministerio de Relaciones Exteriores explicó la clase de vinculación del señor Jhon Moreno y de la fundación Education fund con el consulado de Nueva York.

Por su parte, el **Ministerio Público** advirtió que la causal de inhabilidad correspondiente a la “*gestión de negocios*” tiene una temporalidad específica determinada en la Constitución y que por ello, desde ya se evidenciaba que la prueba solicitada estaba por fuera de ese lapso temporal.

Según la vista fiscal, que el medio de convicción a decretar tenga que ver con hechos acaecidos en el año 2010 significa que no existe objeto de la prueba, pues aun si con el testimonio de la señora Melo se lograra demostrar que efectivamente el demandado gestionó negocios a favor del señor Jhon Moreno en el consulado de Nueva York, lo cierto es que esa conducta estaría por fuera de los 6 meses que contempla la Carta Política como período inhabilitante.

II. CONSIDERACIONES

1. De la procedencia del recurso de súplica

Es importante resaltar que el recurso de súplica, establecido en el artículo 246 del C.P.A.C.A., procede contra los autos dictados en única o segunda instancia que por su naturaleza serían susceptibles de apelación. Al respecto, señala:

“Artículo 246. Súplica. El recurso de súplica procede contra los autos que por su naturaleza serían apelables, dictados por el Magistrado Ponente en el curso de la segunda o única instancia o durante el trámite de la apelación de un auto. También procede contra el auto que rechaza o declara desierta la apelación o el recurso extraordinario.

Este recurso deberá interponerse dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación del auto, en escrito dirigido a la Sala de que forma parte el ponente, con expresión de las razones en que se funda.

El escrito se agregará al expediente y se mantendrá en la Secretaría por dos (2) días a disposición de la parte contraria; vencido el traslado, el Secretario pasará el expediente al Despacho del Magistrado que sigue en turno al que dictó la providencia, quien será el ponente para resolverlo ante la Sala, sección o subsección. Contra lo decidido no procederá recurso alguno”

Por su parte, los numerales 8° y 9° del artículo 243 del CPACA establecen:

“ARTICULO 243. APELACION. *Son apelables las sentencias de primera instancia de los Tribunales y de los Jueces. También serán apelables los siguientes autos proferidos en la misma instancia por los jueces administrativos:*

(...)

8. El que prescinda de la audiencia de pruebas.

9. El que deniegue el decreto o práctica de alguna prueba pedida oportunamente.

Aunque, tal y como expuso en los antecedentes el recurso de súplica se interpuso contra la decisión de prescindir de la audiencia de pruebas, la Sala observa que en realidad la inconformidad de la demandante y del coadyuvante versa sobre la negativa de decretar la prueba testimonial solicitada en la reforma a la demanda.

Así pues y atendiendo a que: i) la decisión de negar la prueba testimonial se produjo de manera simultánea con la decisión de prescindir de la audiencia de pruebas y ii) tanto contra la decisión de negar el decreto de pruebas como contra la de pretermitir la audiencia de pruebas cabe el recurso de súplica por ser autos apelables, es claro que el estudio del recurso propuesto por la parte actora corresponde a la Sección Quinta del Consejo de Estado, con exclusión de la magistrada que profirió la decisión.

2. Planteamiento del problema

Como ha quedado expuesto a lo largo del texto, el recurso se presentó porque el Despacho Conductor del proceso decidió no celebrar la audiencia de pruebas, comoquiera que no existían medios de convicción que necesitasen ser practicados en esa diligencia.

A juicio de la demandante y del coadyuvante, la audiencia sí se debe celebrar puesto que es en el marco de esta etapa procesal en donde se puede llevar a cabo la prueba testimonial solicitada.

La Sala después de analizar el desarrollo de la audiencia inicial, observa que tanto la decisión de prescindir de la audiencia de pruebas como la de negar el decreto de la prueba testimonial se produjeron de manera simultánea, toda vez que ambas fueron adoptadas en un mismo auto.

En efecto, en el caso concreto se encuentra una relación inescindible entre el auto que negó la prueba testimonial y el que prescindió de la audiencia de pruebas, pues la segunda decisión se fundamentó en que no había pruebas que practicar en audiencia pública y que por ello era viable pretermitir dicha etapa procesal.

Así las cosas, la cuestión a resolver por la Sala de Súplica se centra en determinar, en conexidad con lo anterior, si: i) debe decretarse y practicarse el testimonio solicitado por la parte actora y ii) debe prescindirse o no de la audiencia de pruebas.

3. Solución

Teniendo en cuenta el planteamiento jurídico planteado en el acápite inmediatamente anterior, la Sección se referirá en primer lugar a la viabilidad de decretar el testimonio de la señora Liliana Melo y posteriormente analizará si la audiencia de pruebas debe o no ser celebrada.

3.1 Respecto al decreto de la prueba testimonial.

Para analizar si se debe decretar la prueba testimonial es necesario remitirse al escrito en el cual se realizó dicha solicitud y a las precisiones que se hicieron en cuanto a su objeto en la audiencia inicial, debido a que en estos dos momentos se expusieron las razones por las cuales, a juicio de la parte actora, el testimonio ayudará a determinar si se configuró o no la inhabilidad alegada.

En el escrito de reforma a la demanda la demandante pidió que se decretara como prueba testimonial la siguiente:

“Solicito que sean decretados y practicados (sic) el testimonio de la señora Liliana Melo, quien fungió como testigo electoral del candidato a la Cámara de Representantes por la Circunscripción internacional y puede ser notificada en la (...) , quien fue parte de la campaña electoral del Señor Jaime Buenahora en el año 2010, por lo que puede (sic) referencias de las situaciones de tiempo, modo y lugar en que los contratistas de Nueva York y Newark se vinculan de manera directa con el demandado.”²
(Subrayas fuera de texto)

² Folio 305 del Expediente.

La petición anterior fue reiterada por la parte actora en el recurso de súplica en los siguientes términos:

*(...) el testimonio de la señora Liliana Melo si sería un tanto trascendental o sería de suma importancia para el proceso, para la claridad del mismo comoquiera que precisamente esta persona en atención a las mismas actividades que desarrollaba y que conoció de primera mano al estar en una campaña electoral en el año 2010 (sic) y de conocer igualmente toda la gestión que realizaba el señor Jaime Buenahora, podría dar luces al estrado, al despacho sobre la gestión de los negocios y contratos que se venían dando en el año 2010 (...)*³ (Subrayas fuera de texto)

A su vez, la Red de Veedurías de Colombia REDVER⁴ en el escrito de coadyuvancia manifestó que:

*“Solicito, al Honorable Magistrado Ponente, que tenga como pruebas las documentales allegadas con la demanda, y en especial que se practiquen las testimoniales solicitadas, pues ellas tiene (sic) la potencialidad de evidenciar el actuar oculto del demandado en el uso de sus influencias para obtener cargos a favor de sus protegidos”*⁵

Adicionalmente y para sustentar la necesidad de la prueba, la parte actora en el recurso de súplica señaló que era imperioso el decreto y práctica del testimonio de la Señora Liliana Melo, toda vez que, dicha persona al fungir como asesora del señor **Jaime Buenahora Febres** conoce a fondo como se realiza la contratación en el consulado de Nueva York.

³ Tomado del CD contentivo de la Audiencia Inicial obrante a folio 755.

⁴ La Consejera Ponente en desarrollo de la audiencia inicial reconoció a esta persona jurídica como coadyuvante de la parte demandante.

⁵ Folio 725 del Expediente.

Sea lo primero advertir que la finalidad de la prueba es llevar al juez a la certeza o conocimiento de los hechos que se relatan en la demanda o en su contestación y su objetivo es soportar las pretensiones o las razones de la defensa.

Para el efecto, la ley previó una serie de medios de prueba que pueden ser decretados en el marco del proceso, aquellos están enunciados en el artículo 165 del Código General del Proceso.⁶

Específicamente, el legislador estableció que uno de los medios mediante el cual el juez podría llegar a tener conocimiento de los hechos relevantes para el proceso sería a través de la “*declaración de terceros*”⁷ también conocidos como testimonios.

Esta clase de prueba ha sido definida como: “*una declaración de una o varias personas naturales que no son partes del proceso y que son llevadas a él para que con sus relatos ilustren los hechos que interesen al mismo, para efectos de llevar certeza al juez acerca de las circunstancias que constituyen el objeto del proceso*”⁸

No obstante, y pese a la utilidad de los testimonios su decreto y práctica no es automática, toda vez que, que previo a tomar cualquier decisión respecto a las pruebas, el juez deberá analizar si aquel es conducente, pertinente y útil.

Lo anterior, porque según el tenor del artículo 168 del Código General del Proceso se deben rechazar aquellos medios de convicción que no satisfagan las citadas características⁹.

⁶ El citado artículo consagra: “**ARTÍCULO 165. MEDIOS DE PRUEBA.** Son medios de prueba la declaración de parte, la confesión, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los indicios, los informes y cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez. El juez practicará las pruebas no previstas en este código de acuerdo con las disposiciones que regulen medios semejantes o según su prudente juicio, preservando los principios y garantías constitucionales.”

⁷ El capítulo 5º de la Sección Tercera, Título Único del Código General del Proceso regula la “Declaración de Terceros”.

⁸ López Blanco, Hernán Fabio, Procedimiento Civil, Tomo 3 “pruebas”, Segunda Edición, Dupré Editores, 2008 pág. 181

⁹ El artículo en cita consagra: “**ARTÍCULO 168. RECHAZO DE PLANO.** El juez rechazará, mediante providencia motivada, las pruebas ilícitas, las notoriamente impertinentes, las inconducentes y las manifiestamente superfluas o inútiles.”

Así las cosas, la Sala observa que la prueba testimonial solicitada por la parte actora no puede ser decretada, debido a que, como se pasará a explicar, aquella es impertinente.

La doctrina ha entendido que la pertinencia de la prueba hace alusión a la relación del medio de convicción y el objeto del proceso y significa que las pruebas *“deben versar sobre hechos que conciernan al debate, porque si en nada tienen que ver con el mismo entran en el campo de la impertinencia”*.¹⁰

Bajo la misma línea argumental el profesor Hernán Fabio López Blanco, sostiene que la prueba impertinente es aquella que nada aporta a la Litis, pues busca probar un hecho inocuo para los fines perseguidos dentro del proceso.¹¹

En el caso concreto, la *“pertinencia”* de la *“declaración de terceros”* está en íntima relación con la fijación del litigio realizada, es decir, para analizar si la prueba es determinante o no para el proceso electoral, se debe examinar si el medio de convicción solicitado tiene vocación de demostrar que el demandado se encuentra inhabilitado según el numeral 3º del artículo 179 Constitucional por haber gestionado negocios a favor del señor Jhon Moreno Escobar en el consulado de Nueva York.

Conforme a lo expuesto, se evidencia con toda claridad que el testimonio de la señora Liliana Melo en nada toca con el objeto de la Litis, debido a que con él la parte actora pretende dar cuenta de hechos que acaecieron en el año 2010 respecto a las contrataciones en los consulados de New York y Newark.

El testimonio pretende ahondar sobre situaciones que se presentaron en el año 2010, es decir, hechos que acaecieron cuando el demandado no estaba en período de *“campaña”* comoquiera que aún no había sido inscrito como candidato al Congreso para el período 2014-2018.

¹⁰ López Blanco, Op cit, pág 74.

¹¹ *Ibíd*em.

Igualmente, es de anotar que las situaciones que se pretenden acreditar con la declaración de la señora Melo, desborda el período inhabilitante que consagra la Constitución para la *“gestión de negocios”* a favor de terceros.

En efecto, el numeral 3º del artículo 179 señala que la inhabilidad se materializa *“dentro de los seis meses anteriores a la fecha de la elección”* lo que significa que solo atañe al proceso electoral que hoy nos ocupa, estudiar las pruebas que evidencien la presunta inhabilidad que se indilga al señor **Buenahora Febres** y que se encuentren dentro de los seis meses anteriores al 9 de marzo de 2014, fecha en la cual se produjo la elección del demandado.

Cualquier medio de convicción que intente llevar a la certeza sobre hechos ocurridos más allá del tiempo antes descrito, esto es, los seis meses previos a la elección, desborda el objeto de la litis y se volvería inocuo. Por ello, la Sala considera que es errónea la posición tanto del demandante como del coadyuvante cuando afirman que al indagar sobre los hechos que ocurrieron en 2010 *“se está evidenciando los orígenes de la inhabilidad alegada”*, pues conocer desde cuando existe la presunta relación entre el señor Moreno Escobar y el demandado, en nada devela si se materializaron o no los elementos configurantes de la inhabilidad.

Bajo este panorama, se puede afirmar que le asiste plena razón al Ministerio Público cuando advirtió que el testimonio solicitado versa sobre situaciones fácticas que sobrepasan el tiempo del período inhabilitante, pues es evidente que los hechos relacionados con la presunta gestión de negocios adelantada por el demandado en el año 2010, acaecieron con mucha antelación al lapso consagrado por el constituyente para esta clase de inhabilidad.

Por otro lado, en el escrito de la reforma se arguye que el testimonio de la señora Liliana Melo es de suma importancia para el proceso de nulidad electoral, porque aquella fungió como testigo electoral del demandado.

Este argumento solo refuerza el carácter impertinente de la prueba solicitada, comoquiera que en su calidad de veedora de los comicios, la señora Melo

únicamente podría suministrar información relacionada con la cantidad de votos y con el desarrollo de la jornada electoral en las mesas de votación, lo cual no solo en nada toca con la inhabilidad alegada, sino que además correspondería a información que sería útil en un proceso de nulidad electoral de carácter objetivo, sin que el *subjudice* tenga dicha calidad.

Aunado a lo anterior, se evidencia que el testimonio también es impertinente porque pretende dar cuenta de unas contrataciones realizadas en el consulado de Newark, desconociendo que los cargos que estaban relacionados a estas presuntas gestiones no fueron admitidos en la reforma de la demanda por cuanto en su momento, frente a estos, ya había operado el fenómeno de la caducidad.

En efecto, tal y como se describió en los antecedentes de esta providencia, la Sección en auto del 11 de diciembre de 2014 determinó que no había lugar a aceptar la reforma a la demanda en lo que concernía a los cargos de nulidad relacionados con la presunta inhabilidad por haber gestionado negocios a favor de terceros en el consulado de Newark, toda vez que, los mismos no habían sido relacionados en la demanda inicialmente presentada y por ello respecto a ellos había acaecido caducidad.¹²

Finalmente, la Sección resalta que el objeto de la prueba testimonial, se agotó porque a folio 618 del expediente obra prueba documental suscrita por el cónsul de Colombia en Nueva York en el que se informa con todo de detalle qué clase de vinculación tuvo el citado ciudadano con dicha dependencia consular. Así pues, contrario a lo sostenido por los recurrentes, el testimonio solicitado no ayudara a revelar “*la verdad procesal*” porque en el expediente existe prueba de la cual se puede extraer la calidad del señor Moreno Escobar y su relación con la oficina diplomática de la ciudad de Nueva York.

En suma, se colige que la prueba testimonial solicitada por la demandante carece de pertinencia, y que por tal razón su decreto y práctica debe ser negado.

3.2 De las demás pruebas solicitadas en la reforma a la demanda

¹² Consejo de Estado, Sección Quinta, Auto del 11 de diciembre de 2014, Radicado 1100103280002014011100 CP (E). Alberto Yepes Barreiro

No escapa a la Sala el hecho de que, ni para las partes, ni para el Ministerio Público, ni para los magistrados que hoy conocemos de este recurso, existe certeza acerca de cuáles fueron las pruebas documentales aportadas con la reforma a la demanda que fueron decretadas y cuales las que quedaron excluidas de la valoración¹³.

En consecuencia, en aras a garantizar el principio de publicidad de la prueba¹⁴ y a evitar posibles nulidades, la Sección invita a la Magistrada Ponente del proceso de la referencia para que le informe a las partes, al Ministerio Público y a al resto de la Sala, de manera clara, expresa y detallada cuáles de las pruebas documentales aportadas con la reforma de la demanda y contenidas en los folios 325 a 576 serán tenidas en cuenta para la resolución del problema jurídico planteado y en el mismo sentido indique las que se excluirán, por ejemplo, por no tener puntos de contacto con la fijación del litigio o porque buscan acreditar aquellos cargos respecto a los cuales se rechazó la reforma a la demanda.

3.3 Respecto a la decisión de prescindir de la audiencia de pruebas.

Ahora bien respecto a la decisión de prescindir de la audiencia de pruebas, la ley consagra la posibilidad de que el juez pretermita esta etapa procesal siempre y cuando no existan pruebas que deban ser practicadas en esta diligencia.

En el *sub judice* el Despacho Conductor del proceso determinó que se prescindiría de esta etapa, porque todas las pruebas allegadas eran de carácter documental.

¹³ Recuérdese que en su momento cuando se solicitó a la Magistrada Ponente que se pronuncie sobre las pruebas de la reforma a la demanda, aquella se limitó a señalar que se decretarían *“únicamente aquellos medios de convicción que tuvieran relación con el “primer cargo” y que se negaban todos los que estuviesen relacionados con los cargos de nulidad respecto de los cuales se declaró la caducidad”*. FI 735 y CD Audiencia inicial.

¹⁴ En efecto, se ha entendido que la publicidad de la prueba no solo implica que el juez no oculte los medios de convicción obrantes en el expediente, pues aquel también recoge el derecho de las partes a conocer cuales son las pruebas decretadas, en aras a examinarlas y controvertirlas comoquiera que dicho principio está en íntima relación con el derecho a la defensa. En este sentido se pronunció la Corte Constitucional cuando en sentencia C-1270 de 2000 señaló que en los procesos judiciales se debe reconocer, entre otros, *“el derecho a la publicidad de la prueba, pues de esta manera se asegura el derecho de contradicción”*.

La Sala advierte que la anterior decisión se encuentra ajustada a derecho, pues como se mostró, habiéndose negado la práctica de la prueba testimonial es evidente que no es imperioso celebrar esta diligencia, máxime cuando el derecho al debido proceso se puede satisfacer colocando los documentos allegados al proceso a disposición de las partes por un término razonable y conjunto, en el que aquellas podrán conocer el contenido íntegro de los documentos, tacharlos de falsos y realizar todas las acciones tendientes a materializar el derecho a la defensa.

En síntesis, no hay lugar a revocar la decisión de no realizar audiencia de pruebas, debido a que todas las pruebas obrantes en el expediente tienen carácter documental.

4. Conclusión

Con base en los anteriores razonamientos, la Sección concluye que:

- No es viable decretar ni practicar la prueba testimonial solicitada, toda vez que, la misma no es pertinente para el objeto de este proceso.
- Comoquiera que no existe claridad sobre cuáles son las pruebas documentales aportadas con la reforma a la demanda, se solicita a la Magistrada Ponente que exprese con toda claridad cuáles de las pruebas documentales allegadas con la demanda y obrantes a folios 325 a 576 serán los medios de convicción que serán tenidos en cuenta para la resolución del problema jurídico planteado y cuáles de estos mismos textos se excluirán del debate.
- No hay lugar a revocar la decisión de prescindir de la audiencia de pruebas, pues todas las pruebas allegadas al proceso tienen el carácter de documental.

Así pues, en la parte resolutive de esta providencia se **confirmará** en su integridad la decisión adoptada por la Consejera Ponente el 16 de febrero de 2015 mediante la cual se negó el decreto de la prueba testimonial y se prescindió de la audiencia de pruebas advirtiendo a los sujetos procesales que contra lo aquí decidido no procede recurso alguno.

Adicionalmente, como se advirtió se instará a la Consejera Ponente para que le informe a las partes a la Sala y al Ministerio Público, de manera clara y detallada cuáles de las pruebas documentales aportadas con la reforma de la demanda y contenidas en los folios 325 a 576 serán tenidas en cuenta para la resolución del problema jurídico planteado y cuales se excluirán del debate probatorio.

III. LA DECISION:

Con fundamento en lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la decisión adoptada por la Consejera Ponente en auto del el 16 de febrero de 2015, en el sentido de negar el decreto de la prueba testimonial y de prescindir de la audiencia de pruebas.

SEGUNDO: SOLICITAR a la Magistrada Ponente que le informe a las partes, al Ministerio Público y al resto de la Sala de manera clara y detallada cuáles de las pruebas documentales aportadas con la reforma de la demanda y contenidas en los folios 325 a 576 serán tenidas en cuenta para la resolución del problema jurídico planteado y cuales se excluirán del debate probatorio.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

LUCY JEANNETTE BERMUDEZ BERMUDEZ
Presidente

ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero

ACLARACION DE VOTO

Consejera: LUCY JEANNETTE BERMUDEZ BERMUDEZ

Bogotá D.C., once (11) de marzo de dos mil quince (2015)

Con el acostumbrado respeto, manifiesto que aunque estoy de acuerdo con el auto proferido, la razón que me lleva a aclarar mi voto es el tratamiento desigual que advierto con respecto a la decisión que la Sala adoptara el pasado 27 de noviembre de 2014 dentro del proceso 2014-00051-00 de Iván Medina Ninco contra Ana María Rincón Herrera (Representante a la Cámara por el Departamento del Huila), proceso en el que valga precisar el Consejero Dr. Alberto Yepes Barreiro fue separado del conocimiento por aceptación de impedimento.

En efecto, recuerdo que en la audiencia inicial negué unas pruebas testimoniales y documentales tendientes a comprobar un hecho que consideré impertinente a la causal de nulidad electoral planteada, relacionada con el suceso funesto de la muerte del hijo de la Congresista demandada. En esa oportunidad indiqué que no era tema de prueba y, por ende, era impertinente en tanto no resultaban procedentes para probar la causal de nulidad alegada.

La Sala integrada por la Dra. Susana Buitrago y la Conjuez Dra. Esperanza Gómez de Miranda, revocó la decisión argumentando lo siguiente:

*“...es claro que **si las partes aportan las pruebas como ocurre cuando los demandantes lo hacen con el escrito de demanda y los demandados al contestarla, le corresponde al juez su admisión.** Porque frente a ellas la **actividad judicial recae en aceptar como tales las que así aduzcan las partes.** Escenario diferente es el que se presenta cuando se **pide su práctica**, pues en este caso, no reposan en el expediente y por lo tanto requieren que además de que se resuelva sobre su decreto, se practiquen, v.gr. como ocurre cuando se pide recepcionar testimonios o rendir dictámenes periciales.*

***Valorar o apreciar la prueba es actividad propia de etapa procesal posterior, que el operador judicial lleva a cabo con el propósito o finalidad de conocer el mérito o convicción** que le ofrece el medio de prueba que fue decretado, o sobre las que fueron acompañadas con la demanda o la contestación y que en*

oportunidad precia (la del decreto de pruebas) admitió a simple título de tenerlas como tales.

*De esta manera, **no es dable anticipar el otorgamiento de valor probatorio a los documentos que ya obran en el expediente durante la oportunidad procesal que solo es para decretarlas, porque ello corresponde a un aspecto propio de apreciarse cuando se decida de fondo sobre las censuras planteadas contra el acto de elección.***

*Entonces, **los documentos que la accionada allegó con la contestación de la demanda sí debieron aceptarse como prueba**, por lo tanto se revocará la decisión de negar su decreto para, en su defecto, considerarlos como tales con el valor que les corresponda según la ley, y por la apreciación que se realice al examinarlos cuando corresponda dictar decisión de mérito que defina el proceso”.*

Con ese análisis, considero que se dio al traste con los requisitos intrínsecos de la prueba que deben ser analizados por el operador para saber si los incorpora o no a la comunidad probatoria (pertinencia y conducencia) y con el tema de prueba.

En mi opinión, es acorde a derecho hacer preponderar en el decreto de la prueba los aspectos relacionados con el tema de prueba y los elementos intrínsecos y extrínsecos de los medios probatorios, como usted en efecto lo hace en el auto de 5 de marzo de 2015.

En estos términos aclaro mi voto.

LUCY JEANNETTE BERMUDEZ BERMUDEZ
Consejera de Estado