

Derecho probatorio

Desafíos y perspectivas

Fredy Hernando Toscano López

Juan Carlos Naizir Sistac

Luis Guillermo Acero Gallego

Ramiro Bejarano Guzmán

Editores

Universidad
Externado
de Colombia

FREDY HERNANDO
TOSCANO LÓPEZ
LUIS GUILLERMO
ACERO GALLEGO
(EDITORES)

JUAN CARLOS
NAIZIR SISTAC
RAMIRO
BEJARANO GUZMÁN

DERECHO PROBATORIO: DESAFÍOS Y PERSPECTIVAS

Derecho probatorio : desafíos y perspectivas / Carlos Felipe Ballén Jaime [y otros] ; Fredy Hernando Toscano López, Juan Carlos Naizir Sistac, Luis Guillermo Acero Gallego, Ramiro Bejarano Guzmán (editores). -- Bogotá : Universidad Externado de Colombia. 2020.
529 páginas ; 24 cm.

Incluye referencias bibliográficas.

ISBN: 9789587905045

1. Derecho probatorio 2. Procesos (Derecho) 3. Prueba (Derecho) 4. Derecho procesal I. Toscano López, Fredy Hernando, editor II. Naizir Sistac, Juan Carlos, editor III. Acero Gallego, Luis Guillermo, editor IV. Bejarano Guzmán, Ramiro, 1954- , editor V. Universidad Externado de Colombia VI. Título

345-72 SCDD 15

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

diciembre de 2020

ISBN 978-958-790-504-5

© 2020, FREDY HERNANDO TOSCANO LÓPEZ, JUAN CARLOS NAIZIR SISTAC,
LUIS GUILLERMO ACERO GALLEGO, RAMIRO BEJARANO GUZMÁN (EDITORES)

© 2020, UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

Calle 12 n.º 1-17 Este

Teléfono (57 1) 342 0288

publicaciones@uexternado.edu.co

www.uexternado.edu.co

Primera edición: diciembre de 2020

Diseño de cubierta: Departamento de Publicaciones

Corrección de estilo: Néstor Clavijo

Composición: Álvaro Rodríguez

Impresión y encuadernación: Panamericana, formas e impresos S.A.

Tiraje de 1 a 1.000 ejemplares

Impreso en Colombia

Printed in Colombia

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.

CAPÍTULO NOVENO

DANIELA CORCHUELO URIBE*

*La prueba documental en poder de la contraparte y
su interacción con la exhibición de documentos*

Sumario: Introducción. I. Ámbito de aplicación. II. Contenido de la solicitud. III. El deber de aportar los documentos. IV. Consecuencias probatorias del incumplimiento del deber. Conclusiones. Bibliografía.

INTRODUCCIÓN

Los documentos, como anota el profesor Hernando Devis Echandía, tienen la virtud de suministrar “una representación permanente y relativamente segura de los hechos que pueden interesar más tarde a un proceso o que suelen hacerse valer en las relaciones de sociedad extraprocesalmente, por lo cual es enorme su importancia como instrumento de certeza jurídica, de realización espontánea y pacífica de los derechos”¹.

La relevancia de los documentos en el tráfico jurídico tiene, como es de suponerse, una proyección en el proceso. En particular, para lo que aquí interesa, la suficiencia de los documentos que alleguen las partes al proceso puede abreviar el debate probatorio. El artículo 236 del Código General del Proceso, por ejemplo, señala que, salvo disposición en contrario, la inspección judicial no procede cuando los hechos pueden ser verificados “por medio de videograbación, fotografías u otros documentos”.

En la misma línea, y esta es una de las tantas novedades del Código General del Proceso, el numeral 6 del artículo 82 establece la carga del demandante de incluir en su solicitud de pruebas una relación de los documentos que el demandado tiene en su poder, para que este los aporte, al tiempo que el inciso final del artículo 96 contiene el deber correlativo del demandado de

* Abogada de la Universidad Externado de Colombia con maestría en Solución de Controversias Internacionales de la Universidad de Ginebra y el Graduate Institute of International and Development Studies. Docente investigadora del Departamento de Derecho Procesal de la Universidad Externado de Colombia. Abogada de litigios de Posse Herrera Ruiz. Autora del libro *Anulación de laudos arbitrales por errores sustanciales en Colombia* (tesis de grado), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013.

1 HERNANDO DEVIS ECHANDÍA, *Teoría general de la prueba judicial*, 6.^a ed., t. II, Bogotá, Editorial Temis, 2017, p. 498. PEDRO ALEJO CAÑÓN RAMÍREZ anota que “los actos más importantes de la vida, personal y de relación de los cuales dependen los derechos y obligaciones no pueden ser dejados a merced de los recuerdos más o menos fieles de quienes los han presenciado”. PEDRO ALEJO CAÑÓN RAMÍREZ, *Teoría y práctica de la prueba judicial: legislación-doctrina-jurisprudencia 1887-2014*, 3.^a ed., Bogotá, Biblioteca Jurídica Dike, 2017, pp. 383-384.

aportar con la contestación los documentos que estén en su poder y que haya solicitado el demandante.

Así como el deber de “abstenerse de solicitarle al juez la consecución de documentos que directamente o por medio del ejercicio del derecho de petición hubiere podido conseguir”², las mencionadas disposiciones tienen como propósito procurar la eficiencia y la economía procesales. En efecto, por la vía de la indicación en la demanda de los documentos que el demandado debe aportar con la contestación, y de ahí la relevancia del tema, “se puede obviar la diligencia de exhibición de documentos”³; un medio de prueba que, en la práctica, puede resultar engorroso y, lamentablemente, algunas veces inútil.

Si el demandante solicita que el demandado aporte con la contestación determinados documentos, y el demandado lo hace, se agota el objeto de una eventual exhibición de documentos en poder del demandado, y, por lo mismo, se evita su práctica. Esta conclusión, que para algunos puede sonar a obviedad, despierta algunos interrogantes relativos a la interacción de las referidas disposiciones con el medio de prueba exhibición de documentos.

Como se explica en lo que sigue, por virtud del deber del demandado de aportar con la contestación los documentos indicados en la demanda, la exhibición de documentos se convirtió en un medio de prueba residual para la parte demandante, aunque la norma sobre su procedencia no lo indique⁴. En efecto, su decreto y práctica, con las precisiones que se hacen más adelante, deben estar condicionados al incumplimiento del demandado del mencionado deber.

Para soportar esta y las demás conclusiones que se presentan en las últimas líneas del capítulo, en las siguientes páginas se identifican las diferencias entre la exigencia al demandado de aportar los documentos que están en su poder y que solicitó el demandante y la exhibición de documentos. La comparación

2 Congreso de la República de Colombia, Ley 1564 (12 julio 2012), “Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones”. Artículo 78#10 [en línea], Bogotá, *Diario Oficial*, n.º 48.525 de 17 de agosto de 2012. Disponible en <http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1564_2012.html>.

3 MIGUEL ENRIQUE ROJAS, *Código General del Proceso*, 1.ª ed., Bogotá, Escuela de Actualización Jurídica (Esaju), 2012, p. 180.

4 “Artículo 265.—*Procedencia de la exhibición.* La parte que pretenda utilizar documentos o cosas muebles que se hallen en poder de otra parte o de un tercero, deberá solicitar, en la oportunidad para pedir pruebas, que se ordene su exhibición”. Congreso de la República de Colombia, Ley 1564, cit., artículo 265 [en línea].

abarca el ámbito de aplicación de cada figura (numeral I), el contenido de la solicitud (numeral II), el deber de aportar los documentos (numeral III), y las consecuencias probatorias del incumplimiento de dicho deber (numeral IV).

I. ÁMBITO DE APLICACIÓN

El artículo 265 del Código General del Proceso, sobre la procedencia de la exhibición de documentos, señala que la parte que pretenda utilizar documentos o cosas muebles que se hallen en poder de otra parte o de un tercero deberá solicitar, en la oportunidad para pedir pruebas, que se ordene su exhibición.

De entrada, es evidente que la exhibición de documentos tiene un ámbito de aplicación más amplio que la indicación en la demanda de los documentos en poder del demandado. La exhibición está disponible para todas las partes, no solo para el demandante, y puede pedirse respecto de documentos o cosas muebles que estén en poder de otra parte o de un tercero.

Con esta aclaración sobre el alcance de cada figura, debe entenderse que la invitación que la ley le hace al demandante de indicar los documentos en poder del demandado y el deber de este de aportar dichos documentos con su contestación solo desplazan la exhibición de documento a cargo del demandado, con las acotaciones que se hacen más adelante.

Sin perjuicio de lo anterior, aunque la ley procesal no prevé la posibilidad de que el demandado, en su petición de pruebas⁵, indique los documentos en poder del demandante para que este lo aporte, el juez, en ejercicio de su función de dirigir el proceso⁶, podría, a petición del demandado, otorgarle al demandante un término, equivalente al que tuvo el demandado, para que aporte los documentos indicados en la contestación⁷. Esta solución a lo que parece un vacío legal podría redundar en la eficiencia y economía procesales que procuran el numeral 6 del artículo 82 y el inciso final del artículo 96 del Código General del Proceso.

5 Congreso de la República de Colombia, Ley 1564, cit., artículo 96, num. 4 [en línea].

6 Congreso de la República de Colombia, Ley 1564, cit., artículo 42, num. 1 [en línea].

7 En este punto resulta relevante el artículo 165 del Código General del Proceso, que señala que “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”.

II. CONTENIDO DE LA SOLICITUD

El artículo 266 del Código General del Proceso señala que la parte que pida la exhibición debe expresar los hechos que pretende demostrar y afirmar que el documento se encuentra en poder de la persona llamada a exhibirlos, su clase y la relación que tenga con aquellos hechos.

No basta con que el solicitante afirme, de manera genérica, que los documentos cuya exhibición solicita se relacionan con el objeto de la controversia. Es necesario que exprese, respecto de cada documento o grupo de documentos, según sea el caso, qué intenta demostrar y por qué los documentos son pertinentes⁸.

El numeral 6 del artículo 82 del Código General del Proceso, en contraste, no le exige al demandante, como condición para que el demandado deba aportar los documentos, ninguna explicación sobre su relevancia probatoria. La disposición solo señala que la demanda debe contener “la petición de las pruebas que se pretenda hacer valer, con indicación de los documentos que el demandado tiene en su poder, para que este los aporte”. En efecto, el demandante no tiene la carga de justificar la relevancia de los documentos que afirma están en poder del demandado. Le basta con relacionarlos, bajo la afirmación de que se trata de documentos en poder del demandado.

Los documentos, en todo caso, deben ser pertinentes, pues como señala Devis Echandía, “el derecho a probar está limitado a aquellos hechos que tengan alguna relación con la cuestión debatida o examinada”⁹. Es más, es recomendable que el demandante, de manera sucinta, afirme por qué los documentos que relaciona resultan relevantes para el litigio, para evitar que el demandado alegue la impertinencia o la inutilidad de los documentos para justificar su no presentación.

La indicación de los documentos que el demandado tiene en su poder, valga anotar, está listada dentro de los requisitos de la demanda. No quiere esto decir que el demandante, de manera forzosa, deba relacionar documentos que están en poder del demandado. El demandante está en libertad de elegir

8 En palabras de HERNANDO DEVIS ECHANDÍA, “la pertinencia consiste en que haya alguna relación lógica o jurídica entre el medio y el hecho por probar”. HERNANDO DEVIS ECHANDÍA, *Teoría general de la prueba judicial*, 6.^a ed., t. 1, Bogotá, Editorial Temis, 2017, p. 125.

9 *Ibid.*, p. 326.

cómo cumplir su carga probatoria. Además, puede ocurrir que cuente con todos los documentos que considera necesarios para probar los hechos que afirma, o que los documentos que le hagan falta estén en poder de un tercero y no del demandado. Por tanto, la falta de ese requisito no causa la inadmisión de la demanda.

Ahora bien, puede suceder que el demandante, en su demanda, no indique cuáles son los documentos que el demandado tiene en su poder con el propósito de que sean aportados con el escrito de contestación, pero sí lo haga a propósito de una solicitud de exhibición de documento. Si ello sucede, el juez, en el auto admisorio de la demanda, puede encauzar la solicitud y ordenarle al demandado que aporte los documentos con su contestación, teniendo en cuenta que es deber del juez “procurar la mayor economía procesal”¹⁰ y que ese es, como ya se mencionó, el propósito de la exigencia que la ley le hace al demandante de indicar los documentos que el demandado tiene en su poder, y a este, de aportar dichos documentos con su contestación.

III. EL DEBER DE APORTAR LOS DOCUMENTOS

La presentación de los documentos en poder del demandado que fueron solicitados por el demandante y la exhibición de documentos ordenada por el juez son ambas manifestaciones del deber de toda persona de “colaborar para el buen funcionamiento de la administración de justicia”, previsto en el numeral 7 del artículo 95 de la Constitución Política.

Los deberes procesales, en palabras de la Corte Suprema de Justicia, son “aquellos imperativos establecidos por la ley en orden a la adecuada realización del proceso”¹¹. A diferencia de las cargas procesales, no están establecidos para la satisfacción de los intereses de la parte, sino que persiguen, mediante la imposición de un estándar de conducta¹², el cumplimiento de los fines del

10 Congreso de la República de Colombia, Ley 1564, cit., artículo 42, num. 1 [en línea].

11 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, auto del 17 de septiembre de 1985, M. P. Horacio Montoya Gil. En *Gaceta Judicial*, t. CLXXX, n.º 2419, citado por Corte Constitucional, Sentencia C-1512 de 2000, exp. D-2989 (8 diciembre 2000), M. P. Álvaro Tafur Galvis [en línea]. Disponible en <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/C-1512-00.htm>>.

12 A este respecto, ANDRÉS BORDALÍ anota que “la idea de un deber genérico de colaboración supone una importante evolución respecto de la concepción continental que se tenía

proceso, esto es, la búsqueda de la verdad para la aplicación del derecho en la solución de la controversia¹³, y, en últimas, la justa y pronta solución del litigio¹⁴.

El artículo 78 del Código General del Proceso, de manera general, prevé como deberes de las partes y sus apoderados “proceder con lealtad y buena fe en todos sus actos”¹⁵ y “obrar sin temeridad en sus pretensiones o defen-

en el siglo XIX del proceso civil. En efecto, se dejó atrás una concepción adversarial a ultranza del proceso civil, para dar paso a un proceso en el cual se exige a las partes determinadas pautas de conducta”. ANDRÉS BORDALÍ SALAMANCA, “Nuevas herramientas probatorias en el proceso civil chileno. Análisis en un contexto de facilidad probatoria”, en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*. Sección: Ensayos [en línea], vol. 23, n.º 1, 2016, pp. 173-198; 185-186. Disponible en <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_abstract&pid=So718-97532016000100008&lng=es&nrm=iso>.

13 *Cfr.* NICOLÁS PÁJARO MORENO y JORGE SANTOS RODRÍGUEZ, Buena fe y lealtad “preprocesales”, en *Revista ICDP* [en línea], vol. 30, n.º 30, 2004, pp. 199-224. Disponible en <<http://publicacionesicdp.com/index.php/Revistas-icdp/article/view/141>>. En el mismo sentido, ANDRÉS BORDALÍ anota que el “principio de colaboración arranca de la premisa de que no puede obtenerse una correcta aplicación de la ley sin que los hechos sean verificados con la mayor adherencia a la realidad efectiva”. Nuevas herramientas probatorias en el proceso civil chileno. Análisis en un contexto de facilidad probatoria. BORDALÍ SALAMANCA, “Nuevas herramientas probatorias...”, cit., pp. 173-198. A propósito de las discusiones doctrinarias sobre la verdad como objetivo de la actividad probatoria, JORDI NIEVA FENOLL concluye que “no existe un concepto alternativo como guía de la actividad de valoración” y agrega: “En realidad, cuando se practica prueba es porque no sabemos cómo ha sucedido algo. Queremos saber cómo ha acaecido. Deseamos conocer la realidad [...]. Si la prueba no tiene esa finalidad, el proceso sería en realidad una pantomima de enfrentamiento ante un espectador forzado: el juez. Devendría un completo sinsentido, porque para que dos litigantes batallen no necesitan para nada, en realidad, a un juez. Si el juez está ahí es porque se ha percibido la necesidad de que alguien imparcial determine cuál es la realidad de los hechos que produjo la discusión, y basándose en la misma llegue a una resolución”. JORDI NIEVA FENOLL, *La valoración de la prueba*, Madrid, Marcial Pons, 2010, p. 149.

14 *Cfr.* IVÁN HUNTER AMPUERO, “La negativa injustificada a la exhibición de la prueba documental en el proceso civil chileno: una solución epistemológica para superar una regulación deficiente”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* [en línea], Valparaíso, n.º 46, 1.º semestre, 2016, pp. 208-209. Disponible en <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_abstract&pid=So718-68512016000100006&lng=es&nrm=iso>.

15 Congreso de la República de Colombia, Ley 1564, cit., artículo 78, num. 1.

sas y en el ejercicio de sus derechos procesales”¹⁶⁻¹⁷. En Sentencia C-141 de 1998^[18], la Corte Constitucional, en vigencia del Código de Procedimiento Civil, refiriéndose a los dos deberes mencionados, señaló¹⁹:

Una de las finalidades de la expedición del Código de Procedimiento Civil en 1970, fue precisamente la de impedir las actuaciones temerarias o de mala fe en el proceso [...]. Se quiso, en suma, que las partes y sus apoderados actuaran lealmente, sin malicia ni engaños, y sin hacer del proceso un juego donde la chicana prevaleciera sobre la buena fe.

Lo anterior, unido a la vigilancia de la conducta de los abogados, ha mejorado la forma de administrar justicia. Ahora el proceso no es un ejercicio mezquino donde tengan cabida la temeridad y la mala fe. La defensa de los intereses propios o del cliente, no puede basarse en el ocultamiento de la verdad ni en la mentira. El proceso mismo o sus incidentes y recursos y demás actuaciones, no pueden utilizarse para un fin distinto al que les es propio: la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial. Derechos, verdaderos derechos, no la apariencia de ellos.

Para lograr la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial, “la ley no solo exige prudencia, respeto, rectitud, lealtad y buena fe en el actuar de los sujetos procesales, sino también diligencia, con el propósito de facilitar el avance adecuado del proceso”²⁰.

En efecto, el artículo 78 del Código General del Proceso también exige a las partes y sus apoderados “prestar al juez colaboración para la práctica de

16 *Ibid.*, artículo 78, num. 2.

17 Como anota MIGUEL ROJAS, “el Código impone a las partes y a sus apoderados una serie de deberes que apuntan a asegurar la pulcritud debida en todo el comportamiento que pueda influir en la actividad procesal, y la colaboración con la justicia”. ROJAS, *op. cit.*, p. 150.

18 Corte Constitucional, Sentencia C-141 de 1998, exp. D-1860 (15 abril 1998), M. P. Jorge Arango Mejía [en línea]. Disponible en <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/C-141-98.htm>>.

19 La Corte examinó la constitucionalidad de los artículos 72 (parcial) y 73 del Código de Procedimiento Civil, que preveían, como lo hacen hoy los artículos 80 y 81 del Código General del Proceso, la responsabilidad patrimonial de las partes y de sus apoderados por actuaciones procesales temerarias o de mala fe.

20 ROJAS, *op. cit.*, p. 150.

pruebas y diligencias”²¹, “adoptar las medidas para conservar en su poder las pruebas y la información contenida en mensajes de datos que tenga relación con el proceso y exhibirla cuando sea exigida por el juez, de acuerdo con los procedimientos establecidos en este código”²², entre otros deberes positivos.

Para lo que aquí interesa, este deber de colaboración²³ se concreta en aportar al proceso los documentos que haya solicitado el demandante o que el juez haya ordenado exhibir, pues nada más distante con un comportamiento leal que esconder un documento que puede ser fundamental para la correcta adjudicación del juicio, máxime cuando la parte contraria, gravada con la carga probatoria, ha solicitado que sea aportado al proceso²⁴.

Ahora bien, el deber del demandado de acompañar su contestación de los documentos que estén en su poder y que hayan sido solicitados por el demandante tiene una particularidad. De la lectura del inciso final del artículo 96 del Código General del Proceso²⁵, parece que el deber del demandado surgiera por el simple hecho de la petición formulada por el demandante. En efecto, la mencionada disposición señala que la contestación *debe* estar acompañada de los documentos que estén en poder del demandado y que hayan sido *solicitados* por el demandante. Quiere decir que no hace falta que el juez, en el auto que admite la demanda, le ordene al demandado aportar los documentos

21 Congreso de la República de Colombia, Ley 1564, cit., artículo 78, num. 8 [en línea]. La Corte Constitucional ha subrayado que “el prestar al juez la colaboración para la práctica de pruebas y diligencias no constituye una carga sino un deber procesal de imperativo cumplimiento”. Corte Constitucional, Sentencia C-874 de 2003, exp. D-4546 (30 septiembre 2003), M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra [en línea]. Disponible en <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-874-03.htm>>

22 Congreso de la República de Colombia, Ley 1564, cit., artículo 78, num. 12 [en línea].

23 El principio o deber de colaboración, en palabras de ROBERTO OMAR BERIZONCE, “se desarrolla a partir de la buena fe y probidad procesal, tanto como del deber de decir la verdad con la finalidad de afianzar la eticidad en el proceso y el resultado útil de la jurisdicción”. ROBERTO OMAR BERIZONCE, *El principio de colaboración procesal y el régimen de la prueba en el proceso por audiencias*, citado por Henry Sanabria Santos (dir.), *La prueba. Homenaje al maestro Hernando Devis Echandía*, Bogotá, Universidad Libre, 2002, p. 389.

24 Cfr. HUNTER AMPUERO, “La negativa injustificada...”, cit., pp. 193-226.

25 “A la contestación de la demanda deberá acompañarse el poder de quien la suscriba a nombre del demandado, la prueba de su existencia y representación, si a ello hubiere lugar, los documentos que estén en su poder y que hayan sido solicitados por el demandante, o la manifestación de que no los tiene, y las pruebas que pretenda hacer valer”.

indicados por el demandante. El deber, en síntesis, no está condicionado a la orden judicial.

A diferencia de la exhibición de documentos, la prueba no debe ser decretada. Por eso, en principio, no le corresponde al juez hacer valoración alguna sobre la pertinencia y utilidad de los documentos indicados por el demandante. Sin embargo, en ejercicio de sus poderes de ordenación e instrucción, el juez puede, o mejor, debe rechazar la solicitud que sea “notoriamente improcedente”²⁶ en el auto que admite la demanda²⁷.

Este podría ser el caso de que el demandante solicitara, por ejemplo, la exhibición de todos los libros y papeles de comercio del demandado, teniendo en cuenta que los comerciantes, salvo en los casos previstos en el artículo 64 del Código de Comercio²⁸, no pueden ser obligados a exhibir sus libros y papeles en su totalidad²⁹.

26 Congreso de la República de Colombia, Ley 1564, cit., artículo 43, num. 1 [en línea].

27 En el mismo sentido, el artículo 168 del Código General del Proceso señala que el juez rechazará las pruebas “notoriamente impertinentes, las inconducentes y las manifiestamente superfluas o inútiles”. A propósito de este tema, HERNANDO DEVIS ECHANDÍA anota que “el tiempo y el trabajo de los funcionarios judiciales y de las partes en esta etapa del proceso no deben perderse en la práctica de medios que por sí mismos o por su contenido no sirvan en absoluto para los fines propuestos y aparezcan claramente improcedentes o inidóneos”. Sin perjuicio de ello, también advierte lo siguiente sobre el rechazo de un medio de prueba por impertinente: “Solo cuando la no pertinencia sea indudable o evidente, porque es imposible que el hecho por probar pueda relacionarse directa o indirectamente con los de la causa, debe el juez rechazar o declarar inadmisibles la prueba; pero si existe alguna posibilidad, por remota que parezca, de que ese hecho tenga alguna relación y resulte de algún interés para la decisión del litigio o del asunto voluntario, es mejor decretar y practicar la prueba”. DEVIS ECHANDÍA, *op. cit.*, t. 1, pp. 125 y 328.

28 “Artículo 64.— *Exhibición y examen general de libros.* Los tribunales o jueces civiles podrán ordenar, de oficio o a instancia de parte, la exhibición y examen general de los libros y papeles de un comerciante en los casos de quiebra y de liquidación de sucesiones, comunidades y sociedades”. Congreso de la República de Colombia, Ley 1564, cit., artículo 64 [en línea].

29 “Artículo 65.— *Exhibición parcial de libros.* En situaciones distintas de las contempladas en los artículos anteriores, solamente podrán ser examinados los libros y papeles de comercio, mediante exhibición ordenada por los tribunales o jueces, a petición de parte legítima, pero la exhibición y examen se limitarán a los libros y papeles que se relacionen con la controversia”. Congreso de la República de Colombia, Decreto 410 (27 marzo 1971), “Por el cual se expide el Código de Comercio”, artículo 65 [en línea], Bogotá,

Ahora bien, el hecho de que el deber derive, directamente, de la solicitud del demandante, no implica que el demandado esté obligado a aportar todos los documentos relacionados en la demanda. El mismo artículo 96 del Código General del Proceso señala que el demandado, de ser el caso, puede manifestar que no tiene los documentos solicitados por el demandante. Además, aunque la norma no lo diga, puede abstenerse de aportar aquellos documentos que no guarden relación con los hechos invocados en la demanda.

El artículo 11 del Código General del Proceso señala que “al interpretar la ley procesal el juez deberá tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial”. Esto supone, en líneas generales, que el cumplimiento de los deberes y la calificación de la conducta de las partes deben orientarse al cumplimiento del mencionado objetivo.

En general, la ley no les exige a las partes que alleguen al proceso información que no guarde relación con el objeto del litigio. El parágrafo del artículo 233 del Código, por mencionar un ejemplo, a propósito del deber de las partes de colaborar con el perito, señala que “el juez deberá tener en cuenta las razones que las partes aduzcan para justificar su negativa a facilitar datos, cosas o acceso a los lugares, cuando lo pedido no se relacione con la materia del litigio o cuando la solicitud implique vulneración o amenaza de un derecho propio o de un tercero”.

En ese sentido, se reitera, el demandado no está en el deber de aportar al proceso aquellos documentos que, habiendo sido relacionados por el demandante, no guardan relación con el objeto de la controversia.

Ahora bien, ese juicio que debe hacer el demandado sobre la pertinencia de los documentos solicitados por el demandante supone un riesgo; el riesgo de que, so pretexto de su irrelevancia, el demandado decida no aportar con la contestación los documentos que no favorecen su defensa.

Diario Oficial, n.º 33-339 del 16 de junio de 1971. Disponible en <http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_comercio.html>. “Artículo 268.— *Exhibición de libros y papeles de los comerciantes*. Podrá ordenarse, de oficio o a solicitud de parte, la exhibición parcial de los libros y papeles del comerciante. La diligencia se practicará ante el juez del lugar en que los libros se lleven y se limitará a los asientos y papeles que tengan relación necesaria con el objeto del proceso y la comprobación de que aquellos cumplen con las prescripciones legales”. Congreso de la República de Colombia, Ley 1564, cit., artículo 268 [en línea].

Por fortuna, ese riesgo se mitiga de dos maneras. En primer lugar, el demandante conserva la posibilidad de solicitar la exhibición de los documentos que el demandado no aporte con la contestación. En efecto, el deber que tiene el demandante de indicar en su solicitud de pruebas “los documentos que el demandado tiene en su poder, para que este los aporte” no riñe con la posibilidad de solicitar en la demanda la exhibición de esos mismos documentos.

Si el demandado aporta todos los documentos, el demandante puede desistir de la solicitud de exhibición³⁰, o en todo caso, el juez, en la audiencia inicial, deberá abstenerse de decretar dicho medio de prueba, pues el artículo 169 del Código General del Proceso señala que el juez debe decretar solo aquellas pruebas que “sean útiles para la verificación de los hechos relacionados con las alegaciones de las partes”.

En línea con lo anterior, el artículo 42 del mismo Código señala que es deber del juez “dirigir el proceso, velar por su rápida solución, [...] adoptar las medidas conducentes para impedir la paralización y dilación del proceso y procurar la mayor economía procesal”. De ahí que deba negarse a decretar la prueba de exhibición cuando la considere innecesaria por haberse agotado su objeto.

En el caso contrario, esto es, si el demandado no aportó con su contestación todos los documentos indicados por el demandante, el juez deberá decretar la prueba de exhibición, siempre que encuentre que la solicitud reúne los requisitos del artículo 266 del Código General del Proceso.

En este último evento —y esta es la segunda forma de mitigar al riesgo arriba mencionado—, el juez *deberá* considerar, al momento de dictar la sentencia, el incumplimiento del deber del demandado de aportar los documentos con la contestación de la demanda, según se explica en la siguiente sección.

En conclusión, la exhibición de documentos a cargo del demandado, a petición del demandante³¹, solo procede cuando 1) se haya solicitado en la demanda, de manera concurrente con la petición para que los mismos documentos se aportaran con la contestación, y el demandado no los haya aportado

30 El artículo 175 del Código General del Proceso señala que las partes pueden desistir de las pruebas no practicadas que hubieren solicitado.

31 En los términos del artículo 170 del Código General del Proceso, “el juez debe decretar pruebas de oficio cuando [...] sean necesarias para esclarecer hechos objeto de la controversia”. En el mismo sentido, el numeral 4 del artículo 42 señala que es deber del juez emplear los poderes que el Código le concede en materia de pruebas de oficio.

en ese momento; o 2) haya sido solicitada en el traslado de que trata el artículo 370 del Código General del Proceso³², en el caso de los procesos verbales.

IV. CONSECUENCIAS PROBATORIAS DEL INCUMPLIMIENTO DEL DEBER

El Código General del Proceso prevé, respecto de varias conductas de las partes, consecuencias probatorias. Así, por ejemplo, el artículo 238 señala que cuando alguna de las partes impida u obstaculice la práctica de la inspección judicial, “se presumirán ciertos los hechos que la otra parte pretendía demostrar con ella, o se apreciará la conducta como indicio grave en contra si la prueba hubiere sido decretada de oficio”. El artículo 233 indica que el juez apreciará la falta de colaboración de las partes con el perito como indicio en su contra. El artículo 205 señala que la inasistencia de la parte a la audiencia en la que habrá de practicarse su interrogatorio, la renuencia a responder y las respuestas evasivas hacen presumir ciertos determinados hechos susceptibles de confesión o, en su defecto, deben ser apreciados por el juez como indicio grave en su contra.

De esa manera, la ley procesal le otorga efectos probatorios al incumplimiento del deber de colaborar con la administración de justicia, particularmente en la producción de la prueba, bien sea por medio de un comportamiento omisivo o de uno positivo³³.

De acuerdo con el artículo 267 del Código General del Proceso, la consecuencia de no exhibir un documento sin haber formulado una oposición que el juez encuentre justificada es que se *tendrán* por ciertos los hechos que la parte que pidió la exhibición se proponía probar. Si tales hechos no admiten prueba de confesión, la conducta de la parte obligada a exhibir se *apreciará* como indicio grave en su contra.

32 “Artículo 370.— *Pruebas adicionales del demandante*. Si el demandado propone excepciones de mérito, de ellas se correrá traslado al demandante por cinco (5) días en la forma prevista en el artículo 110, para que este pida pruebas sobre los hechos en que ellas se fundan”. Congreso de la República de Colombia, Ley 1564, cit., artículo 370 [en línea].

33 Sobre la tipología de las conductas procesales que pueden tener significación probatoria, LUIS MUÑOZ SABATÉ plantea la siguiente clasificación: omisivas, oclusivas, hesitativas y mendaces. LUIS MUÑOZ SABATÉ, *Técnica probatoria. Estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso*, Bogotá, Editorial Temis, 1997, pp. 472-489. La clasificación, si bien puede tener relevancia doctrinal, no parece tener incidencia en la práctica.

El lenguaje prescriptivo del artículo 267 sugiere que el juez está obligado a aplicar las mencionadas consecuencias, esto es, a tener por ciertos los hechos que quien pidió la exhibición se proponía acreditar, o a valorar la negativa como indicio grave, según el caso, sin perjuicio, claro está, del deber del juez de apreciar las pruebas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica³⁴.

El artículo 96 del Código General del Proceso, en cambio, no prevé de manera expresa ninguna consecuencia para el demandado que no aporta con la contestación los documentos indicados por el demandante. Sin embargo, el hecho de que no exista una consecuencia probatoria específica no implica que la renuencia del demandado esté, en todo caso, desprovista de efectos probatorios.

El artículo 241 del Código General del Proceso señala que “el juez podrá deducir indicios de la conducta procesal de las partes”. En la misma línea, el artículo 280 del mismo código indica que “el juez siempre deberá calificar la conducta procesal de las partes y, de ser el caso, deducir indicios de ella”.

Como explica el profesor Miguel Rojas, “el CGP pretende conminar al juez a observar la conducta procesal de las partes y asignarles en la sentencia el efecto que le corresponde por ministerio de la ley. De ahí que le ordene calificar la conducta procesal de las partes para deducir de ella indicios si hay lugar a ello, como lo tiene previsto el artículo 241”³⁵.

De acuerdo con las dos disposiciones mencionadas, es deber del juez calificar la conducta procesal de las partes. Si encuentra que determinados comportamientos, positivos u omisivos, tuvieron como propósito o como resultado impedir o hacer más difícil que la otra parte acreditara los hechos en los que se fundan sus pretensiones o defensas, o de alguna manera afectar un derecho sustancial, el juez, en ejercicio de lo que Hernando Devis Echandía llamó “una preciosa facultad”³⁶, podrá derivar indicios³⁷ de aquella conducta.

Esta exigencia que hace la ley al juez, de calificar la conducta procesal de las partes, es una afirmación, en el ámbito probatorio, de los ya referidos de-

34 Congreso de la República de Colombia, Ley 1564, cit., artículo 176 [en línea].

35 ROJAS, *op. cit.*, p. 325.

36 DEVIS ECHANDÍA, *op. cit.*, t. I, p. 114.

37 La ley, en este punto, se refiere al indicio como el hecho indicado y no el hecho indicador. En contraste, HERNANDO DEVIS ECHANDÍA define el indicio como “el hecho conocido del cual se obtiene, mediante una operación lógico-crítica, un argumento probatorio que permite inducir de aquel, otro hecho desconocido”. DEVIS ECHANDÍA, *op. cit.*, t. II, p. 598. La diferencia es terminológica, no conceptual.

beres de conducta que la ley procesal impone a las partes y a sus abogados, los cuales, a su turno, son también manifestación del principio de lealtad procesal y de la prevalencia del derecho sustancial.

Tras la atribución de efectos probatorios a la conducta procesal de las partes subyace una razón de justicia: la parte que cumplió con su carga probatoria pero que, por acción y omisión de su contraparte, no logró acreditar un hecho no debe asumir el efecto adverso de la falta de prueba³⁸.

Con sustento en lo anterior, se concluye que el incumplimiento del deber de aportar con la contestación los documentos solicitados por el demandante que estén en poder del demandado *puede* tener una consecuencia probatoria: el juez podría derivar indicios de dicha conducta.

Derivar indicios supone un ejercicio lógico, que consiste, en términos simples, en inferir de un hecho conocido otro hecho desconocido, mediante una operación lógico-crítica que se fundamenta en las reglas de la experiencia³⁹. En el caso de indicios derivados de una conducta procesal que el juez ha calificado como contraria a la lealtad procesal, la regla de la experiencia puede formularse en los siguientes términos: es razonable concluir que la parte que impide o intenta impedir la prueba de un hecho lo hace para evitar las consecuencias jurídicas adversas que podría acarrear la fijación como cierto del hecho en cuestión⁴⁰.

No obstante, si bien todos los indicios tienen una significación probatoria, su eficacia es limitada. En efecto, el artículo 242 del Código General del

38 *Cfr.* HUNTER AMPUERO, “La negativa injustificada...”, cit., pp. 210-211.

39 La realidad es que los jueces o tribunales arbitrales no suelen *derivar* indicios, entendido indicio como un ejercicio lógico del cual debe dar cuenta la decisión. En el laudo arbitral de Empresa de Telecomunicaciones de Valledupar S. A. E. S. P. en liquidación contra Angelcom S. A., proferido el 18 de mayo de 2005, por mencionar un ejemplo, el tribunal afirmó que tomaría como indicio en contra de la convocante “la conducta hostil y descomedida adoptada desde antes de la instalación del tribunal y continuada luego durante su desempeño en contra de los árbitros y de los cuatro peritos que rindieron los dictámenes que obran en el proceso”. En particular, el tribunal identificó varias actuaciones que, según afirmó, constituían un indicio que les restaba credibilidad a los argumentos y defensas de la convocante. Sin embargo, no expresó la regla de la experiencia relevante ni motivó la inferencia.

40 *Cfr.* La negativa injustificada a la exhibición de la prueba documental en el proceso civil chileno: una solución epistemológica para superar una regulación deficiente. HUNTER AMPUERO, “La negativa injustificada...”, cit., pp. 210-211.

Proceso señala que los indicios deben ser apreciados “en conjunto, teniendo en consideración su gravedad, concordancia y convergencia, y su relación con las demás pruebas que obren en el proceso”⁴¹, teniendo en cuenta que un solo indicio “representa un argumento de probabilidad [...] que no descarta generalmente el peligro del azar o de la casualidad”⁴². Incluso cuando existen indicios convergentes, corresponde al juez determinar si son suficientes para formar su convencimiento sobre la ocurrencia de un hecho⁴³.

De ahí que la conducta de las partes no tenga relevancia probatoria en casos en los que las pruebas aportadas y practicadas en el proceso le resultan suficientes al juez para dictar sentencia. Incluso en los casos en los que el juez cumple con su deber de calificar la conducta procesal de las partes y reprueba la de una de ellas, es probable que dicha calificación no tenga trascendencia en las resultas del proceso, pues las más de las veces existen otros medios de prueba que determinan el sentido del fallo.

En la misma línea, el autor chileno Iván Hunter Ampuero, refiriéndose al artículo 116 del Código de Procedimiento Civil italiano, que autoriza al juez a deducir argumentos de prueba del comportamiento de las partes en el proceso, señala que la conducta de las partes se puede considerar como un elemento informativo que sirve para determinar la verdad de un hecho, “pero con un grado de validez epistémico menor que el resto de los medios de prueba”⁴⁴. En efecto, continúa el autor, “la conducta o actitud de la parte solo puede servir para reafirmar la existencia de un hecho, que ha sido medianamente establecido por otros medios probatorios, pero en caso alguno sirve por sí solo para determinarlo”⁴⁵.

Para concluir, si bien existe diferencia normativa entre la consecuencia de no exhibir un documento sin haber formulado una oposición que el juez encuentre justificada y la de no aportar con la contestación los documentos solicitados por el demandante, la diferencia no necesariamente es determinante en la práctica.

41 Congreso de la República de Colombia, Ley 1564, cit., artículo 242 [en línea].

42 DEVIS ECHANDÍA, *op. cit.*, t. II, p. 636.

43 *Cfr. Ibid.*, p. 589.

44 HUNTER AMPUERO, “La negativa injustificada...”, cit., p. 207.

45 *Ibid.*

En efecto, en ambos casos, no obstante el diferente grado de severidad de la consecuencia probatoria, la apreciación en conjunto de las pruebas, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, puede conducir a que un comportamiento contrario al deber de colaboración no tenga un efecto decisivo en el sentido del fallo. Incluso cuando los hechos que la parte que solicitó la exhibición pretendía acreditar son susceptibles de confesión, el juez solo los tendrá por ciertos en la medida en que no exista una prueba que los infirme.

CONCLUSIONES

La posibilidad que tiene el demandante de incluir en su solicitud de pruebas una relación de los documentos que el demandado tiene en su poder, para que este los aporte, y el deber correlativo del demandado de aportar con la contestación los documentos que estén en su poder y que hayan sido solicitados por el demandante, tienen como propósito procurar la eficiencia y economía procesales.

A diferencia de la exhibición de documentos, el mencionado deber del demandado surge directamente de la solicitud del demandante. En efecto, no hace falta que el juez ordene la entrega de los documentos indicados en la demanda. Esto no implica que el demandado esté obligado a aportar todos los documentos relacionados por el demandante. De ser el caso, puede manifestar que no tiene los documentos solicitados en la demanda y abstenerse de aportar los documentos que no guarden relación con los hechos invocados en la demanda.

Por virtud del referido deber del demandado, la exhibición de documentos se convirtió en un medio de prueba residual para la parte demandante. En efecto, la exhibición de documentos a cargo del demandado solo procede cuando 1) haya sido solicitada en la demanda, de manera concurrente con la petición para que los documentos se acompañaran a la contestación, y el demandado no los haya aportado; o 2) haya sido solicitada en el traslado para pedir pruebas sobre los hechos en que se fundan las excepciones de mérito, en el caso de los procesos verbales, sin perjuicio, por supuesto, de los poderes oficiosos del juez en materia probatoria.

El deber del demandado de aportar con la contestación los documentos solicitados por el demandante y que estén en su poder, así como el deber de exhibir, es una manifestación del deber de colaboración, en el cual se concretan los principios de probidad y de buena fe.

El Código General del Proceso no prevé una consecuencia probatoria especial para el demandado que no aporta con la contestación los documentos que el demandante solicita. Sin embargo, se pueden aplicar los artículos 241 y 280, que le ordenan al juez calificar la conducta procesal de las partes y, de ser el caso, deducir indicios de ella.

Si bien la ley no establece que el demandado pueda indicar en su contestación los documentos que el demandante tiene en su poder, para que este aporte, nada obsta para que el juez le otorgue al demandante un término, equivalente al que tuvo el demandado, para que en una etapa temprana del proceso allegue los documentos solicitados por el demandado.

La imposición al demandado del deber de acompañar a la contestación los documentos que estén en su poder y que hayan sido solicitados por el demandante reivindica el principio de lealtad procesal y los estándares de conducta que de él se derivan, y los poderes de dirección, ordenación e instrucción, que infortunadamente suelen diluirse, por no decir perderse, en la práctica judicial.

BIBLIOGRAFÍA

- BORDALÍ SALAMANCA, ANDRÉS, “Nuevas herramientas probatorias en el proceso civil chileno. Análisis en un contexto de facilidad probatoria”, en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*. Sección: Ensayos [en línea], vol. 23, n.º 1, 2016. Disponible en <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_abstract&pid=So718-97532016000100008&lng=es&nrm=iso ISSN 0718-9753>.
- CAÑÓN RAMÍREZ, PEDRO ALEJO, *Teoría y práctica de la prueba judicial: legislación- doctrina- jurisprudencia 1887-2014*, 3.ª ed., Bogotá, Biblioteca Jurídica Dike, 2017.
- DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO, *Teoría general de la prueba judicial*, 6.ª ed., t. I, Bogotá, Editorial Temis, 2017.
- DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO, *Teoría general de la prueba judicial*, 6.ª ed., t. II, Bogotá, Editorial Temis, 2017.
- HUNTER AMPUERO, IVÁN, “La negativa injustificada a la exhibición de la prueba documental en el proceso civil chileno: una solución epistemológica para superar una regulación deficiente”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* [en línea], Valparaíso, n.º 46, 1.º semestre, 2016. Disponible en <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_abstract&pid=So718-68512016000100006&lng=es&nrm=iso>.
- MUÑOZ SABATÉ, LUIS, *Técnica probatoria. Estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso*, Bogotá, Editorial Temis, 1997.

NIEVA FENOLL, JORDI, *La valoración de la prueba*, Madrid, Marcial Pons, 2010.

PÁJARO MORENO, NICOLÁS y JORGE SANTOS RODRÍGUEZ, Buena fe y lealtad “pre-procesales”, en *Revista ICDP* [en línea], vol. 30, n.º 30, 2004. Disponible en <<http://publicacionesicdp.com/index.php/Revistas-icdp/article/view/141>>.

ROJAS, MIGUEL ENRIQUE, *Código General del Proceso*, Bogotá, Escuela de Actualización Jurídica (Esaju), 2012.

SANABRIA SANTOS, HENRY (dir.), *La prueba. Homenaje al maestro Hernando Devis Echandía*, Bogotá, Universidad Libre, 2002.

JURISPRUDENCIA

Corte Constitucional, Sentencia C-141 de 1998, exp. D-1860 (15 abril 1998), M.P. Jorge Arango Mejía [en línea]. Disponible en <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/C-141-98.htm>>.

Corte Constitucional, Sentencia C-1512 de 2000, exp. D-2989 (8 diciembre 2000), M.P. Álvaro Tafur Galvis [en línea]. Disponible en <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/C-1512-00.htm>>.

Corte Constitucional, Sentencia C-874 de 2003, exp. D-4546 (30 septiembre 2003), M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra [en línea]. Disponible en <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-874-03.htm>>.

El Departamento de Derecho Procesal de la Universidad Externado de Colombia, bajo la dirección del profesor Ramiro Bejarano Guzmán, pone a disposición de la comunidad académica y jurídica en general este libro, en el que se han recogido varios trabajos de investigación con los cuales se abordan, desde distintas perspectivas, múltiples asuntos que se relacionan con los temas probatorios.

En este sentido, el hilo conductor que une todos los trabajos reunidos fue la preocupación de los autores por analizar y exponer aspectos de interés que resultaran novedosos o problemáticos, teniendo presente, en particular, la puesta en funcionamiento del Código General del Proceso a partir del año 2016. Conviene señalar que la metodología empleada por los autores consiste en la revisión y análisis de textos doctrinales, normativos y jurisprudenciales y en la reflexión crítica de los asuntos problemáticos que surgen de ellos en cuanto a cada uno de los temas abordados.

El libro se compone de veintiún capítulos agrupados en tres partes. En la primera se tratan temas relacionados con la teoría general de la prueba, el derecho probatorio general y el razonamiento probatorio. En la segunda se aborda el estudio de algunos medios de prueba en particular, teniendo en cuenta las modificaciones introducidas por el Código General del Proceso. Por último, en la tercera parte se analizan ciertos asuntos probatorios en contextos más específicos.

