



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN TERCERA - SUB SECCIÓN C**

Magistrado Ponente: FERNANDO IREGUI CAMELO

Bogotá D.C., primero (1º) de marzo de dos mil veinticuatro (2024)

MEDIO DE CONTROL – REPETICIÓN

Radicado:	258993333002-2021-00220-01
Actor:	MUNICIPIO DE GACHANCIPÁ
Demandado:	JOSÉ JOAQUÍN CUBIDES ARIZA, MARÍA CONSUELO FIGUEROA OLANO, ARACELI MOLINA VARELA, JAIME HUMBERTO GARCÍA MONTES y MASIEL LORENA RODRÍGUEZ ANZOLA
Instancia:	Apelación auto que negó la práctica de una prueba testimonial – utilidad, pertinencia y conducencia de la prueba
Sistema:	ORAL – Ley 2080 de 2021

Procede este Despacho Judicial a resolver el recurso de apelación elevado por la parte actora en contra del auto proferido en audiencia inicial celebrada el 23 de agosto de 2023, por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Zipaquirá, mediante el cual negó la práctica de una prueba, con fundamento en lo que a continuación se expone:

II. ANTECEDENTES

1. La demanda. El municipio de Gachancipá, en ejercicio del medio de control de repetición, demandó a los exservidores públicos del municipio JOSÉ JOAQUIN CUBIDES ARIZA; MARÍA CONSUELO FIGUEROA OLANO; ARACELI MOLINA VARELA; JAIME HUMBERTO GARCIA MONTES y MASIEL LORENA RODRIGUEZ ANZOLA, en aras de que, como consecuencia de su conducta gravemente culposa, se les declarara patrimonialmente responsables al haber estructurado y contraído obligaciones a nombre del Municipio de Gachancipá, y se concedan las siguientes **pretensiones**:

“2. PRETENSIONES

2.1. Declarar que los EXSERVIDORES PÚBLICOS DEL MUNICIPIO DE GACHANCIPÁ JOSÉ JOAQUIN CUBIDES ARIZA; MARÍA CONSUELO FIGUEROA OLANO; ARACELI MOLINA VARELA; JAIME HUMBERTO GARCIA MONTES y MASIEL LORENA RODRIGUEZ ANZOLA, como consecuencia de su conducta gravemente culposa, son patrimonialmente responsables al haber estructurado y contraído obligaciones a nombre del Municipio de Gachancipá sobre saldos inexistentes y en exceso del saldo disponible que desencadenó en la imposibilidad de realizar los pagos pactados por inexistencia del recurso respecto de los contratos de obra 432 y 456 del 2019.

2.2. Declarar que los EXSERVIDORES PÚBLICOS DEL MUNICIPIO DE GACHANCIPÁ JOSÉ JOAQUIN CUBIDES ARIZA; MARÍA CONSUELO FIGUEROA OLANO; ARACELI

MOLINA VARELA; JAIME HUMBERTO GARCIA MONTES y MASIEL LORENA RODRIGUEZ ANZOLA, como consecuencia de su conducta gravemente culposa, son patrimonialmente responsables al permitir que se configurara la condición resolutoria de la promesa de donación con la sociedad Zona Franca Gachancipá S.A.S. (en lo sucesivo Zona Franca o TERRANUM) y que luego desencadenó en la imposibilidad para hacer los pagos pactados por inexistencia del recurso respecto de los contratos de obra 432 y 456 del 2019.

2.3. Declarar que los EXSERVIDORES PÚBLICOS DEL MUNICIPIO DE GACHANCIPÁ JOSÉ JOAQUÍN CUBIDES ARIZA; MARÍA CONSUELO FIGUEROA OLANO; ARACELI MOLINA VARELA; JAIME HUMBERTO GARCIA MONTES y MASIEL LORENA RODRIGUEZ ANZOLA, como consecuencia de su conducta gravemente culposa son patrimonialmente responsables conforme la presunción legislativa de que trata el numeral primero (1º) del artículo 6 de la Ley 678 de 2001 por la cual se presumen que la conducta es gravemente culposa por <> en especial las funcionalmente consagradas para cada empleo público y contenidas en la C.P., art. 315 y Decreto Municipal 166 de 2017, y lo dispuesto en el artículo 77 del Decreto Ley 111 de 1996; los numerales 6 y 13 del artículo 25 y los artículos 26 y 41 de la Ley 80 de 1993; y los artículos 1602 y 1603 del Código Civil concordante con el artículo 6 de la Constitución Política, Ley 734 de 2002, art. 34-1 & 35-1 y demás disposiciones de derecho según resulte probado en el trámite del proceso tal y como se expone en el acápite de los <hechos y omisiones> y <fundamentos de derecho de las pretensiones>.

2.4. Declarar que los EXSERVIDORES PÚBLICOS DEL MUNICIPIO DE GACHANCIPÁ JOSÉ JOAQUÍN CUBIDES ARIZA; MARÍA CONSUELO FIGUEROA OLANO; ARACELI MOLINA VARELA; JAIME HUMBERTO GARCIA MONTES y MASIEL LORENA RODRIGUEZ ANZOLA, como consecuencia de su conducta gravemente culposa, son patrimonialmente responsables de la obligación y posterior pago de CIENTO TREINTA Y SEIS MILLONES CIENTO OCHENTA Y CINCO MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y NUEVE PESOS (\$136.185.649 M/cte) dentro del trámite de conciliación prejudicial 2020-116 conocida por la Procuraduría 200 Judicial I para Asuntos Administrativos de Zipaquirá celebrada el 15 de enero del 2021 con el fin de precaver medio de control ejecutivo contra el ente territorial respecto de las obligaciones impagas de los contratos de obra 432 y 456 del 2019.

2.5. Como consecuencia de las anteriores declaraciones, condenar a manera de repetición a los EXSERVIDORES PÚBLICOS DEL MUNICIPIO DE GACHANCIPÁ JOSÉ JOAQUÍN CUBIDES ARIZA; MARÍA CONSUELO FIGUEROA OLANO; ARACELI MOLINA VARELA; JAIME HUMBERTO GARCIA MONTES y MASIEL LORENA RODRIGUEZ ANZOLA a realizar el pago al MUNICIPIO DE GACHANCIPÁ por el valor de CIENTO TREINTA Y SEIS MILLONES CIENTO OCHENTA Y CINCO MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y NUEVE PESOS (\$136.185.649 M/cte) debidamente indexados”.

2. Hechos de la demanda relacionados con el acuerdo conciliatorio

2.1. La sociedad C&C CONSULTORIA Y CONSTRUCCION SAS convocó al municipio de Gachancipá a trámite conciliatorio con el fin de precaver el medio de control ejecutivo conforme el saldo impago de las acreencias derivadas de la ejecución de los contratos de obra 432 y 456 de 2019, por un valor total de \$136.185.649.

2.2. La solicitud de conciliación se basó en los siguientes hechos:

“QUINTO: Ejecutadas las obras terminadas las mismas y entregadas al municipio el día 25 de enero de 2020, según acta de entrega, y solicitados los pagos conforme los requisitos establecidos en la cláusula séptima del contrato 432 de 2019 y el contrato de adición 001 de 2019, el CONTRATANTE MUNICIPIO DE GACHANCIPÁ, canceló al contratista tan sólo la suma de (...) (\$283.933.583), adeudando al contratista una suma por valor de (...) (\$104.304.544.00). (...) OCTAVO: Ejecutadas las obras, terminadas las

mismas y entregadas al municipio el día 11 de marzo de 2020, según acta de entrega, y solicitados los pagos conforme los requisitos establecidos en la cláusula séptima del contrato 456 de 2019 y el contrato de adición 001 de 2019, el CONTRATANTE MUNICIPIO DE GACHANCIPÁ, canceló al contratista tan sólo la suma de (...) (\$196.762.498), a adeudando al contratista una suma por valor de (...) (\$31.881.105.00). DÉCIMO: EL MUNICIPIO DE GACHANCIPÁ se encuentra en mora de pagar la suma anteriormente relacionada, toda vez que, por parte del contratista, las obras fueron debida y oportunamente ejecutadas”

2.3. La solicitud de conciliación prejudicial fue adelantada por la Procuraduría 200 Judicial I para Asuntos Administrativos de Zipaquirá [Rad. Nro. 2020-116], llegando a acuerdo conciliatorio el 15 de enero de 2021, entre C&C CONSULTORIA Y CONSTRUCCIÓN S.A.S. y el Municipio de Gachancipá por la suma de \$136.185.649 a fin de precaver medio de control ejecutivo.

2.4. El 5 de febrero del 2021 se realizó el pago de la conciliación prejudicial por valor de \$136.185.649.00, conforme al certificado expedido por la Secretaría de Hacienda del Municipio de Gachancipá.

3. Hechos de la demanda relacionados con los contratos de obra pública

3.1. Refiere el demandante que entre el municipio de Gachancipá y la sociedad C&C CONSULTORIA Y CONSTRUCCIÓN S.A.S., se suscribieron los contratos de obra Nro. 432 y 456 de 2019, mismos que finiquitada su ejecución, se expidió el Oficio –AMG-SOP-800-125 radicado 4375 por la Secretaria de obras públicas del Municipio de Gachancipá en los que se señaló:

- El Contrato de Obra Pública 432 de 2019 (...) << el supervisor y el interventor JUAN BAGES DELGADO verificaron el cumplimiento de las obligaciones del contrato de obra pública No. 432 de 2019, por parte del Contratista y declara el cumplimiento a satisfacción del objeto contractual>>.
- El Contrato de Obra Pública 456 de 2019 (...) << el supervisor verificó el cumplimiento de las obligaciones del contrato de obra pública No. 456 de 2019, por parte del Contratista y declara el cumplimiento a satisfacción del objeto contractual>>.

3.2. La secretaría de Hacienda en informe de “enero de 2021” informó sobre los pagos y saldos de los referidos contratos así:

CONTRATO	VALOR TOTAL	PAGOS 2019	PAGOS 2020	SALDO
432	\$388.238.127	\$236.530.481	\$46.753.310	\$104.954.336
456	\$228.643.603	\$145.091.440	\$51.671.058	\$31.881.105

Luego, en informe del 16 de julio de 2020 la Secretaría de Hacienda municipal señaló: *“no se evidencia el recaudo del acuerdo de voluntades promesa de donación entre el Municipio de Gachancipá y la sociedad Zona Franca Gachancipá S.A.S. Los cuales presentan los siguientes compromisos a favor del contratista CYC CONSULTORIA Y CONSTRUCCIONES SAS (...) TOTAL \$136.835.440.00. Cabe aclarar que los anteriores compromisos en la actualidad se encuentran registrados como reservas presupuestales y cuentas por pagar correspondientes a la vigencia 2019. Y que por consiguiente no se puede realizar el giro por la no existencia del recurso”*.

3.3. Señaló la demandante que los recursos comprometidos sobre saldos inexistentes y el exceso del saldo disponible derivan del acuerdo de voluntades de promesa de donación celebrado entre Zona Franca Gachancipá S.A.S. y el municipio de Gachancipá (en cabeza del alcalde José Joaquín Cubides Ariza), cuyo objeto consistía en que el promitente donante (zona franca) donaría al municipio aporte en dinero y en especie, con el fin de apoyar y contribuir al mantenimiento, rehabilitación y mejoramiento del sistema de alcantarillado del municipio. Todo lo anterior, supeditado a: (i.) gestionar ante el Concejo Municipal la inclusión de la apropiación presupuestal correspondiente a la donación con indicación de su destinación, y (ii.) la suscripción de la insinuación de donación y el otorgamiento de la respectiva escritura pública de donación a más tardar el 28 de febrero de 2019 (otrosí 02) son pena que aconteciera la condición resolutoria.

3.4. Por lo anterior mediante oficio AMG-SG-400-069-2020 el municipio elevó solicitud a la sociedad Zona Franca Gachancipá S.A.S., con el fin de que se informará si los recursos fueron depositados en la fiducia y, de no haberse depositado, la fecha en la que se haría. A ello, la sociedad contestó: *“1.11. Que llegado el 28 de febrero de 2019 se cumplió la Condición Resolutoria, pues (i) Terranum no recibió constancia documental alguna por parte del Municipio de que éste logró incluir en su presupuesto de inversión la apropiación presupuestal correspondiente a la Donación, y (ii) Terranum y el Municipio no suscribieron la escritura pública de donación”*.

3.5. En ese sentido, para la parte actora, el municipio de Gachancipá fue obligado a través de los contratos 432 del 2019 y 456 del 2019 sobre saldos inexistentes y en exceso del saldo disponible tanto al momento de estructurar el proceso de contratación, como ya en la etapa contractual, inclusive, cuando ya había operado la condición resolutoria, esto es, desde el 28 de febrero de 2019.

3.6. Por todo lo anterior, para la activa, los demandados – como exservidores públicos municipales - violaron las normas de derecho al haber estructurado y contraído obligaciones a nombre del municipio de Gachancipá sobre saldos inexistentes y en exceso del saldo disponible que desencadenó en la imposibilidad de los pagos pactados por inexistencia del recurso respecto de los contratos de obra 432 y 456 del 2019 y al permitir que se configurara la condición resolutoria de la promesa de donación con la sociedad Zona Franca Gachancipá SAS o Terranum.

4. Solicitud probatoria de los demandados José Joaquín Cubides Ariza y Jaime Humberto García Montes

“6. TESTIMONIALES

1. Sírvase fijar fecha y hora para que el señor JOSE VICENTE CUBILLOS PERDIGON en calidad de Representante legal suplente de la firma C&C CONSULTORIA Y CONSTRUCCION SAS, acuda a rendir bajo la gravedad de juramento diligencia de testimonio tendiente a satisfacer asuntos propios de la presente acción, en especial lo inherente a la ejecución de los contratos reprochados, cobros indemnizatorios, intereses de mora. Para efectos de las previsiones establecidas en el Decreto 806 de 2020 el testigo podrá ser citado a través del correo electrónico jvc.construcciones@yahoo.es, teléfono: 3108593950.

2. Sírvase fijar fecha y hora para que el señor JUAN BAGES DELGADO en su calidad de Interventor designado por la Empresa RESEING SAS, acuda a rendir bajo la gravedad de juramento diligencia de testimonio tendiente a satisfacer asuntos propios de la presente acción, en especial lo inherente a la ejecución de los contratos reprochados, entrega a satisfacción, fechas de entrega, balance económico del

contrato entre otros. Para efectos de las previsiones establecidas en el Decreto 806 de 2020 el testigo podrá ser citado a través del correo electrónico reseing@reseing.com, teléfono: 315 333 23 27”

5. La decisión apelada

El Juzgado 2° Administrativo del Circuito Judicial de Zipaquirá en audiencia inicial del 23 de agosto de 2023, negó por impertinente la solicitud de los testimonios, elevada por los demandados, teniendo en cuenta que, en el caso, no se estaba discutiendo la ejecución de los contratos, ni temas relacionados con éstos, sino la responsabilidad de los demandados frente a la suscripción de estos a pesar de la presunta falta de disponibilidad presupuestal.

6. Los recursos – de reposición y apelación – en contra de la decisión del A quo

La apoderada de los demandados José Joaquín Cubides Ariza y Jaime Humberto García Montes en desacuerdo con la decisión del juzgado de negar las pruebas testimoniales, sustentaron sus recursos alegando que la solicitud testimonial es útil, conducente y pertinente, porque los testigos tienen conocimiento sobre el trámite conciliatorio y la existencia de posibles pagos adicionales. Además, de la ejecución de los contratos sin existencia de los recursos, por lo que pueden determinar los perjuicios y las condiciones de tiempo, modo y lugar de la ejecución de los contratos.

7. El A-quo resolvió no reponer la decisión recurrida señalando que los testimonios se niegan por impertinentes debido a que no se está discutiendo el valor ni ejecución de los contratos, pues en la demanda se deja constancia de que los mismos fueron ejecutados, lo que significa que los contratistas no tendrían nada más que aportar al proceso. Sobre los presuntos pagos adicionales que pudieran haber existido, se aclara que esto puede probarse por medios documentales y no a través de testimonios. Sobre el trámite de la conciliación, tampoco se observa aporte alguno que puedan hacer los testigos, pues el trámite ya consta en el expediente, donde están claramente establecidos los fundamentos y los valores pagados.

8. Acto seguido, procedió el juez a conceder el recurso de apelación propuesto.

9. Por acta de reparto del 4 de octubre de 2023 – secuencia 2977 – se asignó el proceso a este Despacho Judicial, ingresado por informe secretarial de la misma fecha.

IV. CONSIDERACIONES

4.1. Sistema normativo aplicable al caso

El artículo 86 de la Ley 2080 de 2021¹, en relación con el régimen de vigencia y transición normativa estableció que “[...] **los recursos interpuestos**, la práctica de pruebas decretadas, las audiencias convocadas, las diligencias iniciadas, los términos que hubieren comenzado a correr, los incidentes en curso y las notificaciones que se estén surtiendo, **se regirán por las leyes vigentes cuando se interpusieron los recursos**, se decretaron las pruebas, se iniciaron las audiencias o diligencias, empezaron a correr los términos, se promovieron los incidentes o comenzaron a surtir las notificaciones [...]”.

¹ “Por medio de la cual se reforma el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo -Ley 1437 de 2011- y se dictan otras disposiciones en materia de descongestión en los procesos que se tramitan ante la jurisdicción.”

En el *sub examine* la alzada fue presentada y sustentada luego de la entrada en vigor de la mencionada normativa (25 enero de 2021²), razón por la cual, el estudio del trámite que nos ocupa se asumirá bajo el sistema normativo de la Ley 2080 de 2021.

En ese sentido, en virtud del numeral 3° del artículo 125 del CPACA [modificado], corresponde al Magistrado Ponente resolver lo que en derecho corresponda respecto del recurso de apelación propuesto por el demandante **contra la decisión que negó la práctica de una prueba**.

En la misma secuencia, el numeral 7° del artículo 243 del CPACA [mod.] establece que son apelables las sentencias de primera instancia y los autos proferidos en la misma instancia que nieguen “*el decreto o la práctica de pruebas*”.

Así las cosas, en aplicación del sistema normativo referido procede este Despacho Judicial a efectuar el análisis del caso concreto.

4.2. Caso concreto

La apelación nace de la decisión proferida en la audiencia inicial celebrada el 23 de agosto de 2023 en la que el Juzgado 2° Administrativo del Circuito Judicial de Zipaquirá, negó la solicitud de prueba testimonial elevada por los demandados José Joaquín Cubides Ariza y Jaime Humberto García Montes, de llamar en calidad de testigos al representante legal – suplente - de la sociedad C&C CONSULTORIA Y CONSTRUCCION SAS y a JUAN BAGES DELGADO en su calidad de Interventor designado por la Empresa RESEING SAS, en aras de que se pronunciaran en relación con “*los contratos reprochados, cobros indemnizatorios, intereses de mora*” y “*la ejecución de los contratos reprochados, entrega a satisfacción, fechas de entrega, balance económico*”, respectivamente.

Para el *A quo*, la solicitud probatoria es impertinente toda vez que para el caso – el medio de control de repetición - no discute o controvierte la etapa precontractual, contractual o de ejecución de los contratos, ni temas relacionados con éstos, pues de ser así se estaría frente al medio de control de controversias contractuales. En ese sentido, lo que se debate en este caso, es la responsabilidad de los demandados por haber suscrito los referidos contratos a pesar de la presunta falta de disponibilidad presupuestal.

El recurso de apelación enfatiza en la necesidad de la prueba, en tanto de quienes se requiere su testimonio, hicieron parte del proceso de conciliación y conocieron sobre los posibles pagos adicionales efectuados, así como de la ejecución de los contratos sin la existencia de recursos, esclareciendo las condiciones de tiempo, modo y lugar de los hechos materia objeto de repetición.

Este Despacho Judicial encuentra que no procede revocar la decisión proferida por el *A quo*, toda vez, que el objeto materia del medio de control de repetición no recae en controvertir el proceso contractual, o de conciliación ante el Ministerio Público, sino el mismo pretende la declaratoria de responsabilidad de los demandados cuando fungían como servidores públicos del municipio de Gachancipá, por haber contraído obligaciones a nombre del municipio sobre saldos inexistentes que desencadenó en la imposibilidad de realizar los pagos pactados respecto de los contratos de obra 432 y 456 del 2019.

²Diario Oficial No: 51.568. Fecha de Publicación: 25/01/2021

Por lo anterior, la finalidad de la prueba testimonial pierde su utilidad, y los argumentos de negativa del juez cobran relevancia, en tanto, la existencia de los contratos de obra, sus términos, condiciones, las etapas de ejecución y la entrega de los mismos, se corroboran con pruebas documentales. Más aún: no es esto lo que está en discusión, sino la responsabilidad de los funcionarios por comprometer al municipio sin el respaldo presupuestal exigido. Adicional a ello, el proceso de conciliación adelantado ante la Procuraduría General de la Nación, también se halla sustentado en documentales.

No encuentra el Despacho argumentos relevantes para decretar la prueba testimonial en aras de emitir pronunciamientos respecto de “*los contratos reprochados, cobros indemnizatorios, intereses de mora*” y “*la ejecución de los contratos reprochados, entrega a satisfacción, fechas de entrega, balance económico*”, pues para ello, la idoneidad de la prueba recae en los documentos contractuales que se hubieran aportado al proceso, mas no de testimonios de los contratistas que ejecutaron los referidos contratos, pues como se dijo, lo que aquí se controvierte, no es el proceso contractual o de conciliación, sino la conducta de los funcionarios públicos que suscribieron los contratos, por lo que el testimonio de terceros, para el caso, no contribuiría a llevar certeza al juez acerca de las circunstancias que constituyen el objeto del proceso.

Por lo anterior, es de afirmar que dicho medio de prueba no satisface las finalidades del proceso, razón por la cual el Tribunal no accederá a la revocatoria de negar la práctica de la prueba testimonial, y procederá a confirmar la decisión tomada por el juez de primera instancia.

En mérito de lo expuesto, el Despacho Judicial:

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR el auto proferido en audiencia inicial celebrada el 23 de agosto de 2023, por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Zipaquirá, en lo relacionado con los testimonios solicitados por la parte demandada - José Joaquín Cubides Ariza y Jaime Humberto García Montes – en atención a lo expuesto.

SEGUNDO: Ejecutoriada esta decisión, devuélvase el expediente al Juzgado de origen para lo de su competencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

(Firmado electrónicamente en la plataforma SAMAI)

FERNANDO IREGUI CAMELO
Magistrado

AP/EXPEDEINTE DIGITAL/SAMAI

Constancia: La presente providencia fue firmada electrónicamente en la plataforma denominada SAMAI. En consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta, de conformidad con el artículo 186 del CPACA.