

PROCURADURÍA DELEGADA DISCIPLINARIA DE JUZGAMIENTO 1

Radicación:	IUS 2017- 19229 / IUC-D-2017-651-927370
Investigado:	LUIS FERNANDO ANDRADE MORENO, ALEXANDRA LOZANO VERGARA, ANDRES FIGUEREDO SERPA, CAMILO MENDOZA ROZO, y DAVID LEONARDO MONTAÑA GARCIA.
Cargo y Entidad:	Presidente y otros funcionarios de la Agencia Nacional de Infraestructura
Informe:	De oficio
Fecha informe:	19 de enero de 2017
Fecha hechos:	vigencia 2013
Asunto:	Fallo de Primera Instancia (Art.170 de la Ley 734 de 2002).

Bogotá D.C, 27 de septiembre de 2022

I. ASUNTO POR TRATAR

Procede el Despacho de conformidad con lo previsto en el artículo 170 de la Ley 734 de 2002, a proferir fallo de primera instancia, dentro del presente radicado que se adelanta en contra de los siguientes funcionarios de la Agencia Nacional de infraestructura, (en adelante ANI) para la época de los hechos; **LUIS FERNANDO ANDRADE MORENO**, en su condición de Presidente, **ALEXANDRA LOZANO VERGARA**, en su condición de Gerente de Proyectos de la Vicepresidencia Jurídica, **ANDRÉS FIGUEREDO SERPA**, en su condición de Vicepresidente de Gestión Contractual, **CAMILO MENDOZA ROZO**, en su condición de Vicepresidente de Gestión Contractual, y **DAVID LEONARDO MONTAÑO GARCÍA**, en su condición de Experto de la Vicepresidencia Jurídica.

II. IDENTIFICACIÓN E INDIVIDUALIZACIÓN DE LOS INVESTIGADOS

En el presente proceso disciplinario se investiga a las siguientes personas;

2.1 LUIS FERNANDO ANDRADE MORENO, identificado con cédula de ciudadanía No. 79.152.446, en su condición de presidente de la ANI, cargo que desempeñó desde el 19 de agosto de 2011, hasta el 31 de agosto del 2017.¹

2.2 ALEXANDRA LOZANO VERGARA, identificada con cédula de ciudadanía No. 52.046.764, en su condición de gerente de proyectos funcional código G2, grado 09 de la planta del despacho del presidente, ubicado en la Vicepresidencia Jurídica, área de desempeño Asesoría Legal Gestión Contractual 2, de la ANI, cargo que desempeñó desde el 16 de julio de 2012, hasta el 4 de noviembre de 2014².

2.3 ANDRÉS FIGUEREDO SERPA, identificado con cédula de ciudadanía No. 79.683.020, en su condición de vicepresidente de Agencia Código E2, Grado 05 de

¹ Cfr. Folios 2 – 3 Anexo No. 29

² Cfr. Folios 97 – 98 Anexo No. 29

Expediente: IUS E - 2017 - 19229 / IUC D-2017-651-927370
Fallo de primera instancia sancionatorio.

la Vicepresidencia Gestión Contractual de la ANI, cargo que ocupó desde el 3 de marzo del 2014, al menos hasta el 15 de septiembre del 2017.³

2.4 CAMILO MENDOZA ROZO, identificado con cédula de ciudadanía No. 80.503.446, en su condición de vicepresidente de Agencia Código E2 Grado 05 de la Vicepresidencia de Gestión Contractual de la ANI, cargo que desempeñó desde el 14 de mayo del 2012, hasta el 3 de marzo de 2014⁴.

2.5 DAVID LEONARDO MONTAÑO GARCÍA, identificado con la C.C No. 9.533.650, en su condición de Experto Código G3, Grado 07 de la planta global, ubicado en la Vicepresidencia Jurídica de la ANI, área de desempeño Asesoría Legal Gestión Contractual 2, cargo que desempeñó desde el 1 de noviembre del 2012, hasta el 26 de diciembre de 2016⁵.

III. RESUMEN DE LOS HECHOS

El Procurador General de la Nación, expidió la Resolución No. 018 del 20 de enero de 2017⁶, *Por la cual se crea una comisión disciplinaria especial para el caso Odebrecht*, para adelantar las investigaciones derivadas de la información de prensa, que daba cuenta de supuestos actos de corrupción que se dieron con ocasión de la firma y ejecución del contrato de concesión 001 del 14 de enero del 2010, suscrito entre el Instituto Nacional de Concesiones (INCO) y el concesionario "Concesionaria Ruta del Sol S.A.S.", sociedad constituida mediante escritura pública No. 2103 del 22 de diciembre de 2009, otorgada en la Notaría 22 del círculo notarial de Bogotá D.C., hechos en los cuales al parecer se encontraban involucrados diferentes servidores públicos.

A través de auto del 25 de enero del 2017⁷, se identificaron diversas líneas de investigación, dentro de las cuales se señaló la siguiente: *"Las presuntas irregularidades en la firma y ejecución de los Otrosíes del contrato de concesión 001 del 14 de enero del 2010, entre el Instituto Nacional de Concesiones (INCO) y el concesionario "Concesionaria Ruta del Sol S.A.S", entre ellos los Otrosíes 3, 6 y 7"*, por lo que se ordenó la ruptura de la unidad procesal y se otorgó un radicado propio a esta conducta, el cual quedó bajo el IUC-D-2017-651-927370.

IV. ANTECEDENTES Y TRÁMITE PROCESAL

4.1 Indagación preliminar

A través de auto del 20 de enero del 2017⁸, el Viceprocurador General de la Nación y presidente de la Comisión Disciplinaria Especial creada para el caso Odebrecht⁹, ordenó adelantar indagación preliminar y dispuso la práctica de una serie de pruebas.

³ Cfr. Folios 204 – 206 Anexo No. 29

⁴ Cfr. Folios 35 – 36 Anexo No. 29

⁵ Cfr. Folios 223 – 225 Cuaderno anexo 29.

⁶ Cfr. Folios 1 – 2 Cuaderno principal 1

⁷ Cfr. Folios 288 - 293 Cuaderno principal 1

⁸ Cfr. Folios 8 – 10 Cuaderno principal 1

⁹ Cfr. Folios 1 – 2 Cuaderno principal 1

Expediente: IUS E - 2017 - 19229 / IUC D-2017-651-927370

Fallo de primera instancia sancionatorio.



4.2 Ruptura de la unidad procesal

El 25 de enero del 2017¹⁰, se ordenó la ruptura de la unidad procesal, teniendo en cuenta que se identificaron diversas líneas de trabajo, entre estas; las presuntas irregularidades en la firma y ejecución de los Otrosíes del contrato de concesión 001 del 14 de enero del 2010, entre el Instituto Nacional de Concesiones (INCO) y la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S, entre ellos los Otrosíes 3, 6 y 7, investigación que correspondió al radicado IUS 2017 – 19229 / IUC-D-2017-651-927370.

4.3 Designación especial

Por medio de la Resolución No. 303 de 27 de junio de 2017¹¹, el Procurador General de la Nación, designó al Procurador Primero Delegado para la Contratación Estatal, en su condición de Coordinador del Subgrupo Disciplinario del Grupo Elite Anticorrupción, para adelantar varios procesos, entre estos el radicado IUS 2017 – 19229 / IUC-D-2017 – 651- 927370.

4.4 Investigación Disciplinaria

Mediante auto del 25 de agosto del 2017¹² la Procuraduría Primera Delegada para la Contratación Estatal dispuso la apertura de investigación disciplinaria en contra de los siguientes funcionarios de la ANI; **LUIS FERNANDO ANDRADE MORENO**, Presidente; **HÉCTOR JAIME PINILLA ORTIZ**, Vicepresidente Jurídico; **CAMILO MENDOZA ROZO**, Vicepresidente de Planeación, Riesgos y Entorno; **WILMAR DARÍO GONZALEZ BURITICÁ**, Gerente de Contratación; **BEATRIZ EUGENIA MORALES VELEZ**, Vicepresidenta de Estructuración; **MARÍA CLARA GARRIDO GARRIDO**, Vicepresidenta Administrativa y Financiera; **ALEXANDRA LOZANO VERGARA**, Gerente de Gestión Contractual 2; **JOSÉ ANDRÉS TORRES RODRÍGUEZ**, Gerente Grupo Carretero 1; **DANIEL FRANCISCO TENJO SUÁREZ**, Gerente Grupo Carretero 1; **JAVIER ALBERTO HERNÁNDEZ LÓPEZ**, Vicepresidente Ejecutivo; **EMERSON DURÁN VARGAS**, Gerente Grupo Interno de Trabajo Financiero; **MAURICIO ORLANDO CASTRO CASTAÑO**, Gerente de Riesgos; **ANDRÉS FIGUEREDO SERPA**, Vicepresidente de Gestión Contractual; **DAVID LEONARDO MONTAÑO GARCÍA**, Experto – GGC 2; **YASMINA DEL CARMEN CORRALES P.**, Experto VGC y **FRANCISCO JAVIER FORERO LOZANO**, Asesor Financiero; **MARCELO ENRIQUE CANO DEL CASTILLO**, Supervisor del Contrato de Concesión 001 del 2010; **MÓNICA ADARME MANOSALVA**, Experto GGC2; **JUAN SEBASTIÁN CORREA ECHEVERRI**, profesional experto de la Presidencia de la ANI; y **MIGUELÁNGEL BETTIN JARABA**, representante legal del Consorcio Proyección Vial Puerto Salgar – firma interventora del contrato de concesión para la época de los hechos.

¹⁰ Cfr. Folios 288 - 293 Cuaderno principal 1

¹¹ Cfr. Folios 146 – 151 Cuaderno principal 5

¹² Cfr. Folios 204 – 223 Cuaderno principal 6.

Expediente: IUS E - 2017 - 19229 / IUC D-2017-651-927370

Fallo de primera instancia sancionatorio.

4.5 Cierre de investigación disciplinaria

El 16 de septiembre del 2019¹³, se procedió a cerrar formalmente la etapa de investigación disciplinaria, decisión que fue recurrida por algunos de los defensores, y confirmada por auto de 6 de noviembre de 2019¹⁴.

4.6 Decisión de archivo parcial a favor de unos investigados

A través de auto del 26 de noviembre del 2020¹⁵, la Procuraduría Primera Delegada para la Contratación Estatal profirió auto de archivo respecto de las siguientes conductas;

4.6.1 De la estructuración de los Otrosíes 3 y 6 al contrato de concesión 001 de 2010 (archivo a favor de los siguientes investigados)

- Héctor Jaime Pinilla Ortiz, Vicepresidente Jurídico
- Wilmar Darío Gonzalez Buriticá, Gerente de Contratación
- Beatriz Eugenia Morales Vélez, Vicepresidente de Estructuración
- María Clara Garrido Garrido, Vicepresidenta Administrativa y Financiera
- José Andres Torres Rodriguez, Gerente Grupo Carretero 1 (17 de septiembre de 2012 a 2 de septiembre de 2013)
- Daniel Francisco Tenjo Suarez, Gerente Grupo Carretero 1 (1 de noviembre de 2012 a 31 de julio de 2017)
- Javier Alberto Hernández López, Vicepresidente Ejecutivo
- Emerson Duran Vargas, Gerente Grupo Interno de Trabajo Financiero
- Mauricio Orlando Castro Castaño, Gerente de Riesgos
- Yasmina del Carmen Corrales P. Experto VGC
- Marcelo Enrique Cano del Castillo, Supervisor del Contrato de Concesión 001 de 2010.
- Francisco Javier Forero Lozano, Asesor Financiero
- Mónica Adarme Manosalva, Experto GGC2
- Miguelángel Bettin Jaraba, Representante Legal del Consorcio Proyección Vial Puerto Salgar – firma interventora del contrato de concesión.

4.6.2 Posible incumplimiento del numeral b), sección 13.01, del capítulo XIII del Contrato de Concesión 001 de 2010 – De la licitación privada (archivo para todos los investigados).

4.6.3 Contratación de panel de expertos – adición transversal Ocaña – Gamarra (archivo para todos los investigados).

4.6.4 Utilización de estudios que previamente habían realizado el Invias y el Fondo de Adaptación del Ministerio de Hacienda, relacionados con el proyecto de la vía Ocaña – Aguaclara y que fueron utilizados por la Concesionaria Ruta

¹³ Cfr. folios 317 – 319 Cuaderno principal 16

¹⁴ Cfr. Folios 457 – 459 Cuaderno principal 16

¹⁵ Cfr. Folios 2 – 14 Cuaderno principal 18

Expediente: IUS E - 2017 - 19229 / IUC D-2017-651-927370

Fallo de primera instancia sancionatorio.



del Sol en desarrollo de lo pactado a través del Otrosí No. 03 (archivo para todos los investigados).

4.6.5 Elaboración de subcontratos simulados con el fin de pagar sobornos a funcionarios del Estado (archivo a favor de los siguientes investigados)

- Luis Fernando Andrade Moreno, Presidente
- Héctor Jaime Pinilla Ortiz, Vicepresidente Jurídico
- Camilo Mendoza, Vicepresidente de Planeación, Riesgos y Entorno
- Wilmar Darío Gonzalez Buriticá, Gerente de Contratación
- Beatriz Eugenia Morales Vélez, Vicepresidente de Estructuración
- María Clara Garrido Garrido, Vicepresidenta Administrativa y Financiera
- Alexandra Lozano Vergara, Gerente de Gestión Contractual 2
- José Andres Torres Rodriguez, Gerente Grupo Carretero 1 (17 de septiembre de 2012 a 2 de septiembre de 2013)
- Daniel Francisco Tenjo Suarez, Gerente Grupo Carretero 1 (1 de noviembre de 2012 a 31 de julio de 2017)
- Javier Alberto Hernández López, Vicepresidente Ejecutivo
- Emerson Duran Vargas, Gerente Grupo Interno de Trabajo Financiero
- Mauricio Orlando Castro Castaño, Gerente de Riesgos
- Andres Figueredo Serpa, Vicepresidente de Gestión Contractual
- David Leonardo Montaña Garcia, Experto GGC 2
- Yasmina del Carmen Corrales P. Experto VGC
- Marcelo Enrique Cano del Castillo, Supervisor del Contrato de Concesión 001 de 2010.
- Francisco Javier Forero Lozano, Asesor Financiero
- Mónica Adarme Manosalva, Experto GGC2
- Miguelángel Bettin Jaraba, Representante Legal del Consorcio Proyección Vial Puerto Salgar – firma interventora del contrato de concesión.

Así las cosas, frente a este hecho continuó la investigación respecto del investigado Juan Sebastián Correa Echeverri.

4.6.6 Archivo por la presunta incursión en causal de inhabilidad por financiación de campañas políticas (archivo para todos los investigados)

4.6.7 Vulneración de principios que regulan la contratación estatal – Documentos CONFIS y CONPES (archivo para todos los investigados).

4.6.8 Posibles detrimentos patrimoniales del Estado e incumplimientos del objeto del contrato. (Conducta pendiente de evaluar, que finalmente fue objeto de archivo, para algunos investigados, en la decisión del 29 de junio de 2021 por la cual se formuló pliego de cargos a algunos investigados).

4.7 Ruptura de la unidad procesal

Por auto del 22 de diciembre del 2020¹⁶, se dispuso la ruptura de la unidad procesal con el propósito de que en expediente separado se continuara con la evaluación de la conducta del señor JUAN SEBASTIAN CORREA ECHEVERRY.

En la misma decisión se rechazaron por improcedentes los recursos de apelación interpuestos en contra de la decisión de archivo a favor de algunos de los investigados.

En decisión de 6 de abril de 2021¹⁷, la Sala Disciplinaria resolvió el recurso de queja frente a la negativa de la concesión del recurso de apelación, considerando que los recursos habían sido bien denegados.

4.8 Pliego de cargos

A través de auto de 29 de junio de 2021¹⁸, la Procuraduría Primera Delegada para la Contratación Estatal formuló pliego de cargos a los siguientes investigados LUIS FERNANDO ANDRADE MORENO Presidente, ALEXANDRA LOZANO VERGARA Gerente de Gestión Contractual 2, ANDRES FIGUEREDO SERPA Vicepresidente de Gestión Contractual, CAMILO MENDOZA ROZO Vicepresidente de Gestión Contractual, y DAVID LEONARDO MONTAÑO GARCIA Experto – GGC 2 de la ANI, por las conductas relacionadas con la suscripción de los Otrosíes No. 3 y 6.

En la misma providencia se dispuso el archivo parcial de la **conducta relativa a los posibles detrimentos patrimoniales del Estado e incumplimientos del objeto del contrato**, a favor de los siguientes investigados;

- Héctor Jaime Pinilla Ortiz, Vicepresidente Jurídico
- Camilo Mendoza, Vicepresidente de Planeación, Riesgos y Entorno
- Wilmar Darío Gonzalez Buriticá, Gerente de Contratación
- Beatriz Eugenia Morales Vélez, Vicepresidente de Estructuración
- María Clara Garrido Garrido, Vicepresidenta Administrativa y Financiera
- José Andres Torres Rodriguez, Gerente Grupo Carretero 1 (17 de septiembre de 2012 a 2 de septiembre de 2013)
- Daniel Francisco Tenjo Suarez, Gerente Grupo Carretero 1 (1 de noviembre de 2012 a 31 de julio de 2017)
- Javier Alberto Hernández López, Vicepresidente Ejecutivo
- Emerson Duran Vargas, Gerente Grupo Interno de Trabajo Financiero
- Mauricio Orlando Castro Castaño, Gerente de Riesgos
- Yasmina del Carmen Corrales P. Experto VGC
- Marcelo Enrique Cano del Castillo, Supervisor del Contrato de Concesión 001 de 2010.
- Francisco Javier Forero Lozano, Asesor Financiero
- Mónica Adarme Manosalva, Experto GGC2

¹⁶ Cfr. Folios 15 – 18 Cuaderno principal 18

¹⁷ Cfr. Folios 77 – 84 Cuaderno principal 18

¹⁸ Cfr. Folios 89 – 172 Cuaderno principal 18

Expediente: IUS E - 2017 - 19229 / IUC D-2017-651-927370

Fallo de primera instancia sancionatorio.



- Miguelángel Bettin Jaraba, Representante Legal del Consorcio Proyección Vial Puerto Salgar – firma interventora del contrato de concesión.

Se dispuso que esta conducta quedaba subsumida (no archivada) respecto de los siguientes investigados, a quienes se les formuló cargos relacionados con la suscripción del Otrosí No. 06;

- Luis Fernando Andrade Moreno, Presidente
- Alexandra Lozano Vergara, Gerente de Gestión Contractual 2
- Andres Figueredo Serpa, Vicepresidente de Gestión Contractual
- David Leonardo Montaña García, Experto GG2 de la Vicepresidencia Jurídica

4.9 Remisión por competencia

En cumplimiento a lo dispuesto en las Resoluciones Nos. 207¹⁹ y 217²⁰ de 2021 proferidas por la Procuradora General de la Nación, mediante auto de 26 de julio de 2021²¹ la Procuraduría Primera Delegada para la Contratación Estatal, remitió la actuación a las Procuradurías Delegadas para el Juzgamiento Disciplinario, correspondiendo el conocimiento a la Delegada para la Moralidad Pública.

4.10 Descargos

A través de auto del 26 de enero de 2022²², la Procuraduría Delegada para la Moralidad Pública avocó conocimiento de la actuación y se pronunció sobre la solicitud de pruebas y nulidades presentadas en los descargos, disponiendo el decreto de unas y la negativa de otras, y negando la solicitud de nulidad interpuesta por el investigado DAVID LEONARDO MONTAÑO GARCIA.

4.11 Recurso de reposición

El 17 de febrero de 2022²³, se resolvió el recurso de reposición interpuesto por el disciplinado DAVID LEONARDO MONTAÑO GARCIA frente a la negativa de la nulidad, y el recurso interpuesto por la defensa de LUIS FERNANDO ANDRADE MORENO, frente a la negativa de pruebas, y se concedió de apelación frente a esta última decisión.

La Sala Disciplinaria a través de auto de 8 de marzo de 2022²⁴, confirmó la decisión por medio de la cual se denegó parcialmente la práctica de pruebas.

¹⁹ "Por medio de la cual se delegan y distribuyen transitoriamente funciones en la Procuraduría General de la Nación, para garantizar la separación de la instrucción y el juzgamiento, la doble instancia y la doble conformidad en las actuaciones disciplinarias."

²⁰ "Por medio de la cual se identifican y delegan funciones de la Procuraduría General de la Nación a las procuradurías delegadas y a las salas disciplinarias para la instrucción y juzgamiento disciplinario."

²¹ Cfr. Folios 211 – 213 Cuaderno principal 18.

²² Cfr. Folios 270 – 295 Cuaderno principal 18.

²³ Cfr. Folios 423 – 440 Cuaderno principal 18.

²⁴ Cfr. Folios 461- 467 Cuaderno anexo Recurso.

Expediente: IUS E - 2017 - 19229 / IUC D-2017-651-927370

Fallo de primera instancia sancionatorio.

4.12 Alegatos de conclusión

Por auto de 1 de junio de 2022²⁵, se corrió traslado para alegatos de conclusión, decisión frente a la cual se interpusieron recursos de reposición y solicitud de revocatoria, solicitudes frente a las cuales se pronunció el despacho a través de auto de 8 de junio de 2022.²⁶

Así mismo a través de auto de 10 de junio de 2022²⁷, se resolvió solicitud del investigado DAVID LEONARDO MONTAÑO GARCIA, respecto de la suspensión de términos de traslado para presentar alegatos de conclusión.

Según constancia secretarial de fecha 22 de junio de 2022²⁸, todos los sujetos procesales presentaron escrito de alegatos de conclusión el día 21 de junio, dentro del término legal.

V. CARGOS FORMULADOS A LOS INVESTIGADOS Y TIPIFICACIÓN DE LAS CONDUCTAS.

5.1. CARGOS RELACIONADOS CON LA SUSCRIPCIÓN DEL OTROSÍ NO. 3 AL CONTRATO DE CONCESIÓN, SIN HABER ACUDIDO AL CONCURSO DE MÉRITOS.

5.1.1 Respecto de LUIS FERNANDO ANDRADE MORENO

5.1.1.1 Cargo primero:

“El disciplinado **LUIS FERNANDO ANDRADE MORENO**, presidente de la Agencia Nacional de Infraestructura, puede ver comprometida su responsabilidad disciplinaria al haber participado en la actividad contractual al parecer violando el principio de transparencia que comporta el deber de selección objetiva y el de responsabilidad de la contratación estatal, al haber suscrito el 15 de julio de 2013 el Otrosí No. 3²⁹ al contrato de concesión No. 001 de 2010, toda vez, que el objeto de este Otrosí no tenía relación con el objeto del contrato de concesión No. 001 de 2010; sin embargo, lo celebró directamente con la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., omitiendo entonces adelantar el proceso selectivo de concurso de méritos”.

²⁵ Cfr. Folios 886 – 888 Cuaderno principal 21.

²⁶ Cfr. Folios 991 – 997 Cuaderno principal 21.

²⁷ Cfr. Folios 1026 – 1027 Cuaderno principal 21

²⁸ Cfr. Folios 1341 – 1342 Cuaderno principal 23

²⁹ Para que la Concesionaria Ruta del Sol 2 elaborara los Estudios y Diseños Fase III del Tramo Aguaclara – Gamarra – Puerto Capulco y la vía de acceso a los demás puertos ribereños localizados en una longitud menor o igual a 5 km de distancia del casco urbano del Municipio de Gamarra, incluidas las variantes de Aguachica y Ocaña; así como la estructuración jurídica, técnica y financiera del proyecto relacionado con la vía Ocaña – Aguaclara – Gamarra Puerto Capulco y la vía de acceso a los demás puertos ribereños localizados en una longitud menor o igual a 5 km de distancia del casco urbano del Municipio de Gamarra y las variantes de Aguachica y Ocaña

Expediente: IUS E - 2017 - 19229 / IUC D-2017-651-927370

Fallo de primera instancia sancionatorio.

5.1.1.2 Tipificación de la conducta y deberes presuntamente infringidos.

La conducta fue imputada a título de dolo, tipificada en el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, que consagra como falta gravísima: *"31. Participar en la etapa precontractual o en la actividad contractual, en detrimento del patrimonio público, o con desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal y la función administrativa contemplados en la Constitución y en la ley"*.

Lo anterior, por haber participado en la actividad contractual con violación del principio de transparencia, conforme lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, y en los artículos 3.1.1 y 3.3.1.1 del Decreto 734 de 2012 (vigente para cuando se suscribió el Otrosí No. 3 del 15 de julio de 2013), así mismo por desconocimiento del deber de selección objetiva, de acuerdo a lo previsto en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, y violación del principio de responsabilidad, según lo señalado en los numerales 1, 2 y 4 del artículo 26 de la Ley 80 de 1993.

Además, se consideraron infringidos el artículo 28 de la Ley 1150 de 2007, (aplicable al contrato de concesión No. 001 de 2010), el deber contenido en el numeral 1 del artículo 34 de la Ley 734 de 2002, y la Resolución No. 576 del 13 de junio de 2013 – Manual Específico de Funciones y Competencias Laborales para los empleos de la Agencia Nacional de Infraestructura – Presidente -

5.1.2 Respetto de ALEXANDRA LOZANO VERGARA

5.1.2.1 Cargo primero

"La disciplinada **ALEXANDRA LOZANO VERGARA**, Gerente de Proyectos Funcional Código G2, Grado 09 de la Planta del Despacho del Presidente, ubicado en la Vicepresidencia Jurídica, área de desempeño Asesoría Legal Gestión Contractual 2, puede ver comprometida su responsabilidad disciplinaria, al haber violado presuntamente el principio de transparencia que comporta el deber de selección objetiva y el principio de responsabilidad de la contratación estatal, cuando profirió el concepto radicado bajo el No. 2013-704-000532-2 del 21 de enero del 2013³⁰, al haber colocado su visto bueno de revisión jurídica al documento de Estudio de Conveniencia y Oportunidad del 11 de julio de 2013 y al haber dado su visto bueno de revisión jurídica al Otrosí No. 3, con lo cual posibilitó su suscripción, pese a que el objeto de éste Otrosí no tenía relación con el objeto del contrato de concesión No. 001 de 2010; sin embargo, con sustento en su aval desde el punto de vista jurídico -el cual no debió extender-, el Presidente de la Agencia tuvo argumentos jurídicos para celebrarlo directamente con la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S, omitiendo entonces adelantar el proceso selectivo de concurso de méritos".

³⁰ El cual iba dirigido a CAMILO MENDOZA ROZO, Vicepresidente de Gestión Contractual de la ANI, donde afirmó que era procedente la adición del contrato de Concesión – Proyecto Vial Ruta del Sol Sector 2, para que el concesionario ejecutara las obras de rehabilitación y mejoramiento y posterior operación y mantenimiento del trayecto Ocaña – Aguas Clara – Gamarra – Puerto Capulco.
Expediente: IUS E - 2017 - 19229 / IUC D-2017-651-927370
Fallo de primera instancia sancionatorio.

5.1.2.2 Tipificación de la conducta y deberes presuntamente infringidos.

La conducta fue imputada a título de dolo, tipificada en el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, que consagra como falta gravísima: *“31. Participar en la etapa precontractual o en la actividad contractual, en detrimento del patrimonio público, o con desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal y la función administrativa contemplados en la Constitución y en la ley”*.

Por considerar que con su conducta violó el principio de transparencia, conforme lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, y en los artículos 3.1.1 y 3.3.1.1 del Decreto 734 de 2012 (vigente para cuando se suscribió el Otrosí No. 3 del 15 de julio de 2013), también por desconocimiento del deber de selección objetiva, de acuerdo a lo previsto en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, y transgresión del principio de responsabilidad, al tenor de lo establecido en los numerales 1, 2 y 4 del artículo 26 de la Ley 80 de 1993.

Además, se consideraron infringidos el artículo 28 de la Ley 1150 de 2007, (aplicable al contrato de concesión No. 001 de 2010), el deber contenido en el numeral 1 del artículo 34 de la Ley 734 de 2002, y las Resoluciones 475 del 24 de agosto de 2012 y 576 del 13 de junio de 2013 – Manual Específico de Funciones y Competencias Laborales para los empleos de la Agencia Nacional de Infraestructura – Gerente de proyectos – de la Vicepresidencia Jurídica – Asesoría Legal Gestión Contractual.

5.1.3 Respetto de CAMILO MENDOZA ROZO

5.1.3.1 Cargo único

“El disciplinado **CAMILO MENDOZA ROZO**, Vicepresidente de Gestión Contractual de la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA, puede ver comprometida su responsabilidad disciplinaria, al haber presuntamente desconocido el principio de transparencia que comporta el deber de selección y el principio de responsabilidad de la contratación estatal, cuando certificó el 22 de noviembre del 2013 que la modificación contractual del Otrosí No. 3 del proyecto Ruta del Sol – Sector 2, se había adelantado con la debida diligencia, ajustadas todas sus actuaciones al marco legal aplicable; al haber firmado el Estudio de Conveniencia y Oportunidad para la suscripción del Otrosí No. 3 del 11 de julio del 2013 y al haber estampado su visto bueno de revisión jurídica al Otrosí No. 3 del 15 de julio del 2013 al contrato de concesión No. 001 de 2010, pese a que el objeto de este Otrosí no tenía relación con el objeto del contrato de concesión No. 001 de 2010; sin embargo, con sustento en su aval desde el punto de vista jurídico - el cual no debió extender - el Presidente de la Agencia tuvo argumentos jurídicos para celebrarlo directamente con el concesionario, omitiendo entonces adelantar el proceso selectivo de concurso de méritos”.



5.1.3.2 Tipificación de la conducta y deberes presuntamente infringidos.

La conducta fue imputada a título de dolo, tipificada en el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, que consagra como falta gravísima: “31. *Participar en la etapa precontractual o en la actividad contractual, en detrimento del patrimonio público, o con desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal y la función administrativa contemplados en la Constitución y en la ley*”.

Lo anterior, por violación del principio de transparencia, conforme lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, y en los artículos 3.1.1 y 3.3.1.1 del Decreto 734 de 2012 (vigente para cuando se suscribió el Otrosí No. 3 del 15 de julio de 2013), por desconocimiento del deber de selección objetiva, de acuerdo a lo previsto en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 y violación del principio de responsabilidad, según lo señalado en los numerales 1, 2 y 4 del artículo 26 de la Ley 80 de 1993.

Se consideraron también infringidos el artículo 28 de la Ley 1150 de 2007, (aplicable al contrato de concesión No. 001 de 2010), el deber contenido en el numeral 1 del artículo 34 de la Ley 734 de 2002, y la Resolución 576 del 13 de junio de 2013 – Manual Específico de Funciones y Competencias Laborales para los empleos de la Agencia Nacional de Infraestructura – Vicepresidente de Agencia – de la Vicepresidencia de Legal Gestión Contractual.

5.1.4 Respecto de DAVID LEONARDO MONTAÑO GARCÍA

5.1.4.1 Cargo primero

“El disciplinado DAVID LEONARDO MONTAÑO GARCÍA, Experto Código G3 Grado 07 de la Vicepresidencia Jurídica, del área de desempeño Asesoría Legal Gestión Contractual 2, puede ver comprometida su responsabilidad disciplinaria, cuando al parecer desconociendo el principio de transparencia que comporta el deber de selección objetiva y el principio de responsabilidad de la contratación estatal, firmó con su visto bueno de revisión jurídica el documento de Estudio de Conveniencia y Oportunidad del 11 de julio de 2013 y estampó su visto bueno de proyección del Otrosí No. 3, pese a que el objeto de éste Otrosí no tenía relación con el objeto del contrato de concesión No. 001 de 2010; sin embargo, con sustento en su aval desde el punto de vista jurídico -el cual no debió extender- el Presidente de la Agencia tuvo argumentos jurídicos para celebrarlo directamente con el concesionario, omitiendo entonces adelantar el proceso selectivo de concurso de méritos”.

5.1.4.2 Tipificación de la conducta y deberes presuntamente infringidos

La conducta fue imputada a título de dolo, tipificada en el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, que consagra como falta gravísima: “31. *Participar en la etapa precontractual o en la actividad contractual, en detrimento del patrimonio público, o con desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal y la función administrativa contemplados en la Constitución y en la ley*”.

Lo anterior, por violación del principio de transparencia, conforme lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, y en los artículos 3.1.1 y 3.3.1.1 del Decreto 734 de 2012 (vigente para cuando se suscribió el Otrosí No. 3 del 15 de julio de 2013), por desconocimiento del deber de selección objetiva, de acuerdo a lo previsto en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 y violación del principio de responsabilidad, según lo señalado en los numerales 1, 2 y 4 del artículo 26 de la Ley 80 de 1993.

Además, se consideraron infringidos el artículo 28 de la Ley 1150 de 2007, (aplicable al contrato de concesión No. 001 de 2010), el deber contenido en el numeral 1 del artículo 34 de la Ley 734 de 2002, y las Resoluciones 475 del 24 de agosto de 2012 y 576 del 13 de junio de 2013 – Manual Específico de Funciones y Competencias Laborales para los empleos de la Agencia Nacional de Infraestructura – Experto G 3 – Grado 07 – de la Vicepresidencia Jurídica – Asesoría Legal Gestión Contractual.

5.2. CARGOS RELACIONADOS CON LA SUSCRIPCIÓN DEL OTROSÍ NO. 6 AL CONTRATO DE CONCESIÓN, SIN HABER ACUDIDO AL PROCESO DE LICITACIÓN PÚBLICA.

5.2.1 Respecto de LUIS FERNANDO ANDRADE MORENO

5.2.1.1 Cargo segundo

“El disciplinado **LUIS FERNANDO ANDRADE MORENO**, presidente de la Agencia Nacional de Infraestructura, puede ver comprometida su responsabilidad disciplinaria, cuando participó en la actividad contractual al parecer desconociendo el principio de transparencia que comporta el deber de selección objetiva y responsabilidad de la contratación estatal, al suscribir el 14 de marzo de 2014 el Otrosí No. 6³¹, al contrato de concesión No. 001 de 2010, toda vez, que el objeto de este Otrosí no tenía relación con el objeto del contrato de concesión No. 001 de 2010; sin embargo, lo celebró directamente con el concesionario, omitiendo entonces adelantar el proceso selectivo de la licitación pública”.

5.2.1.2 Tipificación de la conducta y deberes presuntamente infringidos.

La conducta fue imputada a título de dolo, tipificada en el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, que consagra como falta gravísima: *“31. Participar en la etapa precontractual o en la actividad contractual, en detrimento del patrimonio público, o con desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal y la función administrativa contemplados en la Constitución y en la ley”*.

³¹ Adicionar el contrato de concesión No. 001 de 2010 para que el concesionario por su cuenta y riesgo elabore los diseños, financie, obtenga las licencias ambientales y demás permisos, adquiera predios, rehabilite, construya, mejore, opere y mantenga el tramo denominado “Transversal Río de Oro – Aguadara – Gamarra”
Expediente: IUS E - 2017 - 19229 / IUC D-2017-651-927370
Fallo de primera instancia sancionatorio.



Se consideró que con su actuar violó el principio de transparencia, conforme lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, así mismo por desconocimiento del deber de selección objetiva, de acuerdo con lo previsto en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, y violación del principio de responsabilidad, según lo señalado en los numerales 1, 2 y 4 del artículo 26 de la Ley 80 de 1993.

Se consideraron infringidos el artículo 28 de la Ley 1150 de 2007, (aplicable al contrato de concesión No. 001 de 2010), el deber contenido en el numeral 1 del artículo 34 de la Ley 734 de 2002, y la Resolución 576 del 13 de junio de 2013 – Manual Específico de Funciones y Competencias Laborales para los empleos de la Agencia Nacional de Infraestructura – Presidente.

5.2.2 Respetto de ALEXANDRA LOZANO VERGARA

5.2.2.1 Cargo segundo

“La disciplinada **ALEXANDRA LOZANO VERGARA**, Gerente de Proyectos Funcional Código G2, Grado 09 de la Planta del Despacho del Presidente, ubicado en la Vicepresidencia Jurídica, área de desempeño Asesoría Legal Gestión Contractual 2, puede ver comprometida su responsabilidad disciplinaria, cuando al parecer desconociendo los principios de transparencia que comporta el deber de selección objetiva y responsabilidad de la contratación estatal, firmó el Estudio de Conveniencia y Oportunidad para la Suscripción del Otrosí No. 6 del 13 de marzo del 2014, y colocó su visto bueno de revisión al Otrosí No. 6 del 14 de marzo del 2014 al contrato de concesión No. 001 de 2010, con lo cual habilitó su suscripción, toda vez que el objeto de este Otrosí no tenía relación con el objeto del contrato de concesión No. 001 de 2010; sin embargo, con sustento en su aval desde el punto de vista jurídico - el cual no debió extender-, el Presidente de la Agencia tuvo argumentos jurídicos para celebrarlo directamente con el concesionario, omitiendo entonces adelantar el proceso selectivo de licitación pública”.

5.2.2.2 Tipificación de la conducta y deberes presuntamente infringidos.

La conducta fue imputada a título de dolo, tipificada en el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, que consagra como falta gravísima: “31. *Participar en la etapa precontractual o en la actividad contractual, en detrimento del patrimonio público, o con desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal y la función administrativa contemplados en la Constitución y en la ley*”.

Lo anterior, por violación del principio de transparencia, conforme lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, por desconocimiento del deber de selección objetiva, de acuerdo con lo previsto en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, y violación del principio de responsabilidad, según lo señalado en los numerales 1, 2 y 4 del artículo 26 de la Ley 80 de 1993.

Se consideraron infringidos también el artículo 28 de la Ley 1150 de 2007, (aplicable al contrato de concesión No. 001 de 2010), el deber contenido en el numeral 1 del artículo 34 de la Ley 734 de 2002, y las Resoluciones 475 del 24 de agosto de 2012

y 576 del 13 de junio de 2013 – Manual Específico de Funciones y Competencias Laborales para los empleos de la Agencia Nacional de Infraestructura – Gerente de proyectos – de la Vicepresidencia Jurídica – Asesoría Legal Gestión Contractual.

5.2.3 Respecto de ANDRÉS FIGUEREDO SERPA

5.2.3.1 Cargo único

“El disciplinado **ANDRÉS FIGUEREDO SERPA**, Vicepresidente de Gestión Contractual de la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA, puede ver comprometida su responsabilidad disciplinaria, cuando al parecer desconociendo los principios de transparencia que comporta el deber de selección objetiva y responsabilidad de la contratación estatal, certificó el 12 de marzo del 2014 que la modificación contractual del Otrosí No. 6 del proyecto Ruta del Sol – Sector 2 se había adelantado con la debida diligencia, ajustadas todas sus actuaciones al marco legal aplicable; firmó el Estudio de Conveniencia y Oportunidad para la suscripción del Otrosí No. 6 del 13 de marzo del 2014 y estampó su visto bueno de revisión jurídica al Otrosí No. 6 del 14 de marzo del 2014 al contrato de concesión No. 001 de 2010; sin embargo, con sustento en su aval desde el punto de vista jurídico -el cual no debió extender-, el Presidente de la Agencia tuvo argumentos jurídicos para celebrarlo directamente con el concesionario, omitiendo entonces adelantar el proceso selectivo de licitación pública”.

5.2.3.2 Tipificación de la conducta y deberes presuntamente infringidos.

La conducta fue imputada a título de dolo, tipificada en el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, que consagra como falta gravísima: *“31. Participar en la etapa precontractual o en la actividad contractual, en detrimento del patrimonio público, o con desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal y la función administrativa contemplados en la Constitución y en la ley”*.

Lo anterior, por violación del principio de transparencia, conforme lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, por desconocimiento del deber de selección objetiva, de acuerdo con lo previsto en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, y violación del principio de responsabilidad, según lo señalado en los numerales 1, 2 y 4 del artículo 26 de la Ley 80 de 1993.

Además, se consideraron infringidos el artículo 28 de la Ley 1150 de 2007, (aplicable al contrato de concesión No. 001 de 2010), el deber contenido en el numeral 1 del artículo 34 de la Ley 734 de 2002, y la Resolución 576 del 13 de junio de 2013 – Manual Específico de Funciones y Competencias Laborales para los empleos de la Agencia Nacional de Infraestructura – Vicepresidente de Agencia – de la Vicepresidencia Gestión Contractual.

5.2.4 Respecto de DAVID LEONARDO MONTAÑO GARCÍA

5.2.4.1 Cargo segundo

El disciplinado **DAVID LEONARDO MONTAÑO GARCÍA**, Experto Código G3 Grado 07 de la Vicepresidencia Jurídica, del área de desempeño Asesoría Legal Gestión Contractual 2, puede ver comprometida su responsabilidad disciplinaria cuando al parecer desconociendo los principios de transparencia que comporta el deber de selección objetiva y) responsabilidad de la contratación estatal, firmó el Estudio de Conveniencia y Oportunidad para la Suscripción del Otrosí No. 6 del 13 de marzo del 2014 (desde su componente jurídico) y estampó su visto bueno de proyección del Otrosí No. 6 del 14 de marzo del 2014 al contrato de concesión No. 001 de 2010, lo que habilitó su suscripción, toda vez que el objeto de este Otrosí no tenía relación con el objeto del contrato de concesión No. 001 de 2010; sin embargo, con sustento en su aval desde el punto de vista jurídico - el cual no debió extender-, el Presidente de la Agencia tuvo argumentos jurídicos para celebrarlo directamente con el concesionario, omitiendo entonces adelantar el proceso selectivo de licitación pública”.

5.2.4.2 Tipificación de la conducta y deberes presuntamente infringidos.

La conducta fue imputada a título de dolo, tipificada en el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, que consagra como falta gravísima: “31. *Participar en la etapa precontractual o en la actividad contractual, en detrimento del patrimonio público, o con desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal y la función administrativa contemplados en la Constitución y en la ley*”.

Lo anterior, por violación del principio de transparencia, conforme lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, por desconocimiento del deber de selección objetiva, de acuerdo con lo previsto en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, y por violación del principio de responsabilidad, según lo señalado en los numerales 1, 2 y 4 del artículo 26 de la Ley 80 de 1993.

Además, se consideraron infringidos el artículo 28 de la Ley 1150 de 2007, (aplicable al contrato de concesión No. 001 de 2010), el deber contenido en el numeral 1 del artículo 34 de la Ley 734 de 2002, y las Resoluciones 475 del 24 de agosto de 2012 y 576 del 13 de junio de 2013 – Manual Específico de Funciones y Competencias Laborales para los empleos de la Agencia Nacional de Infraestructura – Experto G 3 – Grado 07 – de la Vicepresidencia Jurídica – Asesoría Legal Gestión Contractual.

VI. SÍNTESIS DE LOS DESCARGOS Y ALEGACIONES

Se procede a la síntesis frente a los **cargos primero y segundo** que se soportan por la suscripción de los Otrosíes 03 y 06, de manera integrada, en la medida que los mismos se relacionan entre si al tratarse del mismo contrato de concesión, el primero de estos adicionó los estudios y diseños del tramo Agua Clara – Gamarra – Puerto

Expediente: IUS E - 2017 - 19229 / IUC D-2017-651-927370
Fallo de primera instancia sancionatorio.

15

Capulco, y el segundo adicionó al contrato, la ejecución de esta vía y por ende en su mayoría los argumentos de la defensa se sustentan en igual sentido frente a las circunstancias que rodearon su suscripción.

6.1. ARGUMENTOS PRESENTADOS POR LA DEFENSA DE LUIS FERNANDO ANDRADE MORENO.

En el escrito de descargos³² y en el escrito de alegatos de conclusión³³ presentados por el Doctor OSCAR IBÁÑEZ PARRA defensor del investigado, y en la versión libre³⁴ rendida por el disciplinado se presentaron argumentos que se sintetizan de la siguiente manera:

6.1.1 Antecedentes de la suscripción del convenio interadministrativo No. 003 de 11 de mayo de 2012, entre la ANI y el Fondo de Adaptación.

Refiere que en virtud de este convenio el Fondo de Adaptación se comprometió con la ANI a contratar “la estructuración integral de los corredores viales (i) Norte de Santander (Cúcuta–Ocaña–Aguaclara–Astilleros–Tibú–La Mata– Cúcuta – Puerto Santander), y que luego el 21 de marzo de 2013 por solicitud de LUIS FERNANDO ANDRADE Presidente de la ANI, se retiró la postulación del tramo Ocaña–Aguaclara del citado convenio, lo cual se concretó a través de Otrosí No. 2, que modificó el alcance de la cláusula primera y excluyó el tramo Ocaña – Aguaclara, señalando que este tramo era una prioridad del Gobierno Nacional, y que antes de la suscripción del Otrosí No. 3 al contrato de concesión No. 001 de 2010, la ANI en cabeza de su presidente se encontraba realizando las gestiones pertinentes para mejorar dicho sector.

Así mismo se refirió a la “no objeción” presentada por el Gobernador del Departamento del Cesar, en el sentido de que se incluyera dentro del Sector 2 de la Ruta del Sol los estudios y diseños del tramo comprendido entre Aguaclara – Gamarra - Puerto Capulco, el cual pertenece a la red departamental, esto para concluir que la ANI no tiene vías propias, y lo que hace es desarrollar unos contratos de 1ª, 2ª, 3ª, o 4ª generación, sobre unas vías que son de INVIAS o de los Departamentos o de los Municipios, las cuales pueden entrar a formar parte de proyectos de concesión con la previa autorización respectiva de cada una de las distintas entidades.

6.1.2 Propuesta presentada el 15 de julio de 2013 por la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S.

Indica que el 15 de junio de 2012 la Concesionaria Ruta del Sol manifestó a la ANI el interés en efectuar la rehabilitación y mejoramiento del tramo comprendido entre Puerto Berrio y el punto donde esta ruta intercepta el Sector 2 de la Ruta del Sol en cercanías de Puerto Araujo, frente a lo cual ANDRADE MORENO el 13 de julio de

³² Cfr. Folios 222 – CD FI 223 Cuaderno principal 18.

³³ Cfr. Folios 1276 – 1340 Cuaderno principal 22.

³⁴ Cfr. Folio 826 Cuaderno principal 20

Expediente: IUS E - 2017 - 19229 / IUC D-2017-651-927370
Fallo de primera instancia sancionatorio.



2012, les solicitó que presentaran la iniciativa, y ese mismo día el concesionario manifestó su interés en realizar la rehabilitación y mejoramiento de la vía Ocaña-Aguaclara - Gamarra - Puerto Capulco, propuesta que fue presentada el 28 de agosto de 2012.

6.1.3 Concepto jurídico emitido el 21 de enero de 2013, por la Gerente de Gestión Contractual 2.

Refiere que en este concepto rendido por ALEXANDRA LOZANO VERGARA, Gerente de Gestión Contractual 2, se señala que la adición al contrato de concesión No. 001 de 2010 es procedente siempre que técnicamente se trate de obras que estén directamente relacionadas con el objeto del contrato, a su juicio que se encuentren dentro del trayecto comprendido entre Puerto Salgar y San Roque y en ese sentido, precisa que es favorable a la adición, toda vez que desde el punto de vista técnico las obras adicionales se encuentran dentro del trayecto Puerto Salgar y San Roque.

6.1.4 Posibilidad de realizar adiciones al tenor de lo previsto en el contrato de Concesión No. 001 de 2010.

Indica que de acuerdo con el literal b) de la Sección 13.01 del contrato de concesión 001 de 2010 se permite realizar actividades adicionales a las previstas en el alcance inicial del contrato siempre que estén relacionadas con el sector Puerto Salgar – San Roque, lo cual se encuentra en plena concordancia con lo dispuesto en la Sentencia C-300 de 2012, respecto a los requisitos que debe cumplir una adición contractual.

6.1.5 Respetto de las pruebas testimoniales que fueron consideradas en el pliego de cargos.

Señala que en el pliego de cargos se trajeron a colación los testimonios de ELEUBERTO MARTORELLI, OTTO NICOLÁS BULA BULA, y JUAN SEBASTIÁN CORREA, pero no se refirió a las declaraciones de BERNARDO MIGUEL ELÍAS VIDAL.

En ese sentido citó apartes del contrainterrogatorio de ELÍAS VIDAL realizado el 25 de febrero del 2021 en el proceso penal adelantado en contra de LUIS FERNANDO ANDRADE que cursa en el Juzgado 25 Penal del Circuito de Bogotá, con lo cual indica se desvirtúa lo planteado por la Procuraduría al señalar que ANDRADE MORENO actuó en favor de los intereses de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. en perjuicio de la ANI, por cuanto este testigo manifestó que el interés de la adición del tramo Ocaña – Gamarra al Contrato de Concesión No. 001 de 2010 era un interés del Gobierno Nacional y no un tema exclusivo del Presidente de la ANI, incluso desde antes que el exsenador hiciese presencia a mediados del 2013 en la ANI.

Indica que labor de intermediación que realizaba OTTO NICOLÁS BULA BULA, era totalmente desconocida por LUIS FERNANDO ANDRADE, y que así lo afirmó BERNARDO ELÍAS al referir que este no tuvo injerencia o direccionamiento en los

trámites de la adición Ocaña - Gamarra, y que no fue así porque la decisión de esa adición era del Ejecutivo y ya se encontraba en ejecución para el momento en que BERNARDO ELÍAS realiza sus primeras visitas a la ANI a mediados del año 2013, y que además la gestión por él realizada consistió en hacer seguimiento de ese trámite al interior de la agencia, por cuanto para ese momento la estructuración del Otrosí No. 3 ya había surtido sus análisis técnicos, financieros y jurídicos.

Precisa que lo anterior coincide con lo establecido en la Resolución No. 82510 de 2020 de la Superintendencia de Industria y Comercio en la cual queda claro que la relación contractual de OTTO NICOLÁS BULA BULA con Odebrecht es posterior al inicio de la negociación entre la ANI y Ruta del Sol S.A.S., tendientes a la suscripción del Otrosí No. 3, siendo que los primeros acercamientos entre la ANI y Ruta del Sol S.A.S son de junio de 2012 y OTTO BULA aparece siempre a espaldas de LUIS FERNANDO ANDRADE MORENO a mediados de 2013 cuando ya estaba estructurado el referido Otrosí.

Con relación a las reuniones realizadas en el apartamento de BERNARDO MIGUEL ELIAS, trae a colación la declaración de este, quien refirió que ANDRADE MORENO asistió a la reunión sin conocer la presencia MARTORELLI, tanto así que expresó su inconformidad al encontrarlo en dicho apartamento y además que se evidencia que solo hubo una sola reunión entre ANDRADE MORENO y ELEUBERTO MARTORELLI.

Además, indica que BERNARDO MIGUEL ELÍAS se refirió a otras reuniones en su apartamento, una de estas que tuvo como propósito un conocimiento de familias dirigido a que la esposa de LUIS FERNANDO ANDRADE pudiese hacer una recomendación de una de sus hijas ante un colegio privado de la ciudad de Bogotá, y una tercera reunión llevada a cabo el 5 de abril de 2016, con representantes de la empresa AFAVIAS, que fueron informadas sobre distintos proyectos de infraestructura estructura vial donde podían invertir en Colombia.

Manifiesta que BULA BULA nunca estuvo en la ANI ni realizó alguna gestión de manera directa sobre LUIS FERNANDO ANDRADE, pues su labor era la de un mensajero entre BERNARDO MIGUEL ELÍAS y ODEBRECHT, tal como lo manifestó en la diligencia realizada el 27 y 28 de enero de 2021 dentro del proceso penal que cursa en contra de LUIS FERNANDO ANDRADE, y además expresó que nunca lo conoció, y que solo conocía de él y del funcionamiento de la ANI por lo que le decían terceras personas.

Señala respecto de las declaraciones de JUAN SEBASTIÁN CORREA ECHEVERRY, que la Fiscalía General de la Nación le imputó el delito de falso testimonio, además de otros delitos como tráfico de influencias, utilización indebida de información oficial privilegiada, abuso de funciones públicas, amenazas de testigos, situación que a su juicio demuestra que es una persona proclive a la mentira.

Concluye señalando que los señores CORREA, BULA y ELÍAS fueron cómplices en las actividades ilegales promovidas por Ruta del Sol S.A.S, y han cambiado con frecuencia sus testimonios, precisando que los señores BULA y CORREA ofrecieron

a la Fiscalía declarar en contra de LUIS FERNANDO ANDRADE a cambio de un principio de oportunidad, situación que fue agravada por estar reclusos en el mismo patio de la Picota, donde señala tuvieron la oportunidad de ponerse de acuerdo en la modificación de sus testimonios.

6.1.6 El tramo Ocaña - Gamarra es un sector prioritario para el Gobierno Nacional.

En ese sentido se refirió a los siguientes CONPES; **2691** del 23 de febrero 1994, en el que se incorpora el tramo Aguaclara – Ocaña; **2764** de febrero 17 de 1995, en el cual se relacionaron los principales puertos fluviales de Barranquilla, Gamarra, Capulco, Barrancabermeja, el Banco, Puerto Wilches y Puerto Salgar; **3535** de 18 de julio de 2008, *“Concepto previo favorable para la prórroga o adición de los contratos de concesión vial y férrea”*, se puso a consideración del Consejo Nacional de Política Económica y Social adiciones a los contratos de concesión allí relacionados, autorizó 21 adiciones previas a la adición Ocaña-Gamarra y definió un razonable precedente y una guía formal para la suscripción de la adición del contrato Concesión No. 001 de 2010; **3739** del 15 de enero 2013, se demuestra que los sub-tramos Aguaclara y Ocaña habían sido definidos como prioritarios por el alto Gobierno; **3758** del 6 de agosto de 2013; reitera que el tramo Aguaclara – Gamarra se incorpora como una prioridad para el desarrollo de la infraestructura vial del País; y **3760** de 20 de agosto de 2013, se aprobó el programa 4G, con el cual se busca transformar la infraestructura vial del país, incluye explícitamente el tramo Ocaña – Gamarra.

Indica que de los referidos CONPES, se demuestra la facultad del alto gobierno para definir el esquema de la red de transporte nacional, precisar las competencias, definir conceptos y señalar prioridades sobre la política pública de transporte, adicionalmente se constata la existencia de las principales troncales y transversales que interconectan las zonas de producción con las zonas de consumo y exportación, y además demuestran como el tramo Ocaña-Gamarra siempre se valoró como esencial para unir la zona oriental del país con el corredor vial que compone la Ruta del Sol Sector 2, incorporando los puertos fluviales sobre el río Magdalena y las conexiones con la frontera.

Aduce que el tramo Ocaña - Gamarra era fundamental para intervenir por razones de tipo técnico y económico. El técnico por cuanto era parte del corredor vial a pesar de no discurrir en el mismo sentido que el tramo principal, por la unión intermodal ya que son vías que alimentan el corredor cuyo fin principal es comunicar Bogotá con los puertos del Caribe. En el aspecto económico, por cuanto este tramo conectaba y permitía la circulación del 70% del PIB Nacional, por lo tanto, era una prioridad su intervención, además teniendo en cuenta que a través de la adición el Estado ahorró un 5% de lo que los modelos marginales sugerían que costaría hacer un proceso nuevo de contratación para la intervención del tramo Ocaña - Gamarra.

Además, la urgencia se debía al fuerte deterioro que sufrió por la ola Invernal 2010-2011, afectando la conectividad de Norte de Santander, razón por la que el tramo fue postulado por el Ministro de Transporte ante el Fondo de Adaptación.

6.1.7 Concepto de corredor vial.

Se refirió al concepto rendido por el Consejo de Estado el 2 de agosto de 2013 sobre el régimen al que están sometidos los contratos de concesión para obras viales celebrados antes de la Ley 1508 de 2012.

Trae a colación la definición de corredor vial realizada por el Alto Tribunal, en el siguiente aparte: *"A partir de todo lo anterior, la Sala entiende que la expresión "corredor vial" puede referirse, ya sea a una franja de terreno que corre paralela a una vía pública (a lado y lado), o bien a una red de carreteras, vías urbanas e interurbanas y otros elementos de infraestructura (puentes, túneles etc.) debidamente interconectados para permitir el transporte de personas y cosas entre dos puntos geográficos, con un determinado objetivo económico o social (integrar una región, conectar un centro de consumo o de abastecimiento con un puerto etc.). Este último concepto es el que se acogerá para efectos de la presente consulta, dado que el primero obedece a una finalidad principalmente urbanística (regular el desarrollo urbano en las áreas colindantes a las vías públicas) La Sala entiende que las obras y actividades adicionales que pueden ejecutarse en desarrollo de un contrato de concesión vial, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 28 de la ley 1150 de 2007, no son todas las que se realicen dentro de los límites geográficos del respectivo "corredor vial", sino sólo aquellas que, además de lo anterior, se deban efectuar de forma excepcional y necesaria para cumplir el objeto principal del contrato, como lo ordena la Corte Constitucional en la sentencia C-300 de 2012, lo cual deberá determinarse con base en los estudios técnicos que así lo demuestren."*

A partir de lo anterior concluye que el tramo Ocaña - Gamarra es parte del corredor vial definido en el contrato de concesión porque tiene una relación con su objeto original, evento que le permite una prestación de servicio público más amplio agrandando el espectro de su funcionamiento de forma adecuada, continua y eficiente, dado que como lo aclaró el ingeniero Miguel Ángel Bettin, representante de la interventoría, por este sector se movía el 70% del PIB Nacional y no tenía las condiciones técnicas suficientes para asumir el volumen de tráfico que la ola invernal supuso para dicho tramo.

Adicionalmente, el tramo adicionado es parte del corredor vial porque es una franja de terreno parte de la red de carreteras que está interconectada con el tramo principal, aun cuando no corre de forma paralelo al tramo original corresponde a un eje de comunicación intermodal.

6.1.8 Concepto jurídico emitido por el Estudio Jurídico Martínez Ltda.

Indica que el 7 de septiembre de 2012 el Estudio Jurídico Martínez Ltda, específicamente el abogado Nestor Humberto Martínez Neira, suscribió un concepto jurídico dirigido a Eder Paolo Ferracuti como Presidente de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. en el cual se determina *"En nuestro criterio, la "necesidad" a que se alude en la Sección 10.3 para realizar obras que hacen parte del objeto "determinable" del contrato, se inspiran en requerimientos locales que atendidos mejoran la comunicación entre el interior del país y el Caribe Central (Apéndice Técnico Parte A del contrato dispone en el numeral 1.2 la "Descripción del Sector"). Dicho de otra manera, el objeto contractual no tiene simplemente como propósito unir dos puntos geográficos con una carretera de doble calzada entre Puerto Salgar y San Roque, sino integrar toda*



una región con otra. Eso fue lo que se contrató, partiendo de un trazado básico que podría complementarse con las “actividades necesarias” requeridas para lograr el cometido”.

6.1.9 Beneficios que reportaba que se hiciera a través de una adición.

Refiere que a través de la adición se aseguraba la disponibilidad de recursos para su construcción y se disminuía los tiempos para la ejecución de la obra, por cuanto se logró contratar la construcción del tramo por menor costo del que hubiera tenido como proyecto independiente, toda vez que la concesionaria aceptó disminuir el porcentaje de Administración, Imprevistos y Utilidades (AIU) del 30% al 25%, porque estaría aprovechando la infraestructura administrativa ya establecida en Aguachica, como lo refirió el representante legal de la interventoría.

Adicionalmente, la concesionaria aceptó una tasa de retorno de 7.8%, requerida por el Ministerio de Hacienda en la Resolución 446 del 4 de febrero de 2010, que era mucho menor a la tasa establecida en el contrato original de Ruta del Sol, Sector 2, del 11.3%, como lo testificaron el Gerente Financiero de la ANI, Emerson Duran, y el especialista asignado al contrato, Francisco Forero.

6.1.10 Aval de la interventoría

Aduce que la firma interventora consorcio Proyección Vial Puerto Salgar que realizaba el control desde el punto de vista jurídico, financiero, contable, y técnico, emitió concepto el 12 de diciembre de 2012 en el cual se estableció que el tramo sobre el cual se iban a realizar los estudios fase III, hacía parte del corredor vial concesionado, esto es el tramo Ocaña – Aguacalara – Gamarra - Puerto Capulco y por ende del sector objeto del contrato de concesión No. 001 de 2010.

Así mismo emitió concepto previo sobre el Otrosí No. 6, en el cual se manifiesta su acuerdo desde el punto de vista técnico, legal y financiero, de manera que se contó con su análisis y aprobación, considerado que juega un papel primordial en el desarrollo de los contratos de acuerdo con lo establecido en la Ley 1474 de 2011, pues sin su revisión y aprobación no se hubiesen podido suscribir.

6.1.11 Estudio de conveniencia y oportunidad

Indica que de acuerdo con el estudio de conveniencia y oportunidad del Otrosí No. 3, suscrito el 11 de julio de 2013, en cuya elaboración participaron los jurídicos y financieros y el equipo técnico compuesto por el grupo interno de trabajo de la Gerencia de Proyectos Carreteros 1, quien tenía a cargo la supervisión del Contrato 001 de 2010, se estableció que el tramo Ocaña – Aguacalara – Gamarra - Puerto Capulco hacía parte del corredor Puerto Salgar - San Roque, y estaba directamente relacionado desde el punto de vista técnico con el objeto del contrato de concesión No. 001 de 2010, esto es con el Sector Puerto Salgar – San Roque.

Al respecto precisa que uno de los siete (7) tramos del Sector 2 de la Ruta del Sol es aquel comprendido entre San Alberto – Aguachica en donde se encuentra la intersección denominada Aguacalara, la cual de acuerdo con el estudio de

conveniencia y oportunidad integra el corredor que proviene de Ocaña y el que deviene desde Gamarra, por lo cual es claro que, el trayecto Ocaña – Aguacilara – Gamarra – Puerto Capulco si hace parte del Corredor Vial Puerto Salgar – San Roque.

Respecto del Otrosí No. 6 Señala que el estudio elaborado el 13 de marzo de 2014, contiene la fundamentación y sustentación de la adición, en concordancia con los señalamientos jurídicos y técnicos que soportaron la adición del Otrosí No. 3 y que está directamente relacionada con este Otrosí.

6.1.12 Comité Asesor de Asuntos de Contratación.

Indica que en reunión de este comité llevada a cabo el 11 de julio de 2013, se estudió, discutió y recomendó la suscripción del Otrosí No. 3 a la concesión vial Ruta del Sol 2 (Ocaña – Gamarra), y se procedió a suscribir sin objeción, salvamento de voto y/o observaciones por cada uno de sus miembros la correspondiente acta a saber: Héctor Jaime Pinilla Vicepresidente Jurídico; Beatriz Eugenia Morales Vélez Vicepresidente de Estructuración; María Clara Garrido Vicepresidente Administrativa y Financiera; Camilo Mendoza Vicepresidente de Gestión Contractual; Wilmar Darío González Secretario Técnico; y Luis Fernando Andrade – Presidente de la ANI, indicando con ello que ANDRADE MORENO, no obraba de manera exclusiva o independiente para tomar decisiones de fondo y, adicionalmente, que la ANI contaba con un órgano especializado en asuntos contractuales y de carácter colectivo que aprobó la suscripción de este Otrosí.

Sobre el Otrosí No. 06 precisa que fue sometido a discusión del Comité Asesor de Asuntos Contractuales en el que se discutió, analizó y recomendó su suscripción; los miembros que participaron en dicha sesión y firmaron el acta No. 16; fueron: Héctor Jaime Pinilla-Vicepresidente Jurídico; Andres Figueredo Serpa – Vicepresidente de Gestión Contractual; Camilo Mendoza – Vicepresidente de Planeación Riesgos y Entorno; y Luis Fernando Andrade – Presidente de la ANI, sin que se hubieren realizado objeciones y/o salvamentos de voto a dicha aprobación.

6.1.13 Condiciones establecidas para la ejecutoria del Otrosí No. 06

Indica que en la cláusula décima tercera se consagraron una serie de condiciones las cuales de no presentarse resolverían el Otrosí sin consecuencia para las partes, requisitos que se constituyen en autorizaciones de los más altos niveles del gobierno nacional, es decir no era LUIS FERNANDO ANDRADE de manera exclusiva y excluyente quien decidía sobre la puesta en marcha de la adición, por el contrario dependía de diferentes decisiones, entre las cuales se encontraban; la autorización del CONFIS y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público para trasladar las vigencias del contrato de concesión No. 001 de 2010, programadas para los años 2024 y 2025, para los años 2016, 2017, y 2018; Autorización por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para adelantar la eventual compensación por la no objeción del VPIT – Valor Presente de Ingresos Totales- del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, en el año 2023; Autorización por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito



Público, para aprobar la eventual compensación por la no obtención del VIP 2023, VIP 2028 y VPIT adicional en los años 2023, 2028 y 2035; Autorización por parte del Ministerio de Transporte, para el aumento de las tarifas de las estaciones de peaje del contrato de concesión 001 de 2010 y expedición de la resolución correspondiente; y Autorización por parte del Ministerio de Transporte y expedición de la Resolución correspondiente para la ubicación, instalación y cobro de dos (2) nuevas estaciones de peajes en el corredor vial Transversal Río de Oro – Aguacalara- Gamarra.

Señala que las múltiples condiciones establecidas para la adición, y para su aprobación final no estaban supeditadas a la persona de LUIS FERNANDO ANDRADE, pues es claro que el Gobierno Nacional encontró ajustado a derecho el procedimiento legal para la firma del acto contractual.

6.1.14 Licitación privada para seleccionar el contratista que ejecutaría las obras de la Transversal Río de Oro – Aguacalara – Gamarra.

Al respecto señala que una vez suscrita el acta de inicio de la Transversal Río de Oro – Aguacalara – Gamarra, y de acuerdo con lo establecido en la cláusula tercera del Otrosí No. 6, el Concesionario debía dar inicio al proceso de licitación privada para seleccionar al contratista que adelantará las obras, y para ello, la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S contrato a la firma de abogados Arrieta, Mantilla & Asociados, con el fin de contar con la *“asesoría jurídica en la estructuración del proceso de licitación privada cuyo objeto es la selección del contratista EPC de las actividades contempladas en el Otrosí No. 3 al Contrato de Concesión 001 de 2010”*, precisando que en cumplimiento del Otrosí No. 3 y No. 6, el Concesionario Ruta del Sol S.A.S. procedió a adelantar el proceso de licitación privada.

6.1.15 La ANI actuó de manera diligente frente al actuar de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S.

Señala que durante el período 2012-2014 no había razón para que la ANI tuviera dudas con relación a la confianza legítima en la concesionaria, y en sus principales accionistas y una vez se conoció públicamente la investigación sobre potenciales actos de corrupción de Odebrecht en Brasil, la entidad actuó diligentemente para proteger los intereses del Estado Colombiano, consultando al Consejo de Estado con relación a las medidas preventivas que se podían adoptar, y en tal sentido las acciones fueron contundentes solicitando la nulidad ante el tribunal de arbitramento, que falló a favor de la petición de la ANI.

6.1.16 Respecto de la estructura interna de la ANI

Indica que la estructura de la ANI fue configurada a través del Decreto 4165 de 3 de noviembre 2011, de tal manera que las decisiones que se tomen sean previamente analizadas, discutidas y soportadas desde los puntos de vista técnico, jurídico y financiero, y cualquier decisión dirigida a la modificación de los contratos de concesión es transversal a la ANI, en la cual participan diferentes Vicepresidencias, Grupos Internos de Trabajo y profesionales.

Así mismo hizo alusión a las Resoluciones No. 223 de 9 de mayo de 2011 y No. 308 de 2013 de 27 de marzo de 2013, las cuales regulan el Comité Asesor de Contratación y sin cuya recomendación por parte de los miembros no se hubiesen suscrito los mencionados Otrosíes.

6.1.17 Respetto del análisis de responsabilidad disciplinaria

Respetto a las normas infringidas indica que LUIS FERNANDO ANDRADE no violó con la suscripción de los referidos otrosíes, las normas que fueron consideradas como infringidas, toda vez que de acuerdo con lo establecido en los estudios de conveniencia y oportunidad el tramo Ocaña – Aguacilara – Gamarra – Puerto Capulco hacia parte del Sector 2, y por ende de acuerdo con la Sentencia C - 300 de 2012 era procedente su adición a través de un Otrosí.

Se refiere al artículo 28 de la Ley 1150 de 2007, que estableció los presupuestos para realizar modificaciones a los contratos de concesión de obra pública, aplicable al contrato de concesión 001 de 2010 al tenor de lo expuesto en la sentencia antes referida, por lo señala que es esta la norma aplicable y no las reglas establecidas en el artículo 2 de la Ley 1150 de 2007.

Indica que no se encuentra debidamente probado, que su defendido hubiese vulnerado el principio de responsabilidad, pues de las pruebas aportadas se determina que sus actuaciones siempre se realizaron con apego a la ley con el propósito de cumplir los fines de la contratación estatal, por cuanto la suscripción de las adiciones estuvo precedida del concepto de la interventoría, y el respectivo estudio de conveniencia y oportunidad, y tampoco está probado que no hubiera protegido los intereses de la ANI sino los del Concesionario.

Referente a la Ilícitud sustancial precisa que no está demostrado que ANDRADE MORENO, hubiera vulnerado los principios de moralidad pública, y de responsabilidad de la función administrativa y de la contratación estatal, así como la vulneración de deberes funcionales encomendados, por el contrario su actuar siempre se observó y guió por el principio de moralidad administrativa contemplado en el artículo 209 de la Constitución Política de Colombia y el artículo 3º de la Ley 1437 de 2011, por cuanto siempre actuó con rectitud, lealtad y honestidad en beneficio de los intereses generales de la ANI y la Nación.

Y en cuanto al grado de culpabilidad, señala con relación al elemento de la imputabilidad, que el comportamiento de LUIS FERNANDO ANDRADE se gobernó conforme a dicha comprensión de licitud de los otrosíes, y que de ninguna manera determinó a sus colaboradores al interior de la ANI, ni accedió a las peticiones de ELEUBERTO MARTORELLI, y el objeto de las reuniones con BERNARDO MIGUEL ELÍAS no obedeció a dicho propósito.

Con relación al conocimiento de la situación típica, precisa que su defendido siempre actuó de conformidad con el marco legal aplicable, por lo que su conducta se ajustó a derecho, lo cual está demostrado con los trámites, autorizaciones, conceptos jurídicos y técnicos que se surtieron a fin de poder a su suscripción.

Y en cuanto al elemento de voluntariedad y de la conciencia de la antijuridicidad, indica que la intención y el ánimo estuvo dirigido no a favorecer al concesionario de manera presuntamente irregular, sino por el contrario a proteger los intereses de la ANI y a cumplir con el ordenamiento jurídico colombiano, y bajo esta perspectiva se suscribieron los Otrosíes, en este sentido, el elemento correspondiente al juicio de reproche también está ausente, en tanto que, LUIS FERNANDO ANDRADE bajo ninguna circunstancia decidió realizar de manera voluntaria una conducta típica y sustancialmente ilícita, pues el tramo adicionado si hacía parte del Sector 2 y en este sentido la adición realizada era permitida por el artículo 28 de la Ley 1150 de 2007 de acuerdo con la interpretación de la Corte Constitucional.

6.2. ARGUMENTOS PRESENTADOS POR LA DEFENSA DE ALEXANDRA LOZANO VERGARA

En el escrito de descargos³⁵, y en el escrito de alegatos de conclusión³⁶, presentados por la Doctora LISBETH STELLA IDROBO CARVAJAL, defensora de la investigada se presentaron argumentos que se sintetizan de la siguiente manera:

6.2.1 Respecto del archivo a favor de otros investigados

Cuestiona que se hubiera archivado la investigación al Vicepresidente Jurídico, quien en ejercicio de sus funciones y de su calidad de miembro del Comité Asesor de Contratación recomendó la firma de los Otrosíes y al mismo tiempo se le acuse a ella que tenía una función de asesora.

Resalta que todos los documentos suscritos o con su visto bueno sobre los que se endilga responsabilidad por aspectos técnicos y financieros, se compromete la responsabilidad de otros funcionarios que la acompañaron en su suscripción.

6.2.2 Concepto emitido por ALEXANDRA LOZANO VERGARA

Refiere que el Vicepresidente de Gestión Contractual Camilo Mendoza solicitó al Vicepresidente Jurídico HÉCTOR JAIME PINILLA que emitiera un concepto, quien la designó para que ella lo emitiera, en virtud de lo cual emitió un concepto y dio su visto bueno, lo que demuestra que el concepto fue rendido por la Vicepresidencia Jurídica, y no como se ha querido presentar de manera aislada e inconsulta por parte de ALEXANDRA LOZANO.

Precisa que el concepto se sujetó a lo que en su momento expresó la Corte Constitucional en Sentencia C-300 de 2012, y también fue consecuente con lo que posteriormente señaló el Consejo de Estado sobre la citada Sentencia, resaltando que aun cuando la disciplinada no estaba sujeta al concepto del Consejo de Estado porque se emitió meses después de la solicitud, es coherente y coincide en un todo con aquel, concluyendo en el mismo sentido que la correlación de las obras

³⁵ Cfr. Folios 216 – 217 Cuaderno principal 18.

³⁶ Cfr. Folios 1102 - 1212 Cuaderno principal 22.

Expediente: IUS E - 2017 - 19229 / IUC D-2017-651-927370
Fallo de primera instancia sancionatorio.

adicionadas con el objeto contratado es un asunto que debe ser analizado técnicamente.

6.2.3 Determinación técnica, respecto de si el objeto de los Otrosíes, hacia o no parte del sector, y el contenido del concepto emitido.

Señala que es errado considerar que la determinación respecto de si el objeto de los Otrosíes hacia parte o no del "Sector" en los términos del contrato, es un aspecto de contenido jurídico, cuando claramente no lo es porque se trata de un aspecto técnico que se dejó plasmado como un condicionante en el concepto en el cual se indicó:

*"Lo anterior implica, como se ha manifestado, que el Sector al que se refiere el alcance del objeto contractual permite actividades adicionales a las inicialmente contempladas, **siempre que técnicamente se trate de obras directamente relacionadas con el objeto concesionado**, en este caso el Sector", disposición que guarda total relación con los términos del Artículo 28 de la Ley 1150 de 2007, sobre la prórroga o adición de las concesiones de obra pública"*

*(...) "Siguiendo las reglas del Contrato de Concesión No. 001 de 2010 y los preceptos y argumentos contenidos en la Sentencia C-300 de 2012, se concluye que es procedente la adición del Contrato de Concesión, proyecto vial Ruta del Sol Sector 2, para que el Concesionario ejecute obras de rehabilitación y mejoramiento y posterior operación y mantenimiento del trayecto Ocaña-Aguas Claras-Gamarra-Puerto Capulco, **siempre que técnicamente se trate de obras directamente relacionadas con el objeto concesionado**, en este caso el "Sector" esto es el trayecto comprendido entre Puerto Salgar y San Roque cuyas especificaciones de identificación y referencia se detallan en el Apéndice Técnico del Contrato de Concesión".*

6.2.4 Posibilidad de realizar adiciones contractuales al contrato de concesión

Señala que si bien es cierto el concurso de méritos, como la licitación pública son la regla general para adelantar la contratación, también es cierto que la contratación estatal prevé la posibilidad de realizar adiciones contractuales siempre que se cumpla con las condiciones técnicas, financieras y legales para ello, como se hizo en el presente caso, de todo lo cual dan cuenta el concepto de la interventoría, el concepto de la disciplinada, la recomendación realizada por el Comité Asesor de Asuntos Contractuales y la posterior expedición de CONFIS y CONPES, que finalmente hicieron posible que los Otrosíes 3 y 6 pudieran ser elaborados, suscritos y produjeran efectos jurídicos.

6.2.5 De la labor realizada por la interventoría

Refiere que la verificación fue realizada por la Interventoría al afirmar en su concepto que *"una vez establecido que el tramo respecto del cual se van a realizar los estudios fase III hace parte del concepto de corredor vial para efectos del contrato de concesión, es procedente realizar la adición"* esta afirmación podía ser realizada por la Interventoría porque se trata de una interventoría integral que incluye los componentes técnico, financiero, contable, jurídico, medioambiental, socio-predial, administrativo, de seguros, operativo y de mantenimiento, y también por el supervisor del contrato y el Gerente Técnico que



tenían a cargo el Contrato de Concesión, al momento de elaborar el estudio de conveniencia y oportunidad.

6.2.6 Revisión jurídica en el estudio de conveniencia y oportunidad y en el Otrosí.

Indica que el estudio de conveniencia y oportunidad del Otrosí No. 03 de fecha 11 de julio de 2013, no solo tiene la firma de ALEXANDRA LOZANO, además cuenta con las firmas y/o vistos buenos de: CAMILO MENDOZA ROZO Vicepresidente de Gestión Contractual, JOSE ANDRÉS TORRES Gerente Carretero 1, a quien se le archivó, MARCELO ENRIQUE CANO, Apoyo Supervisión a quien se le archivó, y DAVID MONTAÑO Asesor Jurídico, aunque el soporte respecto de la pertenencia al “Sector” de las obras adicionales, es emitido por las áreas encargadas del tema técnico como corresponde por tratarse de un tema de índole técnico y no jurídico, esto es Supervisión y Gerencia Técnica de modo Carretero.

Aduce que este documento tiene como finalidad exponer las condiciones de formación y trámite para que el Comité Asesor de Asuntos Contractuales pueda aprobar, si lo considera procedente la suscripción del Otrosí, es decir que el mismo no tiene fuerza vinculante, ni valor legal, para reprochar sobre esto la violación del principio de transparencia.

Indica que el Otrosí tiene firmas y cuenta con vistos buenos de: CAMILO MENDOZA ROZO Vicepresidente de Gestión Contractual, ALEXANDRA LOZANO VERGARA Gerente Gestión Contractual 2, JOSE ANDRÉS TORRES, Gerente Carretero 1, a quien se archivó, DAVID MONTAÑO Asesor Jurídico y MÓNICA ADARME Asesora Jurídica, a quien se archivó.

Respecto del visto bueno de revisión jurídica al estudio de conveniencia del Otrosí No. 06 señala que tiene firmas y vistos buenos de las siguientes personas: Componente Técnico ANDRÉS FIGUEREDO SERPA Vicepresidente de Gestión Contractual, YASMINA CORRALES, Supervisora, a quien se archivó, DANIEL TENJO Gerente Carretero 1 a quien se archivó; Componente Jurídico DAVID MONTAÑO Asesor Jurídico ALEXANDRA LOZANO Gerente Gestión Contractual 2; Componente Financiero FRANCISCO FORERO Asesor Financiero, y EMERSON DURAN Gerente Financiero, a quien se les archivó; Componente Socioambiental MARTHA CÓRDOBA Experto, FERNANDO IREGUI Gerente Ambiental, quienes no fueron investigados; Componente Predial ANDREA AMAYA Experto, y EDGAR CHACÓN Gerente Predial, no fueron investigados; Componente Riesgos JORGE HUERTAS Experto, no fue investigado y MAURICIO CASTRO Gerente De Riesgos a quien se archivó, manteniendo solo la investigación frente al Vicepresidente de Gestión Contractual, el experto jurídico y la Gerente de Gestión Contractual 2, aunque en este documento particular es muy evidente que cada profesional tenía una función diferenciada.

En cuanto al visto bueno de revisión jurídica al Otrosí No. 6 de 14 de marzo de 2014 tiene firmas y vistos buenos de: YASMINA CORRALES Supervisora, FRANCISCO JAVIER FORERO Asesor Financiero, DANIEL TENJO Gerente Carretero,

EMERSON DURÁN Gerente Financiero, MAURICIO CASTRO Gerente de Riesgos, a quienes se les archivó y de ALEXANDRA LOZANO Gerente Gestión Contractual 2, ANDRÉS FIGUEREDO Vicepresidente Gestión Contractual y DAVID MONTAÑO Asesor Jurídico. Resalta que, aunque el contenido técnico y financiero es fundamental, solo se formularon cargos a estos tres últimos desconociendo la estructura diferenciada y distribuida por áreas de conocimiento de la ANI, prevista en el Decreto 4165 de 2011.

Precisa que el visto bueno no constituye la única revisión jurídica para la firma, ni la primera, ni la última, ni existe una suerte de determinismo o responsabilidad única respecto de la opinión que exprese la Gerente de Gestión Contractual 2 frente al grupo de contratos que asesora en virtud de sus funciones, máxime cuando existe un Interventor contratado especialmente para el contrato, un supervisor y gerentes por cada una de las áreas que integran el contrato, esto es técnicos, financieros, prediales, etc.

6.2.7 Recomendación del Comité Asesor de Asuntos Contractuales

Señala que para el momento de la suscripción del Otrosí 3 entre los vicepresidentes que hacían parte del comité que recomendó sin objeción alguna, su suscripción se encontraba el Vicepresidente Jurídico de la Agencia HÉCTOR JAIME PINILLA, a quien la Procuraduría resolvió archivar en el presente proceso.

Señala que de la lectura del acta 26 de 11 de julio de 2013 que precedió al Otrosí 3, consta que el comité recomendó su suscripción, sin formular objeción frente al concepto emitido por LOZANO VERGARA y que hizo parte de los antecedentes, estudios previos, y soportes.

Indica que la suscripción del Otrosí 6 estuvo precedida de la celebración del Comité Asesor de Asuntos Contractuales en el que participó activa, consciente y voluntariamente el Vicepresidente Jurídico HÉCTOR JAIME PINILLA, quien recomendó la suscripción del citado Otrosí, sin formular objeción algún tipo, como consta en el Acta 16 de 13 de marzo de 2014.

6.2.8 No hizo parte del “engranaje jurídico que puso en funcionamiento el presidente de la Agencia Nacional de Infraestructura”.

Rechaza la manifestación de la Procuraduría, en cuanto su actuación no obedeció a un “engranaje jurídico” sino al cumplimiento de sus deberes como funcionaria pública dentro de la estructura de la Agencia, de la que hacía parte el Doctor HÉCTOR PINILLA quien como miembro del Comité de Contratación recomendó la suscripción de los Otrosíes 3 y 6, y también por el concepto de la interventoría que tenía un componente jurídico.

6.2.9 Estructura de la ANI, y regulación del procedimiento

Hizo alusión a la Resolución 308 de 2013 “Por la cual se adopta el Manual de Contratación de la Agencia Nacional de Infraestructura y se dictan otras disposiciones” sobre el trámite de las



modificaciones contractuales y la conformación y funciones del Comité de Asuntos Contractuales de la ANI, para determinar las funciones que le correspondían a cada uno dentro del proceso, así como la participación de la interventoría.

Señala que existía un procedimiento reglado, con participación de la interventoría, de diferentes áreas y dependencias de la ANI con funciones, competencias laborales y experticias en diferentes áreas del conocimiento y finalmente el trámite de presentación, discusión y recomendación de la firma de cada uno de los Otrosíes por el Comité Asesor de Asuntos Contractuales de la ANI, lo cual se encuentra fundamentado en la Ley 80 de 1993, Ley 1474 de 2011 y Decreto Ley 4165 de 2011, y de manera particular en el contrato de Interventoría SEA-016 de 2012 y Manual de Funciones y Manual de Contratación de la ANI -Resolución 308 de 2013.

6.2.10 Respecto del análisis de responsabilidad disciplinaria

Sobre las normas infringidas aduce que la Procuraduría confunde las causales de contratación directa con las modificaciones contractuales al afirmar que el Presidente de la ANI omitió la celebración de un concurso de méritos en el Otrosí 3 y de una Licitación Pública en el Otrosí 6, calificándola como una contratación directa, lo cual considera errado, toda vez que la Ley 1150 de 2007 regula de manera independiente la contratación directa, además que en su artículo 28 regulaba de manera especial las condiciones para la modificación de los contratos de concesión, por lo cual no hay soporte para aplicar las normas generales de selección de contratista e *inaplicar* el Artículo 28 de la Ley 1150 de 2007, que era aplicable ante la solicitud de modificación de un contrato de concesión.

Respecto del Decreto 734 de 2012, vigente para cuando suscribió el Otrosí No. 3 del 15 de julio de 2013, que hace alusión a las modalidades de selección, señala que el hecho que la norma señale los mecanismos de selección de contratistas no deja sin efecto la posibilidad que establece también la normatividad para que se adicionen los contratos estatales.

Tampoco se desconoció el principio de selección objetiva, previsto en el numeral 5 de la Ley 1150 de 2007 pues si bien la regla general para la escogencia del contratista se debe realizar mediante proceso de licitación pública o concurso de méritos, no es posible señalar que se trató de una forma de contratación directa, pues la adición de los contratos no es una contratación directa, ni debe cumplir con las causales de contratación directa, es una modificación contractual, admitida en el artículo 28 de la Ley 1150 de 2007. En cuanto al principio de responsabilidad, el aval jurídico no fue exclusivo de la Gerencia de Gestión Contractual 2, ni el concepto emitido justificó no haber acudido a un proceso de selección objetiva del contratista.

Referente a la ilicitud sustancial, precisa que el despacho no se ocupó de señalar porque ataca la honestidad, rectitud y lealtad de la actuación de la investigada, al igual que lo que sucede con el principio de responsabilidad, frente a lo cual indica que no fue irresponsable en materia de contratación estatal puesto que los Otrosíes 3 y 6 no son una modalidad de contratación directa, sino una modificación contractual.

Y en cuanto atañe a la culpabilidad, señala que se basa en afirmaciones temerarias que les otorgan más valor probatorio a las declaraciones de un testigo sospechoso que a las pruebas documentales que obran en el expediente.

No es cierto que el concepto jurídico se hubiera emitido atendiendo instrucciones de LUIS FERNANDO ANDRADE, por el contrario, la emisión del concepto jurídico estuvo motivada en la consulta realizada en su oportunidad por el Vicepresidente de Gestión Contractual al Vicepresidente Jurídico.

Refiere que lo señalado por el testigo JUAN SEBASTIAN CORREA no compromete a la disciplinada ALEXANDRA LOZANO VERGARA.

6.3. ARGUMENTOS PRESENTADOS POR LA DEFENSA DE CAMILO MENDOZA ROZO

En el escrito de descargos³⁷, y en el escrito de alegatos de conclusión³⁸, presentados por el Doctor GUSTAVO QUINTERO NAVAS defensor del investigado se presentaron argumentos que se sintetizan de la siguiente manera, respecto del cargo único que le fue endilgado.

6.3.1 Naturaleza del cargo que ocupaba como Vicepresidente de Gestión contractual en la ANI.

Señala que existían grupos internos de trabajo que tenían asignadas funciones de acuerdo con su área de conocimiento, para el caso la Vicepresidencia de Gestión Contractual, destacando que el propósito principal que le asistía en desarrollo de su cargo como Vicepresidente era dirigir la formulación y la ejecución de la infraestructura concesionada, partiendo del trabajo de los distintos Grupos Internos de Trabajo, formados con profesionales expertos en diferentes disciplinas y, articulados con el resto de las Vicepresidencias de la ANI y sus respectivas Gerencias Funcionales a cargo de áreas tales como, jurídica, contractual, predios, ambiental, social, riesgos, administrativo y financiero entre otras.

Concluye que el análisis de viabilidad legal no se encontraba a cargo de la Vicepresidencia de Gestión Contractual, y que, conforme a la organización interna de la ANI, estos estudios fueron elaborados y suscritos por personal de diversas Vicepresidencias, como la Jurídica por ser parte de sus funciones, por lo cual no se puede endilgar la responsabilidad exclusivamente al disciplinado como Vicepresidente de Gestión Contractual.

³⁷ Cfr. Folios 220 – 221 Cuaderno principal 18.

³⁸ Cfr. Folios 1242 - 1273 Cuaderno principal 22.

Expediente: IUS E - 2017 - 19229 / IUC D-2017-651-927370
Fallo de primera instancia sancionatorio.



6.3.2 Los Otrosíes No. 3 y 6 estaban relacionados con el objeto concesionado y con el sector 2, esto es, "Puerto Salgar - San Roque".

Precisa que en lo que se refiere al Otrosí 3, el único antecedente jurisprudencial vigente para la época en que se adelantaron los temas previos a la suscripción de esa modificación e incluso para su firma, esto es, el 13 de julio de 2013, era la Sentencia C- 300 de 2012 de la Corte Constitucional.

Por lo anterior, considera como irresponsable e irrazonable que el escrito de cargos, en parte, motive su imputación en el pronunciamiento del Consejo de Estado del 9 de agosto de 2013, como quiera que fue posterior a los actos que se reprochan como ilegales.

Aduce que si el Despacho insiste arbitrariamente en la aplicación de este concepto se debe puntualizar lo siguiente:

"(...) La Sala considera pertinente profundizar sobre un concepto que no fue desarrollado por la Corte Constitucional en la sentencia citada, que es el de "corredor vial", asunto que, a juicio de la Sala resulta importante para los fines de esta consulta, ya que el artículo 28 de la ley 1150 de 2007 dispone, respecto de las concesiones viales, que las prórrogas y adiciones al contrato deben referirse al mismo "corredor vial".

(...) En las concesiones de tercera generación se incluye el concepto de corredor vial, que hace mención a la creación de una serie de vías que permitan la comunicación entre los centros de producción, consumo, distribución y/o comercialización, mejorando de esta forma la productividad y competitividad de las mallas viales nacionales y los índices de exportación del país.

En esa medida, la Sala entiende que la expresión "corredor vial" puede referirse, ya sea a una franja de terreno que corre paralela a una vía pública (a lado y lado), o bien a una red de carreteras, vías urbanas e interurbanas y otros elementos de infraestructura (puentes, túneles etc.) debidamente interconectados para permitir el transporte de personas y cosas entre dos puntos geográficos, con un determinado objetivo económico o social (integrar una región, conectar un centro de consumo o de abastecimiento con un puerto etc.). Este último concepto fue el acogido para efectos de la presente consulta, (regular el desarrollo urbano en las áreas colindantes a las vías públicas).

Destaca que, aun cuando esta tesis no es aplicable al reproche, el concepto en mención se emitió con el propósito de, expresamente, determinar el alcance del artículo 28 de la Ley 1150 de 2007, así mismo que según este pronunciamiento el concepto de "corredor vial" debe entenderse desde una óptica amplia pues no basta simplemente con la definición básica y literal que se sugiere en los cargos, al entender un corredor vial como una carretera por medio de la cual se conectan dos puntos determinados, por el contrario esta noción, de manera global, incluye el hecho de que la comunicación de estos puntos (a y b), debe promover la productividad y competitividad del país, conectando los centros de producción, consumo, distribución y/o comercialización, por lo que en consecuencia, las modificaciones a los contratos son necesarias para que el servicio que se presta sea de la mejor calidad, en virtud del principio de la buena fe contractual y en general, de la cláusula de progreso.

Trajo a colación los testimonios de MONICA ADARME, DANIEL TENJO, JOSE ANDRES TORRES, y MIGUEL BETTÍN, representante de la interventoría, respecto de las concesiones de tercera generación, en las que se incluye el concepto de corredor vial que hace mención a la creación de una serie de vías, y no simplemente una vía origen – destino, sino una serie de vías que permiten la comunicación entre centros de producción, consumo, distribución, comercialización, cuyo fin consiste en permitir el transporte de personas que alimente la vía principal, que coadyuve al cumplimiento del objetivo, como es permitir el transporte de personas y cosas entre dos puntos geográficos, con un determinado objetivo económico o social (integrar una región, conectar un centro de consumo o de abastecimiento con un puerto etc.), además de ser un acceso prioritario para desarrollo logístico intermodal del Río Magdalena que garantizó el transporte de carga de productos agrícolas, ganaderos y mineros hacía los puertos de la Costa Atlántica y zonas de frontera, y quienes además refirieron que el concepto de corredor vial desarrollado en el Sector 2 del proyecto Ruta del Sol no es el único existente en el país, como el caso del proyecto Santa Marta Riohacha - Paraguachón al que se le adicionó el tramo Maicao-Carraipia-Paradero.

6.3.3 Sentencia C – 300 de 2012

Luego de citar apartes de la sentencia, aduce que la Corte reconoce que en virtud de la amplitud del objeto de un contrato de esta naturaleza este no puede ser limitado, así pues, sostiene que es posible adicionar obras que se consideren necesarias para su debida ejecución de la obra principal, que permita cumplir la finalidad de la concesión y con ello, sea debidamente aprovechada.

6.3.4 El corredor vial se encontraba priorizado en diferentes CONPES

Precisa que el documento CONPES 3547 del 2008 identificó 14 corredores logísticos funcionales en los que se distribuye la producción nacional, entre ellos, corredores de Bogotá – Barranquilla y Montería – Venezuela, trayectos dentro de los cuales se encuentra la Ruta del Sol 2 y la Transversal “Río de Oro – Aguachica – Gamarra”. La conexión de este corredor con la Ruta del Sol 2, representó una estrategia logística de perspectiva macro que atendió a los lineamientos gubernamentales en materia de este tipo de infraestructura especializada, situación que se refleja en el documento CONPES 3571 desde el año 2009, el cual declaró de importancia estratégica el proyecto vial Autopista Ruta del Sol, buscando generar interconectividad con el Río Magdalena a través del desarrollo de ramales viales que propicien la intermodalidad.

Aunado a lo anterior, el CONPES 3817 de octubre de 21 de 2013 denominado “*modificación al documento CONPES 3571 “importancia estratégica del proyecto vial autopista ruta del sol, tramo 2”*”, destacó los beneficios económicos derivados de la realización del proyecto, en la medida que permitía el mayor flujo desde y hacia los puertos del transporte de carga pesada, además de una menor congestión de las vías que se encuentran en el área de influencia del proyecto.



6.3.5 Otrosí No 3 del 15 de julio de 2013

Precisa respecto de la suscripción del Otrosí 3 que no le correspondía efectuar el denominado análisis de viabilidad, su competencia se limitaba a dirigir y coordinar el cumplimiento del procedimiento previsto para la realización de adicionales y que, en efecto, se contara con los conceptos necesarios para elaborar a partir de estos el estudio de oportunidad y conveniencia, para posteriormente, presentarlo al comité de contratos y, la consecuente aprobación del Presidente de la ANI, en donde cada uno de los responsables debía exponer los motivos de su postura.

6.3.6 Concepto de interventoría

Manifiesta que el proyecto contaba con un contrato de interventoría integral desde el 30 de enero de 2012, suscrito entre la ANI y el Consorcio Proyección Vial Puerto Salgar, conformada por las firmas Servicios de Ingeniería y Construcción LTDA-SERVIC y R&Q Sociedad comercial chilena, la cual el 12 de diciembre de 2012, certificó la viabilidad técnica, financiera y legal sobre la elaboración de los estudios y diseños Fase III del tramo Ocaña- Aguas claras Gamarra- Puerto Capulco.

6.3.7 Concepto emitido por ALEXANDRA LOZANO, el 21 de enero de 2013

Señala que la Gerente de Gestión Contractual, ALEXANDRA LOZANO el 21 de enero de 2013, a solicitud de CAMILO MENDOZA ROZO, emitió concepto jurídico al respecto, con el fin de establecer si legalmente, era o no factible realizar la modificación. Al respecto, se sostuvo, que la adición sería viable siempre que técnicamente se tratara de obras directamente relacionadas al objeto concesionado tal como lo estipula el artículo 28 de la Ley 1150 de 2007.

6.3.8 Comité Asesor de Asuntos Contractuales

Se refiere a la sesión ordinaria del 11 de julio del 2013 a la que asistieron los señores LUIS FERNANDO ANDRADE MORENO; BEATRIZ EUGENIA MORALES, CAMILO MENDOZA ROZO y HÉCTOR JAIME PINILLA, como Presidente y Vicepresidentes respectivamente, así como MARÍA CLARA GARRIDO, Vicepresidente Administrativa y Financiera y WILMAR DARÍO GONZÁLEZ; Secretario Técnico, ANDRÉS TORRES; Ingeniero de la ANI y, MARGARITA MONTILLA, Gerente de Gestión Contractual 1 y, finalmente, ALEXANDRA LOZANO, Gerente Jurídica de Gestión Contractual 2.

En dicho Comité la Gerente de Gestión Contractual 1 de la Vicepresidencia Jurídica reiteró las razones ya contempladas en el concepto jurídico que también sirvió de sustento a la aprobación del Otrosí 3, y el comité recomendó seguir adelante con la modificación y se aceptó que el procedimiento adecuado para llevar a cabo la selección del contratista después de la aprobación de estos estudios estaría a cargo del Concesionario tal y como lo prevé la Cláusula 13-01 del Contrato de Concesión 001 de 2010.

6.3.9 Certificación de debida diligencia del 29 de diciembre de 2012

Señala que esta certificación fue emitida en cumplimiento de la Resolución 959 del 30 de agosto de 2013 *"por medio de la cual se adopta la Bitácora de proyecto como metodología de trazabilidad de los procesos de estructuración y celebración de contratos, así como para la suscripción de modificaciones contractuales de la Agencia"*. Disposición emitida en cumplimiento del numeral 3.5. del Título III del Manual de contratación de la ANI, según la cual se debe presentar la trazabilidad del proceso de estructuración incluyendo todo evento que determine o incida en las condiciones finales de la contratación, y que se adelantó con todos los adicionales que, en su momento, el investigado tuvo a cargo, no específicamente con el adicional que se censura, y que lo mismo ocurrió con el visto bueno dado al Otrosí 3 del 15 de julio de 2013 en el entendido que, es la consecuencia lógica luego de haber emitido un estudio de conveniencia y oportunidad favorable.

6.3.10 Respetto del análisis de la responsabilidad disciplinaria

En cuanto a las normas consideradas infringidas, señala que la contratación directa constituye uno de los modos previstos por la ley para la escogencia de los contratistas, sin que una contratación de este tipo contraría lo preceptuado respecto de la selección objetiva del contratista, y para el caso conforme a los argumentos expuestos se establece que la oferta presentada por el concesionario era la más favorable a los intereses no solo del proyecto sino también de los usuarios de la vía, sumado al hecho de que el tramo en cuestión sí hacía parte del denominado Sector.

Conforme a la violación de los principios en los términos que se indica que en pliego de cargos señala que no se indican las razones por las que presuntamente, el disciplinado habría incurrido en cada una de esas descripciones, recordando que la responsabilidad recaía en un cuerpo colegiado.

Además, no se demostró objetivamente de qué forma el investigado desconoció los deberes contenidos en el numeral 1 del artículo 34 de la Ley 734 de 2002 por cuanto no se señaló cual habría sido el deber incumplido.

Hace alusión al principio de economía contenido en el artículo 25 de la Ley 80 de 1993, para señalar que con ocasión de este los trámites se adelantarán con austeridad de tiempo, medios y gastos y se impedirán las dilaciones y los retardos en la ejecución del contrato.

Respetto de la ilicitud sustancial precisa que el investigado actuó con rectitud y lealtad dentro del marco de sus funciones, y no se advierte como tal conducta atentaría contra los derechos fundamentales de los administrados, además que de las pruebas recaudadas se puede evidenciar que la adición de la ruta cuestionada buscaba el desarrollo económico y social de la región, por lo que estaba acorde a los fines estatales.



Adicionalmente no se evidenció la transgresión a los principios cuestionados, esto es, moralidad y responsabilidad, toda vez que el actuar de CAMILO MENDOZA ROZO se enmarcó en la normatividad vigente en las funciones a su cargo asignadas para la época y adicionalmente contó con el estudio y aval de diferentes instancias que establecieron que la adición que se efectuaría estaba acorde al ordenamiento jurídico.

Considera que la imputación a título de dolo es irresponsable, pues el pliego de cargos supone la existencia de dolo por presuntamente haber seguido instrucciones de LUIS FERNANDO ANDRADE, sin que se haya mencionado en que medio de prueba se encuentran las supuestas instrucciones o la voluntad consciente del disciplinado, además que se omite evaluar adecuadamente los elementos del dolo, sin realizar el mínimo análisis del elemento de voluntad.

6.3.11 Defecto técnico que se desprende del cargo único formulado, por incumplimiento de lo preceptuado en el artículo 163 y el artículo 43 de la ley 734 de 2002.

Aduce que del pliego de cargos se desprende una deficiencia técnica derivada del incumplimiento del requisito contenido en el numeral 6° del artículo 163 de la Ley 734 de 2002, al no contener la exposición fundada de los criterios tenidos en cuenta para determinar la gravedad o levedad de la falta, de conformidad con lo señalado en el artículo 43 de este código, al no haberse establecido ninguno de estos para establecer el grado de culpabilidad de la supuesta falta cometida.

6.4. ARGUMENTOS PRESENTADOS POR LA DEFENSA DE ANDRES FIGUEREDO SERPA

En el escrito de descargos³⁹, y en el escrito de alegatos de conclusión⁴⁰, presentados por el Doctor GUSTAVO QUINTERO NAVAS, defensor del investigado, se presentaron argumentos de defensa que se sintetizan de la siguiente manera, respecto del cargo único que le fue endilgado.

6.4.1 Respetto de la estructura de la ANI y naturaleza del cargo que ocupaba como Vicepresidente de Gestión Contractual en la ANI.

Aduce que al interior de la ANI existían grupos internos de trabajo que tenían asignadas funciones de acuerdo con su área de conocimiento, para el caso la Vicepresidencia de Gestión Contractual, destacando que el propósito principal que le asistía en desarrollo de su cargo como Vicepresidente era dirigir la formulación y la ejecución de la infraestructura concesionada, partiendo del trabajo de los distintos Grupos Internos de Trabajo, formados con profesionales expertos en diferentes

³⁹ Cfr. Folios 218 – 219 Cuaderno principal 18.

⁴⁰ Cfr. Folios 1113 - 1241 Cuaderno principal 22.

Expediente: IUS E - 2017 - 19229 / IUC D-2017-651-927370

Fallo de primera instancia sancionatorio.

disciplinas y, articulados con el resto de las Vicepresidencias de la ANI y sus respectivas Gerencias Funcionales a cargo de áreas tales como, jurídica, contractual, predios, ambiental, social, riesgos, administrativo y financiero entre otras, disciplinas que para la fecha de suscripción del Otrosí 06 del 2014, no estaban a su cargo, las cuales eran necesarias para determinar puntos clave a la hora de adelantar un estudio de conveniencia, en lo que, a temas jurídicos, técnicos y financieros se refiere.

Así las cosas, si bien era su responsabilidad formular el estudio de conveniencia ello se adelantaba articulando no solo su equipo de trabajo sino el de las demás vicepresidencias, entre ellas la jurídica, que aportaron su debido pronunciamiento para que a partir de ello se elaborara el respectivo documento.

Hace alusión a la conformación de los grupos de regularización conformados por personal multidisciplinario de diversas vicepresidencias, lo que demuestra que no solo intercedió y/o rindió un aval el señor ANDRES FIGUEREDO como Vicepresidente de Gestión Contractual.

6.4.2 El tramo adicionado con el Otrosí No 6 estaba relacionado con el objeto concesionado y con el sector 2 esto es, “Puerto salgar - San Roque”

Trae a colación, apartes de la Sentencia C - 300 de 2012, resaltando que no existe norma legal o técnica que defina, delimite o determine expresamente el alcance del concepto “*corredor vial*”, frente a lo cual se pronunció el Consejo de Estado a través del Concepto 2149 de 2013 precisando que este concepto se emitió con el propósito de determinar el alcance del artículo 28 de la Ley 1150 de 2007, disposición que sirvió de sustento al concepto jurídico rendido por ALEXANDRA LOZANO.

Precisa que el concepto de “*corredor vial*” debe entenderse desde una óptica amplia, pues no basta simplemente con la definición básica y literal que se sugiere en los cargos, al entender un corredor vial como una carretera por medio de la cual se conectan dos puntos determinados, por el contrario a su juicio esta noción, de manera global, incluye el hecho de que la comunicación de estos puntos (a y b), debe promover la productividad y competitividad del país, conectando los centros de producción, consumo, distribución y/o comercialización, por lo que en consecuencia, las modificaciones a los contratos son necesarias para que el servicio que se presta sea de la mejor calidad, en virtud del principio de la buena fe contractual y en general, de la cláusula de progreso.

Resalta que el tramo adicionado mediante el Otrosí No. 6 sí obedecía a una obra accesoria necesaria para el adecuado, continuo y eficiente funcionamiento del Sector 2 objeto del Contrato de Concesión No. 001 de 2010.

En este punto, hace alusión a las declaraciones de MONICA ADARME, DANIEL TENJO, JOSE ANDRES TORRES, y MIGUEL BETTÍN, representante de la interventoría, respecto de las concesiones de tercera generación, en las que se incluye el concepto de corredor vial que hace mención a la creación de una serie de vías, y no simplemente una vía origen – destino, sino una serie de vías que permiten

la comunicación entre centros de producción, consumo, distribución, comercialización, cuyo fin consiste en permitir el transporte de personas que alimente la vía principal, que coadyuve al cumplimiento del objetivo, como es permitir el transporte de personas y cosas entre dos puntos geográficos, con un determinado objetivo económico o social (integrar una región, conectar un centro de consumo o de abastecimiento con un puerto etc.), además de ser un acceso prioritario para desarrollo logístico intermodal del Río Magdalena que garantizó el transporte de carga de productos agrícolas, ganaderos y mineros hacia los puertos de la Costa Atlántica y zonas de frontera, y quienes además refirieron que el concepto de corredor vial desarrollado en el Sector 2 del proyecto Ruta del Sol no es el único existente en el país, como el caso del proyecto Santa Marta Riohacha - Paraguachón al que se le adicionó el tramo Maicao-Carraipía-Paradero.

Trae a colación lo previsto en el artículo 8 de la Ley 1682 de 2013, en lo que al concepto de corredor vial se refiere, que incorpora, del mismo modo que lo hizo el Consejo de Estado en su concepto, los parámetros, como principios para el diseño y el desarrollo de infraestructura de transporte, refiriéndose en particular a la conectividad y a la eficiencia.

6.4.3 El corredor vial se encontraba priorizado en diferentes CONPES.

Precisa que el documento CONPES 3547 del 2008 identificó 14 corredores logísticos funcionales en los que se distribuye la producción nacional, entre ellos, corredores de Bogotá – Barranquilla y Montería – Venezuela, trayectos dentro de los cuales se encuentra la Ruta del Sol 2 y la Transversal “Río de Oro – Aguachica – Gamarra”. La conexión de este corredor con la Ruta del Sol 2, representó una estrategia logística de perspectiva macro que atendió a los lineamientos gubernamentales en materia de este tipo de infraestructura especializada, situación que se refleja en el documento CONPES 3571 desde el año 2009, el cual declaró de importancia estratégica el proyecto vial Autopista Ruta del Sol, buscando generar interconectividad con el Río Magdalena a través del desarrollo de ramales viales que propicien la intermodalidad.

Aunado a lo anterior, el CONPES 3817 de octubre de 21 de 2013 denominado *“modificación al documento CONPES 3571 “importancia estratégica del proyecto vial autopista ruta del sol, tramo 2”*, destacó los beneficios económicos derivados de la realización del proyecto, en la medida que permitía el mayor flujo desde y hacia los puertos del transporte de carga pesada, además de una menor congestión de las vías que se encuentran en el área de influencia del proyecto.

6.4.4 Suscripción del Otrosí No. 6 del 14 de marzo de 2014

Señala que su suscripción se dio en desarrollo de lo pactado en el Otrosí 03 del 2013, y para la fecha en que ANDRES FIGUEREDO asumió como Vicepresidente de Gestión Contractual ya había sido avalado por las partes con la firma del mencionado Otrosí 03, previo concepto favorable de la interventoría y del Comité Asesor, por lo cual se continuó con el trámite del adicional 06 que tuvo como objeto adicionar el contrato de Concesión No 001 de 2010, es decir que con este último se llevaría a

cabo la ejecución de las obras producto de los estudios, diseños, estructuración, técnica, jurídica y financieras contratadas con el primer Otrosí.

Además, existieron una serie de condiciones financieras estipuladas en el Otrosí No. 6, so pena de que fuera resuelto en caso de que las mismas no fuesen aprobadas, precisando que de dichos trámites de aprobación señalados en el cláusula décimo tercera "Cláusula Resolutoria", que en su momento debería gestionar la Vicepresidencia de Planeación riesgos y Entorno, ante el CONPES, CONFIS y Ministerio de Hacienda, para el caso de la Vicepresidencia de Gestión Contractual gestionó solo lo referente a la autorización por parte del Ministerio de Transporte de 2 nuevas estaciones de peaje en el corredor vial Transversal Rio de Oro – Agua Clara – Gamarra.

6.4.5 Concepto Jurídico

Aduce que, desde el 31 de enero de 2013, se contaba con el concepto jurídico de la ANI, por medio del cual se dio viabilidad legal a la adición del contrato de concesión, el cual sostuvo tal y como lo dispone la norma que, la adición era procedente siempre que técnicamente se tratara de obras directamente relacionadas con el objeto concesionado.

6.4.6 Estudio de Conveniencia y necesidad que sirvió de soporte para la suscripción del Otrosí 03.

Señala que igualmente se contaba como antecedente con el estudio de conveniencia y necesidad referente al Otrosí No. 03, en el cual se estableció que desde el punto de vista técnico *"el corredor vial que deviene desde Gamarra el cual atrae el tráfico procedente de las poblaciones ribereñas del Rio Magdalena pertenecientes al departamento del cesar, articulando completa e indefectiblemente estas dos regiones con el Sector 2 de la Ruta del Sol (...)"*, argumentación técnica que fue recogida y ratificada en el estudio de conveniencia y necesidad del Otrosí No 06.

6.4.7 Concepto del Interventor

Precisa que el interventor, al igual que lo hizo con el Otrosí 03, sostuvo que estaba de acuerdo, desde el punto de vista técnico, legal y financiero, como se expresa en el concepto de viabilidad rendido por la firma interventora el 12 de diciembre de 2012, suscrito por Guillermo Beltrán, y del concepto de viabilidad rendido por la firma interventora el 14 de marzo de 2014 por MIGUEL BETTÍN JARABA, respecto de la suscripción del Otrosí No. 06.

6.4.8 Comité Asesor de Asuntos Contractuales

Se refiere al comité de asuntos contractuales, de 13 de marzo de 2014 al que asistieron los señores: LUIS FERNANDO ANDRADE MORENO, ANDRÉS FIGUEREDO SERPA, CAMILO MENDOZA ROZO y HÉCTOR JAIME PINILLA, como Presidente y Vicepresidentes respectivamente, además de WILMAR DARÍO GONZÁLEZ BURITICÁ, Gerente de contratación de la Vicepresidencia jurídica;



MARÍA YAHVEZZINE DEL CASTILLO, abogada de la Gerencia de contratación de la Vicepresidencia jurídica, ALEXANDRA LOZANO, Gerente de Gestión Contractual 2 de la Vicepresidencia Jurídica y DANIEL TENJO, Gerente Carretero, en el cual ALEXANDRA LOZANO expuso las razones que sustentaban la adición, así mismo por parte de la Gerencia Carretero a cargo del Ingeniero DANIEL TENJO y por parte de la Gerencia Financiera a cargo EMERSON DURAN, de la Vicepresidencia de Gestión Contractual, la factibilidad financiera y viabilidad técnica.

6.4.9 Licitación privada

Aduce que se llevó a cabo la licitación privada para la adjudicación tal y como lo indica el procedimiento dispuesto en el contrato, precisando que a este proceso se le dio la debida publicidad a fin de encontrar firmas interesadas, habiéndose presentado una oferta que se ajustó a los términos de referencia previstos para tal fin, resultando adjudicatario CONSOL.

Conforme se logra evidenciar de los informes de interventoría Consorcio Proyección Vial Puerto Salgar - Servinc R&Q Ingeniería el procedimiento previsto en el contrato para adelantar la mencionada licitación privada fue cumplido conforme a la estructuración jurídica formulada en el Otrosí No. 3.

6.4.10 Certificación del 12 de marzo de 2014 y visto bueno al Otrosí

Respecto de esta certificación, señala que obedece al cumplimiento de la Resolución 959 del 30 de agosto de 2013 *"por medio de la cual se adopta la Bitácora de proyecto como metodología de trazabilidad de los procesos de estructuración y celebración de contratos, así como para la suscripción de modificaciones contractuales de la Agencia"*, disposición que se encuentra emitida en cumplimiento del numeral 3.5. del Título III del Manual de contratación de la ANI, según la cual se debe presentar la trazabilidad del proceso de estructuración incluyendo todo evento que determine o incida en las condiciones finales de la contratación, la cual se emitió con base en el convencimiento que los conceptos emitidos por las áreas encargadas eran correctos, es decir que el tramo denominado transversal Ocaña- Gamarra era compatible con el concepto de corredor vial y cumplía con la finalidad de uno de tipo logístico, así como el hecho de que su celebración era vital para la consecución del objeto concesionado.

Al igual que lo sucedido con el visto bueno de revisión al Otrosí 6, además de que era la consecuencia lógica luego de haber emitido un estudio de oportunidad favorable.

6.4.11 Respecto del análisis de responsabilidad disciplinaria

En cuanto a las normas consideradas infringidas, señala que la contratación directa constituye uno de los modos previstos por la ley para la escogencia de los contratistas, sin que una contratación de este tipo contraría lo preceptuado respecto de la selección objetiva del contratista, por cuanto se cumplió con lo previsto en el contrato de concesión 010 de 2010, literal (b) de la Sección 13.01 "valor de contrato" respecto de los requisitos a seguir respecto del proceso de licitación privada para la

selección del constructor que realice las obras adicionales, y que conforme a los argumentos expuestos el tramo adicionado tanto por el Otrosí 3 como por el 6 sí hacían parte del corredor vial.

Conforme a la violación de los principios en los términos que se indica en pliego de cargos no se indican las razones por las que presuntamente, el disciplinado habría incurrido en cada una de esas descripciones, recordando que la responsabilidad recaía en un cuerpo colegiado.

Además, no se demostró objetivamente de qué forma el investigado desconoció los deberes contenidos en el numeral 1 del artículo 34 de la Ley 734 de 2002 por cuanto no se señaló cual habría sido el deber incumplido.

Respecto de la ilicitud sustancial precisa que el investigado actuó con rectitud y lealtad dentro del marco de sus funciones, y no se advierte como tal conducta atentaría contra los derechos fundamentales de los administrados, habiendo quedado claros los beneficios de la adición. Además, que de los principios que fueron considerados no se extrae de ellos cuáles fueron los compromisos o tareas que, según dichos preceptos, funcionalmente correspondían al disciplinado ni cómo se desconocieron.

Cuestiona que el pliego de cargos supone la existencia de dolo por presuntamente haber seguido instrucciones de LUIS FERNANDO ANDRADE, sin que se haya mencionado en que medio de prueba se encuentran las supuestas instrucciones o la voluntad consciente del disciplinado, además que se omite evaluar adecuadamente los elementos del dolo, sin realizar el mínimo análisis del elemento de voluntad.

6.4.12 Defecto técnico que se desprende del cargo único formulado, por incumplimiento de lo preceptuado en el artículo 163 y el artículo 43 de la Ley 734 de 2002.

Aduce que del pliego de cargos se desprende una deficiencia técnica derivada del incumplimiento del requisito contenido en el numeral 6° del artículo 163 de la Ley 734 de 2002, al no contener la exposición fundada de los criterios tenidos en cuenta para determinar la gravedad o levedad de la falta, de conformidad con lo señalado en el artículo 43 de este código, al no haberse establecido ninguno de estos para establecer el grado de culpabilidad de la supuesta falta cometida.

6.5. ARGUMENTOS PRESENTADOS POR EL INVESTIGADO DAVID LEONARDO MONTAÑO GARCIA

En el escrito de descargos⁴¹, alegatos de conclusión⁴², y en la versión libre⁴³ presentados por el disciplinado, quien ha ejercido la defensa a nombre propio, se presentaron argumentos que se sintetizan de la siguiente manera.

⁴¹ Cfr. Folios 206 – 207 Cuaderno principal 18.

⁴² Cfr. Folios 1077 - 1101 Cuaderno principal 21.

⁴³ Cfr. Folio 801 Cuaderno principal 20.

Expediente: IUS E - 2017 - 19229 / IUC D-2017-651-927370
Fallo de primera instancia sancionatorio.

6.5.1 Consideraciones previas, referentes al respeto al debido proceso y del derecho a la defensa

Reitera el disciplinado en esta oportunidad, que no encuentra que la Procuraduría General de la Nación, haya sido respetuosa del debido proceso y del derecho a la defensa, toda vez que no se le entregó el expediente cuando lo solicitó el 7 de julio de 2021, sino seis meses después, cuando le fueron autorizadas a través de auto de 26 de enero de 2022 por el Procurador Delegado para la Moralidad Pública, situación frente a la cual la Delegada se negó a decretar la nulidad de la actuación, además de la negativa de compulsar copias a los funcionarios que omitieron la entrega de las copia del expediente.

6.5.2 No participó en los actos de corrupción señalados en el pliego de cargos.

Señala que no existe en ninguna línea de los testimonios recaudados o piezas procesales, alguna referencia o cita de su nombre o apellido, que pudiera determinar su coparticipación en el presunto engranaje o actos de corrupción que el despacho plantea.

Se refiere a las declaraciones que dan cuenta de las presuntas reuniones de LUIS FERNANDO ANDRADE con el "ÑOÑO" ELIAS, EDER FERRACUTI (Representante Legal de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S.) o ELEUBERTO MARTORELLI (Presidente de Odebrecht Colombia), o por las declaraciones de OTTO BULA o del testimonio del señor JUAN SEBASTIAN CORREA, precisando que se trata de circunstancias que nunca conoció y no le constan, por lo cual no es entendible que el despacho realice el análisis de las circunstancias de tiempo modo y lugar en un solo acápite para todos los investigados, además por cuanto todos tenían obligaciones funcionales diferentes en la ANI.

Precisa que en más de 4 años que trabajó para la Entidad vio al Presidente en muy pocas veces y nunca para este exabrupto que aduce el Despacho de entregarle un tramo diferente al concesionado dentro del contrato Ruta del Sol 2, máxime que se requería de un análisis y concepto técnico que determinara si una adición o prórroga hacía parte del objeto de un contrato de concesión vial, entonces el engranaje no podía ser jurídico sino técnico, que tampoco se advierte.

6.5.3 Error factico frente al análisis de responsabilidad

Señala que se incurre en un notable defecto factico, al equiparar la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad del Presidente, de los Vicepresidentes y de la Gerente de la ANI, que corresponden a cargos del más alto nivel ejecutivo de la Entidad, con la suya, quien se desempeñaba como Experto G3-Grado 07 de la Vicepresidencia Jurídica - Asesoría Legal Gestión Contractual, que para el caso de los Otrosíes, no aprobó ni avaló nada ya que su gestión fue la de presentar unos borradores de Otrosíes debidamente motivados para que los altos ejecutivos de la ANI, los avalaran y aprobaran.

Aduce que con esa conducta incurre la imputación fáctica en “la dimensión positiva” del defecto factico, ya que se apreciaron pruebas esenciales y determinantes para una posible definición del caso, que no ha debido admitir ni valorar en extensiva responsabilidad grupal, porque la responsabilidad en materia penal y disciplinaria es individual, y su participación no se equipara a los demás disciplinados, máxime además que el Otrosí 3 se empezó a estructurar más o menos 2 años antes de su firma ocurrida el 15 de julio de 2013, época para la cual no había ingresado a la ANI.

6.5.4 De su participación en los Otrosíes No. 3 y 6

Señala que se limitó a firmar los estudios previos y proyectar los Otrosíes 3 y 6, porque le fue encomendada esa actividad, lo que hizo con apego estricto a las consideraciones y conceptos técnicos, financieros y jurídicos que habían surgido por parte del Interventor, y de la Vicepresidencia de Gestión Contractual y sus Gerencias, de acuerdo al análisis de las normas contractuales vigentes en materia de concesiones, especialmente al Artículo 28 de la Ley 1150 de 2007, a la Sentencia C-300 de 2012 de la Corte Constitucional y al Concepto 2149 de 2013 de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.

Manifiesta que el término: “(...) obras adicionales directamente relacionadas con el objeto mencionado (...)”, y “Respecto de concesiones viales deberá referirse al mismo corredor vial.”, es un tema que se debe valorar, desde el punto de vista técnico porqué así lo señalaron la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en la Sentencia y el Concepto referidos, como en efecto ocurrió en los procesos previos a la suscripción de los Otrosíes 3 y 6, por parte de la Interventoría y de la Vicepresidencia de Gestión Contractual y sus Gerencias.

Refiere que los proyectos de Otrosíes para ese momento no tenían visto bueno, y así los hubieran tenido no tenían valor jurídico, hasta tanto fueron sometidos al control del comité de contratación del cual hacían parte entre otros, los Vicepresidentes de la Entidad, incluyendo quien ejercía funcionalmente como su jefe el Vicepresidente Jurídico, quienes de acuerdo con sus obligaciones funcionales y experticia recomendaron al Presidente que los firmara.

Precisa entonces que conforme a sus funciones nunca otorgó un aval a ningún documento relacionado con los Otrosíes 3 y 6, cosa distinta es que se le hubiera encomendado que los proyectara para que posteriormente fueran, eso sí avalados o no, por los Gerentes y Vicepresidentes de la ANI, habiendo proyectado aproximadamente veinte borradores o minutas del Otrosí 3 y veintiún borradores o minutas del Otrosí 6, debido a las modificaciones que se hacían en las distintas mesas de trabajo llevadas a cabo entre los diferentes grupos de trabajo técnicos, financieros y jurídicos del Concesionario, la Interventoría y los funcionarios de la ANI.

6.5.5 Responsabilidad del interventor

Indica que por disposición legal y contractual, a quien le correspondía hacer el análisis técnico, jurídico y financiero previo y concomitante para la suscripción de los Otrosíes 3 y 6 era al Consorcio Proyección Vial Puerto Salgar firma Interventora del



Contrato de Concesión, y ninguna actuación relacionada con la ejecución del contrato, incluyendo las modificaciones a través de Otrosíes, podía hacerse sin su aval previo e integral, además que no fue él quien ejerció la supervisión jurídica de la Interventoría, por cuanto no estaba dentro de sus funciones.

Aduce que hay varios considerandos, en el cual la interventoría hace sus manifestaciones, razón por la cual no se encuentran vistos buenos de su parte en los documentos de la entidad, toda vez que esta se pronuncia a través de sus conceptos y documentos, debidamente entregados a la entidad.

En ese sentido la interventoría presentó un concepto técnico, financiero y jurídico relacionado con la revisión previa para la suscripción del que posteriormente fuera el Otrosí No. 3 a través del radicado CO-PVPS-0488-2012 del 12 de diciembre de 2012.

6.5.6 Comité de Contratación

Refiere que el comité de contratación como instancia asesora encargada de impartir recomendaciones de aprobación o de no aprobación al ordenador del gasto, aprobó la suscripción de los Otrosíes 3 y 6.

Aduce que no hubiera plasmado el visto bueno en los Otrosíes si el comité de contratación no lo hubiera aprobado, pues ante una desaprobación en esa instancia considera no era viable, que pudiera nacer a la vida jurídica una adición contractual, a través de un Otrosí.

Entonces fueron los miembros del comité quienes dieron su aval, con claros e incuestionables efectos jurídicos, para que el Presidente de la ANI suscribiera el Otrosí No. 3 y el Otrosí No. 6 al Contrato de Concesión No. 01 de 2010, como consta en el acta de sesión ordinaria No. 26 del 11 de julio de 2013, para el Otrosí 3, y en el acta de sesión extraordinaria No. 16 del 13 de marzo de 2014, para el Otrosí 6.

6.5.7 Concepto de “obras adicionales directamente relacionadas con el objeto concesionado” y “corredor vial.”

Alude a la Sentencia C - 300 de 2012 en el análisis de exequibilidad del Artículo 28 de la Ley 1150 de 2007, señalando que no definió de manera concreta y expresa, lo que se consideraba como “obras adicionales directamente relacionadas con el objeto concesionado” y por su parte la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en su Concepto 2149 de 2013, tampoco se pronunció de fondo sobre lo que era un “Corredor Vial”.

Cuestiona que la Procuraduría señale que la nueva vía *era un corredor completamente independiente de la Ruta del Sol, Sector 2; que tan solo se tocaban en un punto, y que, por ende, en manera alguna podría tenerse como una obra accesoria*, yendo más allá de interpretar el objeto del contrato de concesión 001 de 2010, pese a que el mismo se refiere a un “Sector” y ese “Sector” está definido en los anexos técnicos del contrato, además sin explicar técnicamente lo que es “un Sector”. Conforme a los señalamientos de los altos tribunales precisa que el concepto técnico se constituye en un requerimiento *sine qua non*, para que se puedan adicionar obras

Expediente: IUS E - 2017 - 19229 / IUC D-2017-651-927370
Fallo de primera instancia sancionatorio.

43

en un contrato de concesión vial, y esto fue lo que en estricto sentido se aplicó, ya que tanto la interventoría como la Gerencia de Gestión Contractual 2 de la Vicepresidencia Jurídica de la ANI, conceptuaron al unísono, con fundamento en la decisión de los altos tribunales y de manera previa sobre la viabilidad de la suscripción de los Otrosíes que la adición para la elaboración de los estudios y ejecución de las obras sería procedente, siempre que técnicamente se tratara de obras directamente relacionadas con el objeto concesionado, es decir el "sector", de ahí que, avalado técnicamente, que los estudios y obras tenían que ver con el objeto del contrato concesionado, jurídicamente, los abogados de la ANI, no podían desechar lo señalado por los técnicos expertos, tanto de la Concesionaria, como de la Interventoría y de la ANI.

6.5.8 Análisis de responsabilidad disciplinaria

En cuanto a las normas consideradas infringidas, señala que dentro de sus funciones no se encontraba la de estructurar procesos de selección de contratistas, ya que funcionalmente esto hacía parte de la Gerencia de Gestión Contractual 2 de la Vicepresidencia Jurídica, de la cual nunca hizo parte, además como consta en el manual de funciones, las mismas estaban circunscritas a actuaciones relacionadas con contratos que se encontraban ya en ejecución.

Referente a la ilicitud sustancial refiere que no es cierto lo señalado por la Procuraduría, en cuanto a que se le indicó que en *varios momentos contractuales justificó jurídicamente la contratación de manera directa*, por cuanto la proyección del Otrosí 3 y el visto bueno a los estudios previos, no son varios momentos contractuales sino documentos previos a la formalización de una modificación contractual.

En cuanto a la culpabilidad refiere que la comprensión que tenía de su actuar, se hizo integrando todos los componentes que daban cuenta de la viabilidad de suscribir los Otrosíes, desde los aspectos, técnicos, financieros, constructivos, jurídicos, cumpliendo con la obligación de motivar este acto contractual, y por ende su conocimiento y voluntad estuvieron enmarcados en el conocimiento de que estaban ante un contrato de concesión vial, que se podía adicionar siempre que se tratara del mismo objeto concesionado, además que debería referirse al mismo "Corredor Vial", basados en estudios técnicos, que se encontraban acreditados conforme a los conceptos y controles previos que cursaron.

VII. CONSIDERACIONES DE LA DELEGADA

7.1. COMPETENCIA DISCIPLINARIA PARA EL JUZGAMIENTO DISCIPLINARIO Y PROCEDIMIENTO APLICABLE.

La Procuraduría Delegada Disciplinaria de Juzgamiento 1, es competente para proferir el fallo de primera instancia dentro del presente radicado, conforme lo establecido en el **artículo 25 A del Decreto Ley 262 de 2000, adicionado por el artículo 13 del Decreto 1851 de 2021**, que establece:



“Artículo 13. Adiciónese el artículo 25A al Decreto Ley 262 de 2000, el cual quedará así: Artículo 25A. Competencias. Las procuradurías delegadas de juzgamiento tienen las siguientes competencias:

1. Conocer de la etapa de juzgamiento de los procesos adelantados por las procuradurías delegadas de instrucción.

2...”.

La Procuradora General de la Nación expidió la **Resolución No. 150 de 12 de mayo de 2022**, “*Por medio de la cual se distribuyen competencias y funciones en las procuradurías delegadas, de conformidad con lo previsto en el Decreto Ley 262 de 2000, modificado por el Decreto Ley 1851 de 2021*” que respecto de la distribución de expedientes en juzgamiento determinó;

“ARTÍCULO 13. DISTRIBUCIÓN DE EXPEDIENTES EN JUZGAMIENTO. Todos los procesos en etapa de juzgamiento que se encontraban a cargo de las Procuradurías Delegadas para la Moralidad Pública, Segunda para la Vigilancia Administrativa y Sexta ante el Consejo de Estado se distribuirán así:

Los procesos a cargo de la Procuraduría Delegada para la Moralidad Pública serán asumidos por la Procuraduría Delegada Disciplinaria de Juzgamiento 1. (...).”

Ahora en cuanto al procedimiento aplicable, previó el artículo 263 de la Ley 1952 de 2019, Código General Disciplinario, que rige a partir del 29 de marzo de 2022, salvo el artículo 2 relativo a las funciones jurisdiccionales que entró a regir a partir del 29 de junio de 2021, y el artículo 33 que entrará a regir a partir del 29 de diciembre de 2023, lo siguiente:

“ARTÍCULO 263. ARTÍCULO TRANSITORIO. <Artículo modificado por el artículo 71 de la Ley 2094 de 2021. El nuevo texto es el siguiente:> A la entrada en vigencia de esta ley, los procesos en los cuales se haya surtido la notificación del pliego de cargos o instalado la audiencia del proceso verbal, continuarán su trámite hasta finalizar bajo el procedimiento de la Ley 734 de 2002. En los demás eventos se aplicará el procedimiento previsto en esta ley”.

Así las cosas, el procedimiento aplicable a la presente actuación, es el contenido en la Ley 734 de 2002, sin perjuicio de las disposiciones que, en virtud del principio de favorabilidad, resulten más permisivas.

7.2. SUSPENSIÓN DE LOS TÉRMINOS EN LOS PROCESOS DISCIPLINARIOS ADELANTADOS POR LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN A PARTIR DEL 17 DE MARZO DE 2020 Y HASTA EL 25 DE MAYO DE 2020.

Con ocasión de la emergencia social, económica y ambiental derivada de la pandemia general por el virus COVID-19, la Procuraduría General de la Nación se vio en la obligación de suspender los términos de sus actuaciones disciplinarias desde el 17 de marzo hasta el 25 de mayo de 2020 (70 días calendario) de

conformidad con las resoluciones que para el efecto fueron expedidas por la entidad y que a continuación se relacionan, por consiguiente se aclara que los términos de prescripción y caducidad de las actuaciones disciplinarias se ven modificados y para efectos de lo anterior, para el cálculo o computo de la misma, deberán tenerse en cuenta los setenta (70) días calendario que ordenaron la suspensión de las actuaciones.

- **Resolución No. 128 del 16 de marzo de 2020**, expedida por el Procurador General de la Nación por la cual dispuso "*SUSPENDER TÉRMINOS en todas las actuaciones disciplinarias a cargo de la Procuraduría General de la Nación, a partir del martes diecisiete (17) de marzo dos mil veinte (2020) hasta el martes treinta y uno (31) de marzo de dos mil veinte (2020)*"

- **Resolución No. 136 del 24 de marzo de 2020**, expedida por el Procurador General de la Nación por la cual dispuso "**PRORROGAR LA SUSPENSIÓN DE LOS TÉRMINOS** en todas las actuaciones disciplinarias a cargo de la Procuraduría General de la Nación hasta el viernes tres (3) de abril dos mil veinte (2020) inclusive."

- **Artículo 138 del Decreto Ley 262 del 22 de febrero de 2000**, señala los días de vacancia judicial en la Procuraduría General así: "Para todos los efectos legales los días de vacancia son: Los sábados, domingos, los días festivos, cívicos o religiosos que determina la ley, los de semana santa, y el día judicial. (...)"

- **Resolución No. 148 del 3 de abril de 2020**, expedida por el Procurador General de la Nación, por la cual dispuso "**PRORROGAR LA SUSPENSIÓN DE LOS TÉRMINOS** en todas las actuaciones disciplinarias a cargo de la Procuraduría General de la Nación, hasta el viernes diecisiete (17) de abril dos mil veinte (2020) inclusive."

- **Resolución No. 173 del 17 de abril de 2020**, expedida por el Procurador General de la Nación por la cual dispuso "**PRORROGAR LA SUSPENSIÓN DE LOS TÉRMINOS** en todas las actuaciones disciplinarias a cargo de la Procuraduría General de la Nación, hasta el viernes veinticuatro (24) de abril dos mil veinte (2020) inclusive."

- **Resolución No. 184 del 24 de abril de 2020**, expedida por el Procurador General de la Nación por la cual dispuso "**PRORROGAR LA SUSPENSIÓN DE LOS TÉRMINOS** en todas las actuaciones disciplinarias a cargo de la Procuraduría General de la Nación, hasta el lunes once (11) de mayo dos mil veinte (2020) inclusive."

- **Resolución No. 204 del 8 de mayo de 2020**, expedida por el Procurador General de la Nación por la cual ordenó "**PRORROGAR LA SUSPENSIÓN DE LOS TÉRMINOS** en todas las actuaciones disciplinarias a cargo de la Procuraduría General de la Nación, hasta el lunes veinticinco (25) de mayo dos mil veinte (2020) inclusive."

- Concomitante con lo expuesto hay que señalar que todo lo anterior también está en consonancia con el **Decreto 417 del 17 de marzo de 2020**, expedido el Presidente de la República declaró el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio nacional con ocasión de la pandemia por el virus COVID-19.

- Igualmente el Presidente de la República expidió el **Decreto No. 491 del 28 de marzo 2020** "Por el cual se adoptan medidas de urgencia para garantizar la atención y la prestación de los servicios por parte de las autoridades públicas y los particulares que cumplan funciones públicas y se toman medidas para la prevención laboral y de los contratistas de prestación de servicios de las entidades públicas, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica", en su artículo 6° estableció la "Suspensión de términos de las actuaciones administrativas o jurisdiccionales en sede administrativa.



En consecuencia, los términos de las actuaciones disciplinarias a cargo de la Procuraduría General de la Nación estuvieron suspendidos desde el diecisiete (17) de marzo de 2020 hasta el veinticinco (25) de mayo de 2020, inclusive, suspensión que aplica a este proceso disciplinario con radicación IUS E 2017-19229 / IUC-D-2017-651-927370, cuya acción disciplinaria se encuentra vigente al tenor de lo establecido en el artículo 132⁴⁴ de la Ley 1474 de 2011 en concordancia con el artículo 73 de la Ley 2094 de 2021 que modificó el artículo 265 de la Ley 1952 de 2019.

Así las cosas, teniendo en cuenta que la apertura de investigación disciplinaria data del 25 de agosto de 2017⁴⁵, para definir la fecha real de prescripción de la acción disciplinaria corresponde tener en consideración los 70 días calendario que estuvieron suspendidos los términos disciplinarios por razones ajenas a asuntos internos de la entidad, es decir, por motivos de salubridad pública y emergencia sanitaria mundial, declaratoria del estado de emergencia económica y social por la pandemia por el virus COVID-19 que obligó al confinamiento de la población; **en consecuencia este fenómeno acaecería el 2 de noviembre de 2022, fecha para la cual el fallo de primera instancia debe estar debidamente notificado para que la prescripción se interrumpa.**

7.3. PROBLEMA JURÍDICO

Corresponde a esta Delegada de juzgamiento disciplinario, resolver el siguiente problema jurídico:

¿los disciplinados LUIS FERNANDO ANDRADE MORENO, en su condición de Presidente, ALEXANDRA LOZANO VERGARA, en su condición de Gerente de Proyectos de la Vicepresidencia Jurídica, ANDRÉS FIGUEROA SERPA, en su condición de Vicepresidente de Gestión Contractual, CAMILO MENDOZA ROZO, en su condición de Vicepresidente de Gestión Contractual, y DAVID LEONARDO MONTAÑO GARCÍA, en su condición de Experto de la Vicepresidencia Jurídica, de la ANI, incurrieron en la falta disciplinaria descrita en el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, por violación de los principios de transparencia y responsabilidad de la contratación estatal al haber estructurado y suscrito según

⁴⁴ ARTÍCULO 132. CADUCIDAD Y PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DISCIPLINARIA. <Artículo derogado a partir del 1 de julio de 2019, por el artículo 265 de la Ley 1952 de 2019>> El artículo 30 de la Ley 734 de 2002, quedará así:

"La acción disciplinaria caducará si transcurridos cinco (5) años desde la ocurrencia de la falta, no se ha proferido auto de apertura de investigación disciplinaria. Este término empezará a contarse para las faltas instantáneas desde el día de su consumación, para las de carácter permanente o continuado desde la realización del último hecho o acto y para las omisivas cuando haya cesado el deber de actuar.

La acción disciplinaria prescribirá en cinco (5) años contados a partir del auto de apertura de la acción disciplinaria. Cuando fueren varias las conductas juzgadas en un mismo proceso la prescripción se cumple independientemente para cada una de ellas.

PARÁGRAFO. Los términos prescriptivos aquí previstos quedan sujetos a lo establecido a los tratados internacionales que Colombia ratifique".

⁴⁵ Cfr. Folios 204-223 Cuaderno principal 6
Expediente: IUS E - 2017 - 19229 / IUC D-2017-651-927370
Fallo de primera instancia sancionatorio.

sus funciones, los Otrosíes 3 de julio 15 de 2013 y 6 del 14 de marzo de 2014, para adicionar al contrato de concesión No. 001 de 2010, los estudios y la ejecución del tramo denominado Transversal Rio de Oro — Aguaclara — Gamarra, respectivamente, para que el mismo concesionario lo ejecutará, omitiendo adelantar los procesos selectivos de concurso de méritos y licitación pública, respectivamente?.

Para dar respuesta a la cuestión que se plantea se abordará el respectivo análisis, de la siguiente manera; i) en primer lugar se procederá al análisis probatorio a fin de determinar los hechos disciplinariamente relevantes que se encuentran acreditados; ii) enseguida se confrontaran los hechos acreditados con las faltas imputadas para determinar si hay o no tipicidad de la conducta, para en caso de existir proceder a los demás elementos estructurantes de la falta disciplinaria, y en caso de acreditarse todos ellos, proceder a la dosificación de la sanción.

Se precisa que en la medida que se desarrolle el contenido de los apartados enunciados, se irá dando respuesta a los argumentos de la defensa.

En lo que atañe al análisis probatorio de los hechos disciplinariamente relevantes, se procederá de manera integrada respecto de los cargos primero y segundo que reprochan la suscripción de los Otrosíes 3 y 6, respectivamente, en la medida que los mismos se relacionan entre si al tratarse del mismo contrato de concesión, el primero que adicionó los estudios de detalle del tramo Agua Clara — Gamarra — Puerto Capulco, y el segundo que adicionó al contrato, la ejecución de esta vía y por ende se presenta coincidencia en las circunstancias que rodearon su suscripción, y en las pruebas que lo fundamentan, así como en los argumentos de la defensa.

7.4. MATERIAL PROBATORIO QUE OBRA EN LA ACTUACIÓN.

Se relacionan los elementos probatorios, con fundamento en los cuales se soportaron los cargos y los recaudados en la etapa del juicio disciplinario;

7.4.1 Documentales

- De las recaudadas en la etapa de instrucción disciplinaria:

7.4.1.1. Contrato de Concesión No. 001 de 2010.⁴⁶

7.4.1.2 Estudio de conveniencia y oportunidad del Otrosí No. 03 al Contrato de Concesión No. 001 de 2010.⁴⁷

7.4.1.3 Otrosí No. 03 al Contrato de Concesión No. 001 de 2010⁴⁸.

7.4.1.4 Acta modificatoria al Otrosí No. 03.⁴⁹

⁴⁶ Cfr. CD 2 FI 32 Disco Original 1, Cuaderno principal 4

⁴⁷ Cfr. Folios 127 — 141 archivo digital CD FI 732 Cuaderno principal 8.

⁴⁸ Cfr. Folios 76 — 88 CD FI 732 cuaderno principal 8

⁴⁹ Cfr. Folios 54 — 57 Cuaderno Principal 2

Expediente: IUS E - 2017 - 19229 / IUC D-2017-651-927370

Fallo de primera instancia sancionatorio.



7.4.1.5 Certificado de debida diligencia para bitácora de proyecto suscrita por Camilo Mendoza Roza el 29 de fecha noviembre de 2013⁵⁰.

7.4.1.6 Estudio de Conveniencia y Oportunidad para la suscripción del Otrosí No. 6 al Contrato de Concesión No. 001 de 14 de enero de 2010 suscrito entre la Agencia Nacional de Infraestructura y la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S "Proyecto Ruta del Sol 2 el 13 de marzo de 2014."⁵¹

7.4.1.7 Otrosí No. 6 al Contrato de Concesión No. 001 de 2010⁵².

7.4.1.8 Certificado de debida diligencia para bitácora de proyecto suscrita por Andres Figueredo Serpa el 12 de marzo de 2014⁵³.

7.4.1.9 Concepto emitido por Alexandra Lozano Vergara – Gerente de Gestión Contractual 2 a través de memorando No. 2013 – 704 – 000532- 3 de fecha 21 de enero de 2013.⁵⁴

7.4.1.10 Acta del Comité Asesor de Asuntos Contractuales de la ANI llevado a cabo el 11 de julio de 2013, Acta No. 26 de sesión ordinaria, con ocasión del otrosí No. 03.⁵⁵

7.4.1.11 Acta del Comité Asesor de Asuntos Contractuales realizado el 13 de marzo de 2014, Acta No. 16 de sesión extraordinaria, respecto del otrosí No. 06⁵⁶.

7.4.1.12 Comunicación de fecha 12 de diciembre de 2012⁵⁷ suscrita por GUILLERMO BELTRAN PERDOMO Director de la Interventoría, a través de la cual se presenta concepto técnico, financiero y legal sobre la elaboración de los estudios y diseños fase III del tramo Ocaña – Aguas Claras – Gamarra – Puerto Capulco.

7.4.1.13 Comunicación de 28 de julio de 2014⁵⁸, suscrita por LINO GUILLERMO BAENA CALLE, Director Interventoría Transversal Río de Oro — Aguaclara — Gamarra, del Consorcio Proyección Vial Puerto Salgar, cuyo asunto es "*Diseños Fase II para el Tramo entre Río de Oro y Aguaclara Otrosí No. 6 — Transversal Río de Oro — Aguaclara — Gamarra*", dirigido a la Concesionaria ruta del sol.

7.4.1.14 Comunicación de 11 de agosto de 2014⁵⁹, "ASUNTO: Diseño Fase III del tramo comprendido entre Aguaclara y Gamarra (Parte 1), y de los Estudios y Diseños en Fase II de las Variantes San Andres, y Río de Oro-Ocaña (Parte 2). Oficio de

⁵⁰ Cfr. CD FI 732 Cuaderno principal 8 "Otrosí No. 03"

⁵¹ Cfr. Folios 24 – 53, Archivo digital, CD FOLIO 732 Cuaderno principal 8

⁵² Cfr. Folios 905 – 920 Cuaderno principal 8

⁵³ Cfr. CD FI 732 Cuaderno principal 8 "Otrosí No. 06"

⁵⁴ Cfr. Folios 65 – 66, Cd FL 732 Cuaderno principal 8

⁵⁵ Cfr. Folios 658 – 659, CD 660 Cuaderno principal 20

⁵⁶ Ibidem

⁵⁷ Cfr. CD folio 223 Cuaderno principal 18, "Pruebas Documento No. 20"

⁵⁸ Cfr. Folios 890 – 891 Cuaderno principal 8

⁵⁹ Cfr. Folios 892 – 894 cuaderno principal 8

Expediente: IUS E - 2017 - 19229 / IUC D-2017-651-927370

Fallo de primera instancia sancionatorio.

Radicación RA-PVPS-1200-2014, del 5 de agosto de 2014", suscrito por la Interventoría.

7.4.1.15 Resolución No. 223 de 9 de mayo de 2011 *"Por medio de la cual se crea y organiza el Comité Asesor de Asuntos Contractuales y se adopta su reglamento operativo, en el instituto Nacional de Concesiones"*.

7.4.1.16 Resolución No. 475 de 24 de agosto de 2012⁶⁰ por la cual se modifica el manual de funciones y competencias laborales de la ANI.

7.4.1.17 Resolución No. 576 de 13 de junio de 2013⁶¹ por la cual se modifica el manual de funciones y competencias laborales de la ANI.

7.4.1.18 Informe de apoyo y asesoría técnica de la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales de fecha 15 de febrero de 2017⁶².

➤ De las recaudadas en la etapa del juicio disciplinario:

7.4.1.18 Oficio Rad No. 20225000039001 de 16 de febrero de 2022⁶³, la Agencia Nacional de Infraestructura, allega copia de las actas del comité, y de las bitácoras de los Otrosíes No. 3 y No. 6 donde reposan las comunicaciones y correos electrónicos relacionados con el trámite de los mismos, y los informes de mensuales de la interventoría respecto de los Otrosíes No. 3 y No. 6.

7.4.1.19 Oficio de 28 de febrero de 2022⁶⁴, la Superintendencia de Industria y Comercio, allegó copia integral del expediente en el que se expidió la Resolución No. 82510 de 28 de diciembre de 2020 y la Resolución No. 30343 de 20 de mayo de 2021, por medio de las cuales se impusieron sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia a la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S.

7.4.1.20 Oficio de fecha 16 de febrero de 2022⁶⁵ suscrito por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá a través del cual se allegó copia del proceso arbitral No. 4190 (4209) de Concesionaria Ruta del Sol S.A como parte convocante y la Agencia Nacional de Infraestructura, como parte convocada.

7.4.1.21 Por parte del Consejo de Estado según consta en acta de entrega de 24 de marzo de 2022⁶⁶, se allegó copia del proceso de pérdida de investidura del excongresista Bernardo Miguel Elías Vidal. Rad. No: 11001-03- 15-000-2018-00316-00.

7.4.1.22 El Juzgado 25 Penal del Circuito de Bogotá, a través de correo electrónico remitido el 31 de mayo de 2022, remitió copia del proceso penal adelantado en contra

⁶⁰ Cfr. Folios 37 – 39 Cuaderno principal 2

⁶¹ Cfr. Folios 40 – 42 Cuaderno principal 2

⁶² Cfr. Cuaderno anexo 31, Folios 136 – 164.

⁶³ Cfr. Folios 658 – 660 Cuaderno principal 20.

⁶⁴ Cfr. Folios 669 – 67 Cuaderno principal 20.

⁶⁵ Cfr. Folios 670 – 671 Cuaderno principal 20

⁶⁶ Cfr. Folios 684 – 685 Cuaderno principal 20.

Expediente: IUS E – 2017 – 19229 / IUC D-2017-651-927370

Fallo de primera instancia sancionatorio.



de LUIS FERNANDO ANDRADE MORENO, con radicado número 11001600000-2017-02171.

7.4.1.23 Oficio Rad. No. 20225000064381 de 10 de marzo de 2022, suscrito por el Vicepresidente Ejecutivo de la ANI, a través del cual da respuesta referente a otras concesiones similares donde se hubieren realizado adiciones.

7.4.2 Testimoniales

➤ De las recaudadas en la etapa de instrucción disciplinaria:

7.4.2.1 Diligencia de Testimonio rendido el 27 de abril de 2017⁶⁷, por **ELEUBERTO ANTONIO MARTORELLI**, Presidente de Odebrecht para Colombia para la época de los hechos, rendida ante la Fiscalía General de la Nación dentro del proceso 110016000101201700130, y compulsada al proceso adelantado por la Corte Suprema de Justicia, en contra el Exsenador Bernardo Miguel Elías Vidal.

7.4.2.2 Diligencia de Testimonio del señor **OTTO NICOLÁS BULA BULA** llevada a cabo durante los días 12 al 15 de junio de 2017, dentro de la diligencia de aproximación a un principio de oportunidad con la Fiscalía General de la Nación⁶⁸.

7.4.2.3 Testimonio rendido por **JUAN SEBASTIAN CORREA** el 5 de marzo de 2019⁶⁹ ante la Procuraduría General de la Nación.

➤ De las recaudadas en la etapa del juicio disciplinario:

7.4.2.4 Testimonio rendido por **PRISCILA SÁNCHEZ SANABRIA** el 23 de marzo de 2022,⁷⁰ en su condición de experta en contratación de la ANI, y de apoyo al vicepresidente jurídico en temas legales.

Indicó respecto del proceso para los Otrosí, que al interior de la ANI existían las áreas, legal, técnica, ambiental, social, financiera, además que había un comité de regularización donde estaban todas las áreas y semanalmente se hacía seguimiento al proyecto, el cual sacaba un primer concepto, que iba a cada uno de los gerentes, y los gerentes por lo general emitían los conceptos y luego iba a los Vicepresidentes y finalmente al Comité de Contratación para que de manera conjunta se adoptará una decisión respecto de modificaciones o cualquier decisión en los contratos de concesión.

Desde el punto de vista jurídico, en cada concesión se miraba que norma que le era aplicable a cada proyecto, entre los temas verificados, se tuvo en cuenta, como concepto de corredor vial, en el sentido de unir centros de producción con centros de distribución.

⁶⁷ Cfr. Folios 113 y siguientes Cuaderno anexo No. 30.

⁶⁸ Grabación que obra en CD a Folio 310 Cuaderno anexo No. 30 – diligencia del 12 de junio del 2017, y consta por escrito a folios 288 al 348 del cuaderno original 6.

⁶⁹ Cfr. CD a folios 227 y 228 del cuaderno principal 14

⁷⁰ Cfr. Folio 620 Cuaderno principal 20

Expediente: IUS E - 2017 - 19229 / IUC D-2017-651-927370
Fallo de primera instancia sancionatorio.

Indica que hay concesiones donde el concepto es amplio, por ejemplo, Santa Marta – Riohacha - Paraguachon de primera generación, inicialmente Riohacha, luego Valledupar y luego otra área, lo que se busca es optimizar los recursos para que los centros de producción se unan con los centros de distribución.

Precisa que en el contrato de Ruta del Sol 2 había una conectante y una razonabilidad por el tema de la producción y flujo de vehículos que tomaba la transversal que justificaba esa adición.

Señaló respecto de los comités de contratación que los Vicepresidentes podían no estar de acuerdo y dejar su salvedad en el acta, y la decisión se tomaba por mayoría.

7.4.2.5 Testimonio rendido por **JOSÉ ANDRÉS TORRES RODRÍGUEZ**, los días 23 y 24 de marzo de 2022⁷¹, en su condición de Gerente de Carretero 1, que hacía parte de la Vicepresidencia de Gestión Contractual, y participó en la suscripción del Otrosí No. 03.

Indica que en su momento se estructuró un equipo, como un Comité de Regularización, en el cual se gestionaba todo lo que correspondía a cada uno de los contratos de concesión, y en el cual participaban distintas áreas de la Agencia, en estos comités, se gestionaba todo lo que correspondía al seguimiento y control de los distintos proyectos, a lo cuales se les ponía en consideración las adiciones que se realizaban a las concesiones que tenían a su cargo.

Al respecto señaló que siempre se requería el concepto de la interventoría la cual se contrataba desde el punto de vista legal, técnico, financiero, ambiental, social, es decir una interventoría integral, la cual era la primera en hacer las revisiones de cualquier tipo de modificación de los contratos, y además se sometía a los Comités de Contratación.

Señala que previo a la suscripción del Otrosí 3 se contó con un concepto por parte de la interventoría en cuanto a la viabilidad de suscribirlo, que reposa como un anexo del estudio de conveniencia, y hasta tanto la interventoría no dio su aval, no se prosiguió con el estudio de conveniencia y oportunidad.

Precisa que cuando se hizo el análisis, el tema de Ocaña - Gamarra tenía una incidencia muy importante desde el punto de vista económico, financiero, social y por esa razón se consideró que era parte del corredor y el corredor desde el punto de vista de concesión, no necesariamente corresponde a un punto origen - destino porque hay demasiadas concesiones que pueden ejemplarizar que son distintas vías que no necesariamente se interceptan.

Señala que en el ejercicio técnico que en su momento se hizo, se revisaron varios factores, uno que existiera una intersección como tal, o sea, que las vías se conectaran, lo cual se da en la intersección Aguas claras, pues hay un punto que está incluido inicialmente en el alcance del contrato de Ruta del Sol, pero no solamente ese aspecto, sino también la incidencia del tráfico, evidenciándose una clara

⁷¹ Cfr. Folio 648 Cuaderno principal
Expediente: IUS E - 2017 - 19229 / IUC D-2017-651-927370
Fallo de primera instancia sancionatorio.



incidencia económica, es decir que prácticamente toda la zonas de Ocaña, de Norte de Santander requiere precisamente de Ruta del Sol para poder hacer su desplazamiento hacia el norte del país o hacia el sur del país.

Refiere que en ningún momento recibió instrucciones de quien en su momento fuera el Vicepresidente de Gestión Contractual, Camilo Mendoza, para alterar el procedimiento contractual o algo que se refiriera a la aprobación o a la viabilidad para tramitar esta modificación al contrato de concesión.

También refirió que nunca recibió alguna orden o alguna sugerencia, de parte del Doctor LUIS FERNANDO ANDRADE en el sentido de manipular los resultados del estudio técnico con el fin de favorecer al contratista.

Precisó respecto del interrogante, si el tramo adicionado era o no del corredor vial que se hizo un ejercicio para poder validar la importancia económica, financiera y social del impacto de esa vía, y de no ser así no se hubiera pensado que hiciera parte del corredor, es decir, no solamente tenía que cumplir la premisa de que se interceptaran los 2 ramales, sino que tuvieran incidencia muy importante y relevante desde el punto de vista económico, social y para el caso estaba demostrado conforme al estudio de tráfico que se hizo donde las relación es del 80%, del tráfico que circula sobre ese ramal y esas verificaciones se hicieron en los peajes de Morrison y Pailitas, donde el tráfico que se contaba sobre el ramal de Ocaña- Aguas claras se distribuía hacia el norte y hacia el sur en el porcentaje señalado.

7.4.2.6 Testimonio rendido por **EMERSON DURÁN VARGAS** el 24 de marzo de 2022⁷², en su condición de Gerente Financiero, quien participó en la suscripción del Otrosí 6.

Precisó respecto de las adiciones a los contratos de concesión que tenían que surtirse muchas instancias, además que debía realizarse un estudio de conveniencia que incluía un análisis jurídico técnico, y financiero, a través de la Vicepresidencia Jurídica que se encargaba hacer este análisis, la Vicepresidencia de Gestión Contractual, en la que estaba el equipo técnico y el equipo financiero, y también había una Vicepresidencia de Planeación donde se hacía el análisis social, ambiental, de redes eléctricas para poder configurar un estudio previo.

Sobre el concepto de viabilidad financiera para la suscripción del Otrosí señaló que el concesionario por medio de una banca de inversión que se contrató, que fue Corficolombiana, presentó el modelo financiero, y desde esa Gerencia se hizo el ejercicio mostrando siempre las bondades financieras para el Estado y obviamente dando a conocer muy transparentemente lo beneficioso que era para el Gobierno también poder ejecutar la obra por medio de un contrato existente desde el punto de vista financiero, alguno de esos beneficios consistieron en que no hubo necesidad de solicitar más vigencias futuras, pues se pudo negociar un mejor costo financiero para el Estado, toda vez que se negoció una tasa de descuento de 7.87% más baja que la contemplada inicialmente en el contrato que era de 11.33%, y en ese sentido hacia más barata la estructuración financiera saliendo más beneficioso al Estado porque le sale a un costo mucho menor y al mismo tiempo la concesión dura menos porque no

⁷² Cfr. CD obrante a folio 649 del Cuaderno principal 20
Expediente: IUS E - 2017 - 19229 / IUC D-2017-651-927370
Fallo de primera instancia sancionatorio.

requiere mucho más tiempo para pagar un costo financiero más alto, además, que no hubo necesidad de buscar recursos adicionales.

Precisó que nunca recibió alguna directriz que fuera en contra de su criterio profesional por parte de los Vicepresidentes de Gestión Contractual en su momento CAMILO MENDOZA y posteriormente ANDRÉS FIGUEREDO.

Precisó que a la firma del estudio de conveniencia y oportunidad y ante el Comité de Contratación al momento de explicar el modelo financiero no recibió orden o instrucción de parte del Dr. LUIS FERNANDO ANDRADE respecto a manipular o cambiaron algo.

Respecto de JUAN SEBASTIÁN CORREA señaló que un par de veces que fue a su oficina a preguntarle cómo iba como el trámite, pero nunca se le ocurrió que él estuviera haciendo preguntas indebidas o que quisieran encaminar esta negociación hacia un beneficio particular, y nunca recibió insinuación u orientación acerca de cómo hacer la modelación financiera.

7.4.2.7 Testimonio rendido por **MIGUEL ÁNGEL BETTIN JARABA** el 8 de abril de 2022,⁷³ quien ejerció como Representante Legal del Consorcio Interventor del Concesionario Ruta del Sol 2, encargada de hacer la interventoría integral al seguimiento técnico, administrativo, financiero, contable, predial y jurídico al contrato de concesión.

Refirió que la interventoría emitió conceptos previos de viabilidad de los Otrosíes, proceso que tomó aproximadamente dos años.

Afirma que desde el momento en el que se firma el Otrosí 3 ya se tiene definido cual es el tramo objeto de análisis.

Indicó que el tramo de Ocaña-Gamarra tuvo afectación por la ola invernal de los años 2010-2011, y dadas las condiciones de la vía se hacía importante y urgente su intervención.

Respecto de la consideración que el tramo Ocaña -Gamarra hacía parte del corredor vial de ruta del Sol, indicó que el concepto de corredor vial de la Sentencia C-300 de 2012, a su juicio, no es como se ha señalado, que tengan el mismo sentido o la misma dirección. Precisa que la Ruta del Sol, Sector 2, en su concepción original, era de Puerto Salgar hasta San Roque una línea recta, sin embargo, es una vía que transcurre de manera paralela al río Magdalena, atraviesa el país de sur a norte y de norte a sur, recogiendo el 70% del Producto Interno Bruto, entonces, como se ha hablado en el plan maestro de transporte intermodal y toda la Intermodalidad sin lugar a dudas Gamarra y Ocaña hacen parte del sector, aunque no discurren en el mismo sentido porque son vías que alimentan este corredor cuyo fin principal es comunicar Bogotá con los puertos del Caribe, en una concepción del multimodalismo, además que Gamarra es el puerto más al sur del río Magdalena, que funciona sin dragado, lo que en el tema del multimodalismo lo convierte en un sitio ideal porque puede venirse, ya sea desde el canal del Dique de Cartagena o desde el río Magdalena desde Barranquilla sin necesidad de dragar y se puede cargar y conectar con la carretera.

⁷³ Cfr. CD a folio 754 del Cuaderno principal 20
Expediente: IUS E - 2017 - 19229 / IUC D-2017-651-927370
Fallo de primera instancia sancionatorio.



Indicó que se hizo un modelo financiero marginal y el AIU (administración, imprevistos y utilidad) de la edición de Ocaña Gamarra era inferior al AIU del contrato original, debido a unas economías de escala que presentaba este concesionario, entonces, desde el punto de vista de costo propiamente dicho de la obra, en el Otrosí, ya en el costeo, la administración se disminuyó, del punto de vista de otro contratista la administración sería más costosa, porque este concesionario ya estaba con su personal directivo instalado, tenía sus campamentos en Aguachica, ya había tramitado licencias y eso se materializó en una disminución de la administración con respecto al contrato original, esto desde el punto de vista de costos.

Desde otros puntos de vista también existían situaciones que sólo podría dar este concesionario, por ejemplo, el disponer de los excedentes del recaudo de peaje; el disponer de las vigencias futuras del año 2024 y 2025, que de acuerdo a las previsiones de tráfico no se iban a utilizar; el poder gestionar el recaudo con los peajes de la troncal para pagar estas obras, pues sólo se podría hacer a través de este concesionario; no se podía licitar esta concesión y que otro concesionario pudiese usar los recursos de los peajes de la troncal o pudiese disponer de los recursos de las vigencias futuras del 2024 y del 2025; lo contrario implicaría hacer esta obra por obra pública con recursos de la Nación con los que no se contaba en ese momento o esperar a que esta concesión se acabara y licitarla nuevamente, lo que implicaría un retraso de 3 años en las inversiones.

Respecto del concepto emitido para el Otrosí 6, recuerda que fue favorable, señala que este contrato tenía una cláusula que hacía que se pudiera generar competencia entre constructores aún sí, si se hacía a través de un mecanismo de adición, que se llamaba licitación privada, y en el contrato desde el principio se previó la posibilidad de ser adicionado y se establecía que si se determinaba que había una necesidad o una situación que ameritara adicionar el contrato, primero el interventor y el concesionario se ponían de acuerdo en el valor de los diseños.

El concesionario hacía los diseños, después el interventor y el concesionario se ponían de acuerdo, en una cosa que se denomina valor tope de las obras y, a partir de ese valor tope de las obras el concesionario, está obligado a abrir una licitación privada publicando en 2 diarios de circulación nacional los términos y las invitaciones para las empresas interesadas; y eso se dio en el diario La República, se publicó 2 veces los pliegos para la licitación privada y se cumplió ese procedimiento establecido en contrato.

Afirma que no hubo presiones indebidas por parte del Doctor LUIS FERNANDO ANDRADE, ni de parte de algún agente del Ministerio de Transporte, de la ANI o de algún agente político con ocasión al estudio y la aprobación de los otros Otrosíes 3 y 6.

7.4.2.8 Testimonio rendido por **DANIEL FRANCISCO TENJO SUÁREZ**, el 18 de febrero de 2022⁷⁴, en su condición de Coordinador del Grupo Carretero.

⁷⁴ Cfr. CD a folio 520 del Cuaderno principal 19
Expediente: IUS E - 2017 - 19229 / IUC D-2017-651-927370
Fallo de primera instancia sancionatorio.

Indicó que para el Otrosí 6 empezó a tener conocimiento en el mes de septiembre de 2013, cuando le fueron asignadas funciones de Coordinador del Grupo Carretero y posteriormente fue nombrado Gerente de Proyecto Carretero en el mes de octubre de 2013, grupo que era encargado de la coordinación, seguimiento de los proyectos asignados, proyectos de concesión del modo carretero que asignaba la Vicepresidencia de Gestión Contractual.

Hizo referencia a la estructura de la Agencia a partir de las Vicepresidencias y las Gerencias, y en particular a los grupos de regularización por proyecto, al cual se le ponían en consideración las modificaciones que se hacían a los proyectos.

Para la suscripción de un Otrosí indicó que había todo un procedimiento definido que incluía la elaboración de una bitácora con todos los documentos, los soportes, las aprobaciones, las verificaciones que soportaran el análisis y la decisión que se iba a someter al comité de aprobaciones contractuales y posteriormente a la suscripción por parte del ordenador del gasto.

Precisa que el Comité era la última instancia de verificación de las decisiones a nivel contractual, de modificación, de suscripción de procesos nuevos, de aprobación de licitaciones, el cual estaba compuesto por el Presidente o sus delegados y los Vicepresidentes de la entidad.

Indica que para la suscripción del Otrosí 6 la interventoría del proyecto dio su concepto aprobando lo que se estaba proponiendo no solo desde la perspectiva técnica, sino que fue un concepto integral.

Refiere que el estudio de conveniencia que se va elaborando dentro del grupo de regularización, contiene elementos técnicos, jurídicos, financieros y se va desarrollando en la medida en que se va avanzando con la estructuración del proyecto.

Respeto de la viabilidad técnica que se emitió desde la Gerencia Contractual respecto al Otrosí 6, indicó que la misma se dio en consideración a que las especificaciones de la vía era las adecuadas, así como las especificaciones de operación y mantenimiento, se estaba cumpliendo la normatividad nacional en temas de diseño y construcción de vías en las especificaciones propuestas, básicamente todo el tema técnico relacionado con un proyecto de esta envergadura.

Indica que en ningún momento recibió instrucciones para alterar el procedimiento contractual o administrativo establecido para llevar a cabo esa modificación dentro del contrato de concesión de Ruta del Sol 2.

Sobre la consideración desde el punto de vista técnico del porqué la transversal Ocaña – Gamarra hacía parte del denominado *sector*, indica que la explicación está muy clara en el Otrosí 3 que fue el que incorporó el tramo y se inició con los diseños, está soportada en un análisis técnico de tránsito y se explica básicamente por razones de flujos de tráfico entre orígenes y destinos de la zona, lo que explicaba ese estudio es que los flujos comerciales entre la región de Ocaña en el Norte de Santander y la región de Aguachica en el Cesar y Rio de Oro se mueve a través de esa carretera entonces a pesar de que sean departamentos diferentes,

Expediente: IUS E - 2017 - 19229 / IUC D-2017-651-927370
Fallo de primera instancia sancionatorio.

56

Ocaña está localizado en el Departamento de Norte de Santander las personas y los negocios de esa zona no se abastecen a través de Cúcuta, se abastecen a través de la Ruta del Sol con su conexión obviamente a Aguachica y con su conexión a Bucaramanga y a Barranca y al centro del país.

Hizo referencia a otras concesiones en las que se realizaron adiciones de manera similar, en la concesión área metropolitana de Cúcuta que incluyó Tibú, en el proyecto Córdoba – Sucre incluyó el corredor que va de Montería a Lórica y también el que va de Sincelejo hacia Tolú, también incluyeron una parte del corredor que va de Sincelejo a Cartagena, en la vía que va hacia Tunja que es Briceño – Tunja – Sogamoso, le fue incluido el tramo que se llama transversal de Sisga que es Sisga – Guateque – el Secreto, en el proyecto Santa Marta – Riohacha – Paraguachón que el corredor inicial recorría desde Santa Marta hasta Riohacha llegando hasta la frontera, en algún momento también fue incorporado el tramo que va desde la Y de Ciénega hasta Bosconia.

Refiere que la obra que realiza el concesionario, era un ejercicio financiero, se utilizaban los mismos recursos que ya estaban definidos en el contrato de concesión, como el proyecto había tenido ingresos por encima de los que estaban presupuestado por peajes, una de las vigencias futuras que estaban previstas hacia el final no se iban a requerir, entonces se podían considerar como excedentes y eso permitía apalancar estas inversiones junto con los dos peajes adicionales y los peajes del proyecto inicial.

7.4.2.9 Testimonio rendido por **YASMINA DEL CARMEN CORRALES** el 23 de febrero de 2022⁷⁵, quien se desempeñó como líder del equipo de seguimiento del proyecto Ruta del Sol 2.

Sus funciones consistían en llevar a cabo el control y seguimiento tanto al contrato de concesión como al contrato de interventoría, llevar a cabo la articulación de todo el equipo de seguimiento del proyecto, analizar o llevar a cabo los estudios de conveniencia y oportunidad cuando se proponían modificaciones al contrato, básicamente el seguimiento al desarrollo del contrato de concesión y al contrato de interventoría.

Se refirió a los grupos de regularización como el espacio en donde cada una de las áreas pone a todo el equipo en contexto del seguimiento del proyecto, o si se tiene alguna dificultad en el contrato ya sea de concesión o de interventoría, estaban conformados por el equipo de seguimiento técnico, jurídico, y financiero, en los planes de regularización había un grupo multidisciplinario que no solo pertenecía a la gestión contractual sino también a otras vicepresidencias de la entidad.

Frente a una modificación contractual, u Otrosí al contrato de concesión o de interventoría, existía un procedimiento en el cual participaban todas las áreas del proyecto, se analiza la propuesta, se lleva a cabo la investigación para realizar el estudio de conveniencia y oportunidad que soporta la necesidad, se recoge el análisis que hace la interventoría, y los conceptos de cada una de las áreas, posteriormente se pone en consideración del Comité de Contratación, y ya el comité decide y sugiere

⁷⁵ Cfr. CD a folio 519 del Cuaderno principal 19
Expediente: IUS E - 2017 - 19229 / IUC D-2017-651-927370
Fallo de primera instancia sancionatorio.

la suscripción del documento, en el cual participa el Presidente de la ANI, los Vicepresidentes y debe cumplirse con un quorum de participantes.

Señala que se emitió un concepto de aval de la interventoría y posteriormente el grupo de regularización a cargo la elaboración del estudio de conveniencia y oportunidad inicia este proceso.

Respecto de la viabilidad técnica que se emitió desde la Gerencia Contractual respecto al Otrosí 6, señaló que conforme a los resultados del Otrosí 3 se llevó a cabo un análisis de la priorización de esas obras que tuvieran un mayor impacto en el corredor.

Precisa que el proyecto básicamente tenía un punto en común que era la intersección Aguaclara, la cual recibía todo el tráfico que venía desde Cúcuta y parte de Venezuela y también descendía todo el tráfico que iba hacia Aguaclara, todo ese tráfico que concluía en la intersección Aguaclara era el que alimentaba los peajes del proyecto Ruta del Sol 2, y en ese orden de ideas es un corredor que está de alguna manera ligado con este proyecto e iba a mejorar también no solo la transitabilidad del proyecto sino también del mismo sector donde estaba la ruta o la transversal de Oro Aguaclara – Gamarra, precisando que sector se refiere a corredor vial.

Indica que no hubo una no conformidad de los grupos interdisciplinarios con el concepto que había emitido el interventor, y en el evento que no se tuviera certeza de alguno de estos componentes se hacían las mesas de trabajo.

Manifiesta que de parte del Presidente LUIS FERNANDO ANDRADE no se le requirió alguna clase de documento con la cual no estuviera de acuerdo, y en cuanto al doctor HÉCTOR PINILLA Vicepresidente Jurídico, no recuerda que hubiera realizado manifestación acerca de la inconveniencia de celebrar el Otrosí.

Refiere que en caso de que una interventoría como la que tenía Ruta del Sol 2, que era integral emitía un concepto desfavorable desde el punto de vista técnico jurídico, ambiental, social, predial, no era viable el documento.

Señala que, en su caso, al igual que respecto del investigado DAVID MONTAÑO, lo que hicieron fue proyectar el Otrosí, consolidaron todos los conceptos de todas las áreas, proyectaron el estudio de conveniencia y cada uno de los gerentes en su componente revisaba el contenido del Otrosí, es decir que a ellos les avalaban los gerentes en cada una de las áreas, y que respecto de este investigado en ningún momento la indujo a ella o a alguno de los participantes o miembros del equipo a la suscripción de este Otrosí.

Precisa que en su concepto el *corredor vial* es del que hace parte el proyecto, no solamente entre esos puntos específicos, en el proyecto Ruta del Sol 2 el corredor vial estaba comprendido entre San Alberto y Aguachica entonces San Alberto y Aguachica no solo está en línea recta de ese tramo de vía sino también comprende lo que son intersecciones, acceso, derecho de vía, puentes, viaductos, intercepciones a desnivel, puentes peatonales, todo lo que hace parte de ese proyecto.



7.4.2.10 Testimonio rendido por **FRANCISCO JAVIER FORERO LOZANO** el 30 de marzo de 2022⁷⁶, quien estuvo vinculado en la ANI del 2011 hasta el 2015, mediante contrato de prestación de servicios en la Vicepresidencia de Gestión Contractual en temas financieros.

Refiere que no conoció el Otrosí 3 y respecto del Otrosí 6 indica fue un trabajo interdisciplinario entre las diversas áreas de la ANI, había aspectos jurídicos, aspectos técnicos y el apoyo financiero a estos temas, que era dirigido desde el grupo que manejaba EMERSON DURÁN, del cual hacía parte.

Respecto del modelo financiero analizado para el Otrosí 6, y los beneficios a favor del Estado señaló que no podía asegurar que haya beneficio hacia el Estado; pero que el trabajo que en su momento se hizo estuvo soportado con un tecnicismo financiero amplio donde lo primero que se identificó fue una tasa para remunerar al concesionario, que fue una tasa que se creó basados en una metodología que se llama UAC de Hacienda, pactada en 7.75 real, que difiere de la tasa en la cual estaba estructurado el contrato base de Ruta del Sol 2, había una diferencia amplia entre una tasa y la otra, el modelo financiero por se no generaba ningún beneficio para el Estado, simplemente estaba remunerando una adición en unas condiciones pactadas entre 2 partes.

Reconoce que la adición se iría a hacer a un costo menor para el Estado de lo que fue el contrato original, si se asume que se hubiese pactado en la división en la misma tasa del contrato base, pues hubiese salido más costoso para el Estado, y al ser la tasa de lo adicional, una tasa menor generó que se remunerará más rápido la concesión y, por ende, le saliera más barato del Estado, que, comparada con otros negocios, resultada una tasa baja.

7.4.2.11 Testimonio rendido por **MÓNICA ADARME MANOSALVA** el 3 de marzo de 2022⁷⁷, quien laboró como contratista de la ANI, en la Gerencia de Gestión Contractual 2 y posteriormente ingresó como funcionaria en provisionalidad y luego en un cargo de libre nombramiento y remoción.

Como contratista su labor era de acompañamiento a la Gerente de Gestión Contractual 2 que para ese momento era la doctora ALEXANDRA LOZANO en la revisión de los conceptos y de documentos de revisiones contractuales, ajustes, todo lo que se requiriera de la Gerencia de Gestión Contractual 2 respecto de los proyectos.

Precisó que, conforme a la estructura de la Agencia, las modificaciones tenían que surtir varios filtros. Se refiere a los equipos de regularización a los que se les ponía en consideración la viabilidad de suscribir ese tipo de adiciones y el equipo suscribía también el estudio de conveniencia y oportunidad, todo sometido a la aprobación del Comité de Asuntos Contractuales.

Respeto del concepto jurídico que se emitió por parte de la Gerente de Gestión Contractual 2 para la época de los hechos ALEXANDRA LOZANO, precisa que esa solicitud se la elevó el Vicepresidente de Gestión Contractual al doctor HÉCTOR

⁷⁶ Cfr. CD a folio 683 del Cuaderno principal 20

⁷⁷ Cfr. CD a folio 550 del Cuaderno principal 19

Expediente: IUS E - 2017 - 19229 / IUC D-2017-651-927370
Fallo de primera instancia sancionatorio.

PINILLA quien por el sistema Orfeo se lo delegó a la doctora LOZANO que tenía a su cargo entre otros muchos proyectos, el proyecto de Ruta del Sol 2.

Hizo alusión al concepto solicitado por el Concesionario, emitido por Néstor Humberto Martínez, en el mismo sentido, incluso va un poco más allá, que señala que, por la definición del objeto del contrato, porque el objeto del contrato no dice que es una ruta de punto A punto B, sino que habla de sector, él entendería que la adición no sería adición, sino que ya haría parte del contrato y lo único que tendría que hacerse era simplemente la licitación privada por parte del concesionario y no una adición, y quien posteriormente en su condición de funcionario público indicó que debía adelantarse por licitación pública.

Indicó que al tenor de la sentencia C – 300 de 2012 la Corte hace una precisión y dice que para estar relacionado con el objeto del contrato no quiere decir solamente que el tema sea un asunto origen destino, o sea que el tema sea exactamente la línea o la forma en la que esté estructurado el contrato.

Este caso además tenía esa particularidad y es que el objeto tenía una definición compleja, el cual habla de sector, y el contrato contempla la posibilidad de hacer adiciones a ese sector.

El punto referente a que las obras estén relacionadas con el sector no es un concepto de tipo jurídico, ya había un concepto integral que había emitido la interventoría, ellos si tienen técnicos además de abogados en los que habían considerado que ese tramo de Ocaña – Aguacalara – Puerto Capulco si hacía parte del sector.

Todo el tema técnico, además lo que se mencionó en el CONPES es que la adición que se hizo de Ocaña – Gamarra – Puerto Capulco permitía un poco cumplir con lo que luego la ley de infraestructura hablaba y es que se logre una conexión multimodal porque esto permitía la conexión a los puertos.

Básicamente cuando se habla de multimodal es porque se habla de modos de transporte, entonces hay transporte fluvial, terrestre, aéreo, marítimo y férreo, entonces en este caso como ese tramo permitía que se conectara con los puertos ribereños de Puerto Capulco y los demás puertos ribereños se cumplía con ese propósito que es un tema técnico.

Refiere que la interpretación que se dio desde la Gerencia Jurídica se acompasaba con el concepto que posteriormente fue emitido por el Consejo de Estado, sobre la interpretación del corredor vial. Al respecto aduce que el concepto del Consejo de Estado menciona de manera explícita que en las concesiones de 3ra generación que incluye el concepto de corredor vial se hace mención a la creación de una serie de vías, no habla simplemente de una vía origen – destino sino una serie de vías que permiten la comunicación entre centros de producción, consumo y distribución, y de hecho dice que no se refiere a un punto origen destino, sino que dice específicamente que puede referirse a una red de carreteras, vías urbanas, inter urbanas y otros elementos de infraestructura, entonces por esto afirma que es un tema técnico, no es un único punto del A al B una línea recta sino que es todo el tema de la red relacionado naturalmente con el concepto de sector que traía específicamente el contrato.

Refiere que lo que hizo el concepto del Consejo de Estado, fue ser un poco más explicativos porque la Corte desde el inicio decía que los contratos de concesión son contratos incompletos, en los que claramente no se puede pactar todo y que no están referidos simplemente a la construcción de una carretera porque si no para eso se hace un contrato de obra, sino que tienen un fin más allá de eso y es precisamente lograr la interconexión de las vías y lograr interconexiones completas.

Refiere que el requisito, de que la obra se encontrara dentro del mismo sector, se verifico desde lo técnico en dos momentos, el primero con el concepto integral de la interventoría que efectivamente dijo que era posible porque entendía que las obras propuestas hacían parte del sector y con el concepto incorporado dentro del Otrosí y los estudios de conveniencia y oportunidad que tenían el visto bueno del ingeniero ANDRÉS TORRES y del Vicepresidente de Gestión Contractual que definieron que efectivamente hacían parte del sector.

7.4.2.12 Testimonio rendido por **CECILIA ÁLVAREZ CORREA** el 28 de abril de 2022⁷⁸, quien se desempeñó como Gerente del Fondo de Adaptación del 13 de julio de 2011 hasta septiembre 3 del 2012 y Ministra de Transporte del 3 de septiembre del 2012 al 19 de agosto del 2014.

Refiere que la postulación del Ministerio respecto del tramo entre Aguaclara - Ocaña y Cúcuta se dio por las afectaciones de la ola invernal, y no se hacía específicamente para estructurar los proyectos como concesión, sino se dejaban las puertas abiertas para mirar las alternativas de contratación.

Precisa que los recursos eran limitados para que ese tramo fuera contratado por INVIAS.

Indica que, para llevar a cabo la adición, debían seguirse los requisitos presupuestales exigidos por la ley, el CONFIS, y el CONPES.

Refiere que como Ministra de Comercio, Industria y Turismo estuvo presente en el CONPES 3817 de octubre de 2014, que recomendó seguir adelante con la adición del tramo Ocaña - Gamarra al contrato Ruta del Sol sector 2, aclara que en ese CONPES no se aprobó adición, si no que se ratificó la prioridad del corredor y al final del CONPES se hicieron unas recomendaciones al DNP, al Ministerio de transporte y a la ANI y al Ministerio de Hacienda para el tema de las vigencias futuras.

Respecto de la modalidad de contratación, señaló que era una decisión de competencia de la ANI porque según su creación, tenía independencia presupuestal, financiera, técnica.

7.4.2.13 Testimonio rendido por **NATALIA ABELLO VIVES** el 29 de abril de 2022⁷⁹, quien se desempeñó como Ministra de Transporte del 19 de agosto de 2014, hasta el 06 de mayo de 2016.

Refiere que el CONPES 3817 de octubre del 2014 fue celebrado a pocos meses de estar en el cargo, el cual tuvo por objetivo incorporar la carretera Ocaña Gamarra con

⁷⁸ Cfr. CD a folio 813 del Cuaderno principal 20

⁷⁹ Cfr. CD a folio 813 A del Cuaderno principal 20

Expediente: IUS E - 2017 - 19229 / IUC D-2017-651-927370

Fallo de primera instancia sancionatorio.

la conexión a los puertos fluviales que están al norte y sur de Gamarra, hubo toda una explicación y estuvieron completamente de acuerdo en el CONPES que es un Consejo de Ministros ampliado sobre la declaratoria estratégica de este proyecto.

Señala que los CONPES nacen desde los distintos Ministerios y llegan a la instancia de Planeación Nacional, donde se hace todo un chequeo, debida diligencia, revisión, análisis de la situación y se recomienda desde Planeación al CONPES quien decide si se acoge o no se acogen.

Respecto del tema de las reclamaciones por sobre costos que estaba haciendo la concesionaria Ruta del Sol y que fue debatido en un Tribunal de Arbitraje, señala que estuvo con el equipo de la ANI, y con el propio LUIS FERNANDO ANDRADE revisando que se instauraron unas mesas de trabajo para revisión al interior de la ANI y en algún par de reuniones para evaluar su no conveniencia y se consideró que dichas reclamaciones no tenían el sustento para ser reconocidos, por lo cual fueron desestimados por la ANI.

En cuanto al proceso en contra de Odebrecht en el Tribunal de Arbitramento indica que siempre se tuvo un equipo de trabajo muy organizado, con intereses claros de adelantar las mejores acciones en pro de la ejecución de los proyectos y nunca tuvo inquietud con respecto a cómo se venían adelantando las gestiones.

7.4.2.14 Testimonio rendido por **JORGE ROJAS GIRALDO** el 4 de abril de 2022⁸⁰ quien se desempeñó como Ministro de Transporte entre el mes de mayo del 2016 y el mes de agosto del 2017.

Refiere que como Ministro en esa época no tuvo absolutamente nada que ver con ni el contrato ni la adjudicación, pero le tocó como jefe de la cartera coordinar con las distintas entidades las acciones jurídicas respecto a los hechos de corrupción de Odebrecht.

Sobre la relevancia del tramo respecto a todo el proyecto como tal del corredor principal, señala que era la relación entre la competitividad que dan todos estos proyectos de 4G y la competitividad del país, precisa que ese tramo ayuda a mejorar el alcance y la mejora del costo tonelada/kilómetro del transporte de carga por carretera para el centro y el Caribe.

Precisa que desde el Ministerio no se tenía injerencia frente a la modalidad de contratación.

7.4.2.15 Testimonio rendido por **CARLOS ROSADO ZÚÑIGA** el 20 de abril de 2022⁸¹, quien se desempeñó como director de INVIAS entre el 17 de agosto de 2010 y el 1 de octubre de 2012.

Señala que el tramo Agua clara- Ocaña-Cúcuta, fue afectado por la ola invernal 2010 – 2011, en particular esos departamentos de Norte de Santander, Cesar y Santander fueron de los que más afectación tuvieron.

⁸⁰ Cfr. CD a folio 742 del Cuaderno principal 20

⁸¹ Cfr. CD a folio 802 del Cuaderno principal 20

Expediente: IUS E - 2017 - 19229 / IUC D-2017-651-927370
Fallo de primera instancia sancionatorio.

Refiere que INVIAS contrató unos estudios y diseños para mejorar ese corredor, los cuales eran muy importantes porque había unos desarrollos portuarios muy significativos, en esa época, el INVIAS consideró como estratégico realizar esos estudios para precisamente dentro de los programas de competitividad del Gobierno Santos, darle la importancia que se merecía esa zona.

Indica que dentro de las expectativas del multimodalismo que deseaba el Gobierno, ese corredor era bastante importante.

Refiere que el INVIAS no contaba con los recursos necesarios para atender ese proyecto, y que en muchos de los proyectos que se desarrollaron el INVIAS dentro de su objeto de realizar estudios para proyectos que fueran más competitivos, cedía al Instituto Nacional de Concesiones, posteriormente ANI, para que fuera la ANI quién pudiera desarrollar vía concesión ese tipo de proyectos de gran envergadura.

7.4.2.16 Testimonio rendido por **JAVIER ALBERTO HERNÁNDEZ LÓPEZ** el 8 de abril de 2022⁸², quien ejerció como Viceministro de Infraestructura del 3 de octubre del 2012 al 30 de septiembre del 2013 y Vicepresidente Ejecutivo de la ANI del 1 de octubre de 2013 hasta el 27 de agosto del 2014.

Señala que para el momento estaba el programa de cuarta generación de concesiones en plena estructuración y había por parte de los concesionarios vigentes en ese momento de concesiones de primera, segunda o tercera generación, una posición jurídica que sostenía que se podían hacer adiciones casi absolutas a sus contratos sin ninguna limitación, sin necesidad de adelantar un proceso amplio de licitaciones sino a partir de una negociación con los concesionarios.

Esa posición de los concesionarios no era compartida ni por la ANI ni por el Ministerio, por lo cual no se quería generar un espacio que comprometiera las futuras licitaciones.

Indica que el Gobierno lo que quería en ese momento, se refiere a la ANI y al Ministerio, era adelantar esos procesos por licitación pública además consideraban que jurídicamente esa posición estaba errada y decidieron cerrar el tema por medio de una consulta que formuló la Ministra al Consejo de Estado, precisando que la Sala de Consulta y Servicio Civil emitió su concepto en el cual básicamente acogió la posición que tenían la ANI y el Ministerio de señalar que no había ninguna posibilidad de hacer esas adiciones como consideraban esos concesionarios y fijó claramente los límites bajo los cuales se podían hacer esas adiciones con fundamento además en una sentencia previa de la Corte Constitucional.

Precisa que la lógica detrás del concepto es que tenía que ser parte del mismo corredor, lo que implicaba que tuviera una conexión y que permitiera, como es natural, su ampliación. Una adición por definición propia supone incorporar al contrato algo que no había sido inicialmente contratado y el Consejo de Estado lo que dice es que tiene que estar dentro del mismo corredor vial lo que es absolutamente lógico para evitar, por ejemplo que si se tiene una concesión entre un punto A y un punto B,

⁸² Cfr. CD a folio 754 del Cuaderno principal 20
Expediente: IUS E - 2017 - 19229 / IUC D-2017-651-927370
Fallo de primera instancia sancionatorio.

se adicione un punto X y un punto Y que nada tenga que ver con ese corredor, pero si lo que pasa es que conecto de B a C y de esa forma me queda conectado de A hasta C, eso haría parte en su concepto del mismo corredor vial.

7.4.2.17 Testimonio rendido por **CARLOS ALBERTO GARCÍA MONTES** el 31 de marzo de 2022⁸³, se desempeñó desde julio del 2011 hasta septiembre del 2013, como Subdirector de la Red Nacional de carreteras de INVIAS; desde septiembre del 2013 a noviembre del 2014 como Viceministro de Infraestructura; de noviembre del 2014 a agosto del 2018, como Director del INVIAS y de septiembre del 2018 a la fecha, como Vicepresidente Ejecutivo de la ANI.

Respecto de la ola invernal indicó que se generaron daños especiales en departamentos de montaña, como son los casos de los Departamentos de Antioquia, Caldas, Cauca y en particular en los 2 departamentos de Santanderes.

Esos departamentos que son de alta montaña tienen unas pérdidas muy grandes en las vías y eso llevó a que el Gobierno Nacional tomará decisiones de crear un fondo que se denominó el Fondo de Adaptación, y en ese fondo se empezó a hacer la estructuración de proyectos de concesión justo para esos departamentos, mientras que la ANI adelantaba también procesos de estructuración, pero para otras vías del país en otras regiones.

Indica que las vías más importantes de Norte de Santander son la vía que va de Cúcuta a Ocaña, y Agua Clara, que es en dirección hacia el Magdalena y la vía que va entre Cúcuta a Bucaramanga, las cuales tuvieron muchísimas afectaciones y ambas vías fueron objeto de obras por parte también del Fondo de Adaptación.

Señala que la vía a Agua clara - Gamarra era una vía de prioridad para Colombia, que se necesitaba hacer en aquella época, se conectaba la vía con la troncal del Magdalena o con las denominadas Rutas del Sol 2 y Ruta del Sol 3, con el propósito de llegar hacia el Caribe colombiano. Pero también había una situación y era que había un potencial enorme de la instalación de unos puertos fluviales en el río Magdalena, pues se tenía también por parte del Gobierno anterior la iniciativa de la navegabilidad del río Magdalena y se veía con toda claridad, y así sucedió, de que la exportación de carbón bajaría.

Lo cual llevo a que se vinculará como en el proyecto de concesión, igual ha pasado en otras vías del país, no todas las vías concesionadas de cuarta generación son vías de carácter nacional, hay tramos muy importantes de las vías que son vías departamentales, pero por su importancia estratégica se vinculan a estos proyectos de concesiones.

Indicó que el INVIAS no tenía la disponibilidad de recursos, y una de las problemáticas era que carecía de estudios y diseños y el interés del Ministro Cardona, fue hacer un gran programa de estudios y diseños de las vías más importantes, entre estos los estudios y diseños de la vía que iba entre Cúcuta, Ocaña hasta Agua Clara, porque se necesitaba tener estudios y diseños y luego conseguir recursos, pero no había recursos distintos a los que se podían disponer a través de procesos de

⁸³ Cfr. CD a folio 716 del Cuaderno principal 20
Expediente: IUS E - 2017 - 19229 / IUC D-2017-651-927370
Fallo de primera instancia sancionatorio.



concesión, y resultaba una opción interesante realizarlo a través de la adición, con ocasión de los recursos por peajes.

7.4.2.18 Testimonio rendido por **BEATRIZ EUGENIA MORALES VÉLEZ** el 18 de abril de 2022⁸⁴, quien se desempeñó como Vicepresidente de Estructuración de la ANI desde octubre del 2011, que para la fecha era el INCO, era la Subgerencia de Estructuración y con la transformación a la ANI el cargo se denominó Vicepresidencia de Estructuración y estuvo hasta el 12 de enero del 2015.

Respecto del proyecto de concesiones de 4ta generación, señala que fue uno de los propósitos del plan nacional de desarrollo que fue la locomotora de infraestructura en el primer gobierno del presidente Santos. Se escogieron unos corredores de comercio exterior muy importantes para la competitividad del país, esto consistió tanto en transversales como en troncales, se escogieron las vías que tenían un tráfico importante, corredores de carga que iban pues hacia los puertos y desde el interior del país y de sur a norte. Tanto de sur a norte como de oriente a occidente, con un tráfico importante que requerían segundas calzadas, viaductos, algunas construcciones nuevas, de tal manera que en general el país mejorara ese índice de competitividad que lo ubicaban en mal lugar dentro de los países sobre todo de América latina.

Se priorizaron alrededor de 40 proyectos, divididos en olas y en la medida que se iban asignando un cupo de vigencias futuras, porque estos proyectos se financiaban tanto de peajes como con vigencias futuras, o sea recursos del presupuesto nacional, se asignó un cupo y ese cupo se fue de alguna manera consumiendo a través de las distintas olas que se fueron sacando una vez estructurados para los inversionistas, en eso consistía el programa.

Precisa que estos fueron unos proyectos estructurados técnica, financiera y legalmente con muchísimo rigor, a diferencia de generaciones anteriores, otra diferencia importante fue la asignación de riesgos.

Señala que los recursos que se asignaron a la ANI no eran suficientes para poder estructurar lo que se quería del programa, esto es cerca de 40 proyectos, entonces hubo entidades como FONADE y el Fondo Adaptación que también tenían recursos para estructurar, con quienes se hicieron convenios para estructurar a través de ellos dada la gran cantidad de estos proyectos de 4ta generación.

Señala que el tramo entre Ocaña y Agua Clara se priorizó por la afectación por la ola invernal, que era un corredor importante porque en 4G se priorizaron todos estos corredores de comercio internacional y este es un corredor que está en la frontera con Venezuela y porque era una especie de transversal que también unía a Cúcuta hacia algo muy cerca al río Magdalena; de tal manera que también se conectara con otras vías también de 4G o concesiones que ya existían para que tuviera acceso hacia el Caribe.

⁸⁴ Cfr. CD a folio 780 del Cuaderno principal 20.
Expediente: IUS E - 2017 - 19229 / IUC D-2017-651-927370
Fallo de primera instancia sancionatorio.

7.4.2.19 Testimonio rendido por **MARÍA CLARA GARRIDO GARRIDO** rendido el 1 de abril de 2022⁸⁵, ejerció como Vicepresidente Administrativa y Financiera de la ANI a partir del 30 de abril de 2012 hasta el 30 de noviembre de 2017.

Respecto de la vinculación de JUAN SEBASTIÁN CORREA, refirió que ingresó como contratista al INCO y cuando ingresó LUIS FERNANDO ANDRADE lo encontró ahí como contratista. Posteriormente, cuando se crea la planta de personal de la ANI, él es vinculado como asesor al despacho del Presidente.

Considera que las funciones que realizaba eran de apoyo, recuerda una en particular y era que era el enlace entre la Presidencia y el Congreso de la República.

Indica que las razones de la salida de la ANI no las tiene presentes, pero fue él quien presentó renuncia a su cargo y le fue aceptada, y nunca conoció que hubiera habido presión para que renunciara.

7.4.2.20 Testimonio rendido por **ALFREDO BOCANEGRA VARÓN** el 17 de marzo de 2022⁸⁶, laboró en la ANI en el período comprendido entre el día 1 de junio de 2015 hasta el día 30 de junio de 2016, como Vicepresidente Jurídico.

Refiere que con ocasión de la captura de Marcelo Odebrecht en Brasil, el señor Andrade en su calidad de presidente de la ANI dispuso que con la mayor celeridad y diligencia se estudiara el alcance que podría tener ese impacto desde el punto de vista contractual, en ese mismo sentido se hicieron varias reuniones con el equipo interno y también una ampliada en la Presidencia de la ANI con la presencia de la Ministra de Transporte y telefónicamente con el Superintendente de Sociedades, y su posición que fue respaldada por el doctor Andrade es que había una grave afectación de los principios de contratación, particularmente de la moralidad pública y en ese sentido se solicitó al Superintendente de Sociedades revisar la posibilidad de suspender el contrato.

Señala frente a los hechos de corrupción, que la actitud de LUIS FERNANDO ANDRADE era de inmensa molestia por el hecho de la causación del daño que ya se veía reflejado en el cual estaba expuesto no solo el patrimonio sino la reputación de Colombia era de absoluta transparencia e independencia para que no ahorraran instrumentos para evitar que estos temas no quedaran en la impunidad y que hubiera hacia adelante también la posibilidad de detectarlos, de sancionarlos severamente.

Indica que en la estructuración de los Otrosíes prevaleció el criterio técnico, incluso los grupos fueron interdisciplinarios, sin favorecimientos, nunca hubo una reunión separada ni una agenda paralela, todo se ventilaba en los Comités Técnicos donde se ventilaba una agenda muy específica y en los Comités de Dirección.

7.4.2.21 Testimonio rendido por **HARVEY CARRASCAL QUINTERO** el 17 de marzo de 2022⁸⁷, se desempeñó como contratista de prestación de servicios de la ANI

⁸⁵ Cfr. CD a folio 717 del Cuaderno principal 20

⁸⁶ Cfr. CD a folio 595 del Cuaderno principal 19.

⁸⁷ Cfr. CD a folio 595 del Cuaderno principal 19

Expediente: IUS E - 2017 - 19229 / IUC D-2017-651-927370
Fallo de primera instancia sancionatorio.



durante el período de octubre 2006 a febrero 2017, en apoyo de la gestión jurídica de los contratos de concesión en los modos carretero, férreo y portuario.

Refiere que solamente tiene conocimiento de la proyección del concepto para la viabilización de la adición del tramo Ocaña – Gamarra - Puerto Acapulco.

Precisa que ese concepto corresponde a la respuesta a una consulta realizada por el área de gestión contractual, el concepto era naturalmente del área jurídica que se complementaba con los conceptos de las áreas técnicas.

El contexto del concepto fue formulado por el Dr. CAMILO ROZO como Vicepresidente del Área de Gestión Contractual, elevado a la Vicepresidencia Jurídica, y de ahí asignado a la coordinación que estaba a cargo de la Doctora ALEXANDRA LOZANO, quien lo asignó a MÓNICA ADARME y a él para el análisis de las condiciones jurídicas que permitían o no dar la respuesta a la consulta elevada.

Señala que en ese análisis la sentencia C – 300 de 2012 fue un insumo jurídico priorizado, teniendo en cuenta que el contenido desplegado obedecía a los análisis de los criterios normativos que estaban en el contexto de la de la consulta y que era necesario para la determinación de la procedencia de la adición.

Indica que un elemento del análisis era si las obras debían ser relacionadas con el objeto o si podían ser obras distintas al objeto; para las obras directamente relacionadas al objeto, la sentencia estableció unos criterios, para lo que llamó obras accesorias que corresponden al objeto inicial y esto era que hubiese complementariedad, que las obras a realizar correspondieran a rehabilitación o reparación de la obra y para la adecuación tecnológica de la vía. En virtud de la cláusula 103 del contrato de concesión, se establece que el tramo a adicionar era complementario y en esa medida, en el concepto se señaló que podía realizarse la adición siempre que se considerara que técnicamente hacía parte del sector.

Respecto de la viabilidad técnica a la que se sometió la aplicación de su concepto, indica que lo natural es que corresponde al área de gestión contractual que tiene la supervisión del contrato y en la medida que eran quienes tenían acceso a la confirmación de las directrices técnicas, sociales, económicas que podían complementar esta condición del concepto jurídico.

Sobre su relación con JUAN SEBASTIAN CORREA señaló que en alguna ocasión lo invitó a un almuerzo en el cual lo presentó con el señor OTTO BULA, y posterior a ello JUAN SEBASTIÁN le hizo un comentario que considero inapropiado, algo que mencionaba una relación del señor BULA con el señor ELÍAS VIDAL, quienes estaban usando a LUIS FERNANDO ANDRADE para obtener una información sin que este lo supiera, aduciendo que no indagó sobre el particular, y no puso en conocimiento de esta situación al Doctor ANDRADE.

Indica que cuando se dio la captura de OTTO BULA, JUAN SEBASTIÁN lo abordó para darle un mensaje del señor BULLA, que, si lo buscaban de la Procuraduría o la Fiscalía que no hablara, y posteriormente lo llamo para decirle que se fuera de la entidad.

Señala que en las veces que se reunió con el Doctor HECTOR PINILLA él siempre se mostró como acompañando los conceptos de la Gerencia Jurídica, y no hizo ninguna manifestación de no estar de acuerdo.

Alude que se trataba de un aspecto técnico, que la justificación se dio atendiendo aspectos como la vocación de integración multimodal, desde el punto de vista estratégico, en relación con otros proyectos del país, precisando que son elementos de justificación técnica que se pueden explicar desde lo jurídico, sí, pero que son insumos desde lo técnico.

7.5. ANÁLISIS Y APRECIACIÓN INTEGRAL DE LAS PRUEBAS

Relacionadas las anteriores pruebas se determina, respecto de las documentales que su decreto y práctica se realizó en vigencia de las etapas procesales y con las formalidades legales establecidas, las cuales fueron remitidas e incorporadas al proceso, provienen de autoridades públicas y, en ese orden, se presumen auténticas al no observarse manifestación alguna de falsedad frente a su contenido por parte de los sujetos procesales, atendiendo lo consagrado en el artículo 425 de la Ley 906 de 2004, y lo consignado en el artículo 244 del Código General del Proceso⁸⁸.

Respecto de las pruebas testimoniales se practicaron con el cumplimiento de las formalidades legales establecidas, y con garantía del derecho de contradicción.

En lo que atañe a las pruebas trasladadas del proceso penal provenientes del Juzgado 25 Penal del Circuito de Bogotá, se advierte que una vez fueron recibidas, se pusieron en conocimiento de los sujetos procesales⁸⁹, como consta en el expediente, garantizando de tal manera el derecho de contradicción a los sujetos procesales, así como el proceso proveniente del Consejo de Estado por medio del cual se decretó la pérdida de investidura del excongresista BERNARDO MIGUEL ELIAS VIDAL, del proceso arbitral No 4190 y 4209, y del proceso que cursó en la Superintendencia de Industria y Comercio⁹⁰, cumpliéndose con la garantía del derecho a ser controvertidas al tenor de lo previsto en el artículo 135 de la Ley 734 de 2002.

⁸⁸ La Corte Constitucional mediante Sentencia Unificada SU-129/21 dispone lo siguiente sobre la autenticidad de los documentos públicos: *“(i) Si una de las partes aporta un documento privado afirmando que fue suscrito o expedido por la contraparte, y esta no lo tacha de falso, se presume que es auténtico; (ii) Lo mismo ocurre con los documentos públicos, pues, se presumirán auténticos “mientras no se compruebe lo contrario”; (iii) el documento público prueba, plenamente, su fecha, las declaraciones que contiene y su otorgamiento; y (iv) Si fue suscrito por un funcionario sin competencia o sin las formas debidas, se tendrá como documento privado.”*

⁸⁹ Cfr. folio 882 del cuaderno principal 21.

⁹⁰ Cfr. Folios 890 del Cuaderno principal 21

Expediente: IUS E - 2017 - 19229 / IUC D-2017-651-927370
Fallo de primera instancia sancionatorio.

Así todas las pruebas decretadas fueron practicadas y debidamente incorporadas al proceso; en tal sentido obra en el expediente previo al traslado de alegatos de conclusión, la relación de las pruebas y los folios donde reposa cada una de las que fueron practicadas en la etapa del juicio a las cuales se hizo referencia en el auto de traslado, y que fueron remitidas a los sujetos procesales.⁹¹

De acuerdo con lo contemplado en el artículo 141 de la Ley 734 de 2002, se procede a apreciar conjuntamente las pruebas conforme a las reglas de la sana crítica.

La certeza sobre los elementos de la responsabilidad disciplinaria, como son tipicidad, ilicitud sustancial y culpabilidad deben surgir de las pruebas legal y regularmente aportadas durante el proceso. Las reglas sustanciales con las cuales, en cada caso concreto, se determinan las categorías citadas implican el cumplimiento de los requisitos de: i) los elementos probatorios permitidos; ii) el régimen de análisis; y iii) los niveles de certeza establecidos por el legislador para acreditar los factores que constituyen la responsabilidad⁹².

El artículo 128 de la Ley 734 de 2002, señala que toda decisión interlocutoria y el fallo disciplinario deben fundarse en pruebas legalmente producidas y aportadas al proceso por petición de cualquier sujeto procesal o en forma oficiosa. En términos de la Corte Constitucional, *"...las pruebas judiciales son los medios señalados por el legislador para crear en el juzgador la certeza o el convencimiento sobre la verdad de los hechos que son materia de los procesos respectivos, con el fin de que el mismo aplique el ordenamiento positivo a los casos concretos"*⁹³.

La Ley 734 de 2002 instauró como sistema de valoración probatoria el de la sana crítica, en efecto, en su artículo 141 dispone que *"las pruebas deberán apreciarse conjuntamente, de acuerdo con las reglas de la sana crítica"*, razón por la que en materia disciplinaria no hay tarifa legal sino valoración racional, por lo que una sola prueba puede resultar suficiente para la demostración del hecho, siempre que sea verídica, creíble y suficiente para su comprobación, de ahí que es posible que haya medios de prueba que no se hubiesen practicado, pero cuya incorporación a la actuación resulte superflua, o que algunos de los recaudados no incidan en el análisis, por cuanto solo de algunos se permitió adoptar una decisión definitiva.

La Corte Constitucional sobre el sistema de la sana crítica o de persuasión racional ha referido que obliga al operador a establecer por sí mismo el valor de las pruebas con base en las reglas de la lógica, la ciencia y la experiencia.⁹⁴

Por su parte el Consejo de Estado ha señalado que *"en cuanto a la apreciación del material probatorio, la Ley 734 de 2002 en el artículo 141 señaló también, que esta debe hacerse según las reglas de la sana crítica, de manera conjunta y con explicación en la respectiva decisión del mérito de las pruebas en que esta se*

⁹¹ Cfr. 883 – 888 Cuaderno principal 21

⁹² Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B", Consejera Ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, sentencia de 6 de octubre de 2016, Radicación 2012-00681-00, Actor: Piedad Esneda Córdoba Ruiz.

⁹³ Corte Constitucional. Sentencia C-830 de octubre ocho (8) de dos mil dos (2002). M.P. Dr. Jaime Araujo Rentería.

⁹⁴ Corte Constitucional, sentencia C- 202 de 2005.

Expediente: IUS E - 2017 - 19229 / IUC D-2017-651-927370

Fallo de primera instancia sancionatorio.

fundamenta. Sobre el particular la Subsección A advirtió: « [...] No puede perderse de vista que en los procesos disciplinarios, como lo ha precisado en reiteradas ocasiones la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, el operador disciplinario cuenta con una potestad de valoración probatoria más amplia que la del mismo operador judicial penal, que le autoriza para determinar, en ejercicio de una discrecionalidad razonada, cuándo obran en un determinado proceso pruebas suficientes para moldear la convicción respecto de la ocurrencia o no de los hechos, los que, a su vez, le conducen a la certidumbre de la comisión de la falta y de la responsabilidad del investigado.»

Finalmente, se señala que el artículo 142 de la Ley 734 de 2002, indica, de manera precisa que *“no se podrá proferir fallo sancionatorio sin que obre en el proceso prueba que conduzca a la certeza sobre la existencia de la falta y de la responsabilidad del investigado”*.

Con fundamento en lo anterior, al momento de emitir el fallo se debe tener la convicción y la certeza probatoria de que efectivamente el servidor público incurrió en la falta que se le imputa, con fundamento en los medios que fueron recaudados a lo largo de la actuación, que serán valorados conforme al sistema de la sana crítica, por expresa disposición legal.

De la valoración razonada de los medios de prueba allegados a la investigación se encuentran probados los siguientes **HECHOS DISCIPLINARIAMENTE RELEVANTES PROBADOS:**

7.5.1 Suscripción del Contrato de Concesión No. 001 de 2010.⁹⁵

El 14 de enero de 2010, entre GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES, en calidad de Gerente General Encargado y DAVID EDUARDO VILLALBA ESCOBAR en calidad de Subgerente de Estructuración y Adjudicación, actuando en representación del Instituto Nacional de Concesiones INCO, y de otra parte AMILTON HIDEAKI SENDAI y MANUEL RICARDO CABRAL XIMENES, en calidad de representante legal principal y representante legal suplente de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S, suscribieron el contrato de concesión, cuyo objeto fue el siguiente: *«el otorgamiento de una concesión para que de conformidad con lo previsto en el numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, el Concesionario, por su cuenta y riesgo, elabore los diseños, financie, obtenga las Licencia Ambientales y demás permisos, adquiere los Predios, rehabilite, construya, mejore, opere y mantenga el Sector»⁹⁶, conforme a la propuesta presentada por la concesionaria⁹⁷ y que fue adjudicada mediante la Resolución n.º 641 del 15 de diciembre del 2009⁹⁸.*

⁹⁵ Cfr. CD 2 FI 120 Cuaderno anexo No. 08 "Documento 12 Contrato de Odebrecht"

⁹⁶ Confrontar anexo técnico n.º 8, folio 120 archivos magnéticos, subcarpeta 12, documento pdf, identificado como CONTRATO DE CONCESIÓN 001 2010 RUTA DEL SOL S.A.S., página 14 del contrato y 15 del documento.

⁹⁷ Confrontar cuaderno original n.º 4, folio 32, DVD n.º 1, carpeta Disco 1, subcarpeta, Documentos Precontractuales PDF, archivo denominado RUTA DEL SOL SECTOR 1 Y 2 CAJA 10 CARP. 61

⁹⁸ Confrontar anexo técnico n.º 8, folio 120, DVD, carpeta n.º 4. Resoluciones de Adjudicación y Actas, subcarpeta, Resoluciones de Adjudicación, carpeta Ruta del Sol, Licitación 2009-sectores 1, 2 y 3, Carpeta Sector 2, documento PDF, RESOLUCIÓN DE ADJUDICACIÓN 641.

Expediente: IUS E - 2017 - 19229 / IUC D-2017-651-927370

Fallo de primera instancia sancionatorio.

La citada propuesta específicamente señalaba que era para ofertar el Sector 2, bajo la estructura de promesa de sociedad futura denominada Estructura Plural Promesa de Sociedad Futura Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. compuesta por: i. Constructora Norberto Odebrecht S.A.; ii. Odebrecht Inversiones Em Infra-Estructura Ltda.; iii. Estudios y Proyectos del Sol S.A. – EPISOL S.A. y iv. CSS Constructores S.A.

Así mismo, cabe señalar que el valor del citado contrato ascendió a la suma de dos billones noventa y cuatro mil doscientos ochenta y seis millones de Pesos (\$2.094.286.000.000,00) constantes del 31 de diciembre de 2008, que corresponde al VPIT⁹⁹, **específicamente para el trayecto comprendido entre Puerto Salgar y San Roque¹⁰⁰.**

Del contrato de concesión se resalta lo siguiente:

"SECCIÓN 1.01 Definiciones

Para los fines de este Contrato, a menos que expresamente se estipule de otra manera, los términos en mayúscula inicial que aquí se usan tendrán el significado asignado a dichos términos en este Capítulo. Los títulos de las Secciones y Capítulos se incluyen con fines de referencia y de conveniencia pero de ninguna manera limitan, definen o describen el alcance y la intención de presente Contrato y no se consideran como parte del mismo. Las palabras técnicas o científicas que no se encuentren definidas expresamente en este Contrato tendrán los significados que les correspondan según la técnica o ciencia respectiva y las demás palabras se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas. Para efectos de este Contrato, se establecen las siguientes definiciones, las cuales podrán ser usadas en singular como en plural:

(iii) "**Obras de Construcción, Rehabilitación y Mejoramiento**". Serán aquellas requeridas para la construcción y/o rehabilitación y/o mejoramiento, del Sector según éste se describe en el Apéndice Técnico. Las Obras de Construcción, Rehabilitación y Mejoramiento permitirán que el Concesionario cumpla con los Indicadores.

(iii) "**Obras de Mantenimiento**". Son las actividades de mantenimiento que deberá desarrollar el Concesionario sobre cada Tramo o Hito durante las diferentes etapas del presente Contrato, incluyendo las actividades de mantenimiento que deberá desarrollar el Concesionario sobre el Sector una vez concluida la Fase de Construcción. Todo lo anterior con sujeción a los términos de la Sección 2.08, del Capítulo IX y del Apéndice Técnico del presente Contrato.

(aaaa) "**Rehabilitación**". Es el conjunto de actividades necesarias para reconstruir, reponer o recuperar las condiciones originales de la vía del Sector, de manera que se cumplan las especificaciones técnicas definidas en el Apéndice Técnico del presente Contrato.

(bbbb) "**Sector**". **Es el trayecto comprendido entre Puerto Salgar y San Roque cuyas especificaciones de identificación y referencia se detallan en el Apéndice Técnico y sobre el cual**

⁹⁹ Valor de la propuesta presentada en la licitación.

¹⁰⁰ Confrontar anexo técnico n.º 8, folio 120 archivos magnéticos, subcarpeta 12, documento pdf, identificado como CONTRATO DE CONCESIÓN 001 2010 RUTA DEL SOL S.A.S., página 63 del contrato y 64 del documento.

Expediente: IUS E - 2017 - 19229 / IUC D-2017-651-927370

Fallo de primera instancia sancionatorio.

se llevarán a cabo las obligaciones de resultado a cargo del Concesionario comprendidas en el presente Contrato. (Negrilla fuera de texto).

SECCIÓN 1.02. Objeto.

El objeto del presente Contrato es el otorgamiento de una concesión para que de conformidad con lo previsto en el numeral 4 del artículo 32 de la ley 80 de 1993, el Concesionario, por su cuenta y riesgo, elabore los diseños, financie, obtenga las Licencias Ambientales y demás permisos, adquiera los Predios, rehabilite, construya, mejore opere y mantenga el Sector.

(a) La contraprestación del Concesionario consistirá en (i) los Aportes del INCO al Patrimonio Autónomo en los términos señalados en la Sección 13.03 del Contrato, y (ii) los ingresos provenientes del recaudo del Peaje, en los términos señalados en la Sección 13.05 del presente Contrato.

(b) La concesión incluye la ejecución completa y en los plazos previstos de (i) las obligaciones señaladas en la Sección 2.02 que deberán ejecutarse durante la Fase de Preconstrucción; (ii) las Obras de Construcción, Rehabilitación y Mejoramiento, cumpliendo plenamente con lo previsto en las Especificaciones Técnicas y los demás documentos que hacen parte de este Contrato de Concesión, (iii) las Obras de Mantenimiento, cumpliendo plenamente con lo previsto en las Especificaciones Técnicas y los demás documentos que hacen parte de este Contrato de Concesión; (iv) las obligaciones de Operación conforme a las Especificaciones Técnicas y los demás documentos que hacen parte de este Contrato de Concesión; y (v) las demás obligaciones previstas en el presente Contrato, incluyendo pero sin limitarse a las Obligaciones Ambientales y de Gestión Social, así como la gestión y adquisición predial. Todas las obligaciones mencionadas en el presente Contrato son obligaciones de resultado a cargo del Concesionario.

(c) Sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley Aplicable, el Concesionario podrá usar para fines comerciales o publicitarios los activos concesionados así como los bienes inmuebles (incluyendo los inmuebles por adhesión o accesión) o muebles que formen parte del Sector que hayan sido construidos por el Concesionario o que hayan sido entregados por el INCO en concesión, en desarrollo del presente Contrato, en los términos y condiciones expresamente previstos en el presente Contrato, en particular en el Apéndice Técnico y en la Ley Aplicable.

(d) **El alcance físico del Sector aparece indicado en el Apéndice Técnico.** (Negrilla fuera de texto).

(....) SECCIÓN 19.14. Ley Aplicable.

Este Contrato se rige por la ley vigente en la República de Colombia. Este Contrato se rige por el Decreto-Ley 1421 de 1993, la ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007 y sus decretos reglamentarios y demás normas complementarias o concordantes".

Apéndice técnico Sector 2 parte A

"(....) 1.2 Descripción del sector

El Sector 2 hace parte de los corredores que corresponde al Proyecto Vial Ruta del Sol, con una extensión aproximada de 1.071 Km cuyo propósito es mejorar la comunicación entre el interior del país y el Caribe

Central, transformando la red vial existente en una vía de doble calzada y buenas condiciones geométricas. El proyecto Vial Ruta del Sol se dividió en tres (3) Sectores así:

Sector 1: Nuevo Corredor Villeta – Guaduro – El Koran (aproximadamente 78 km);

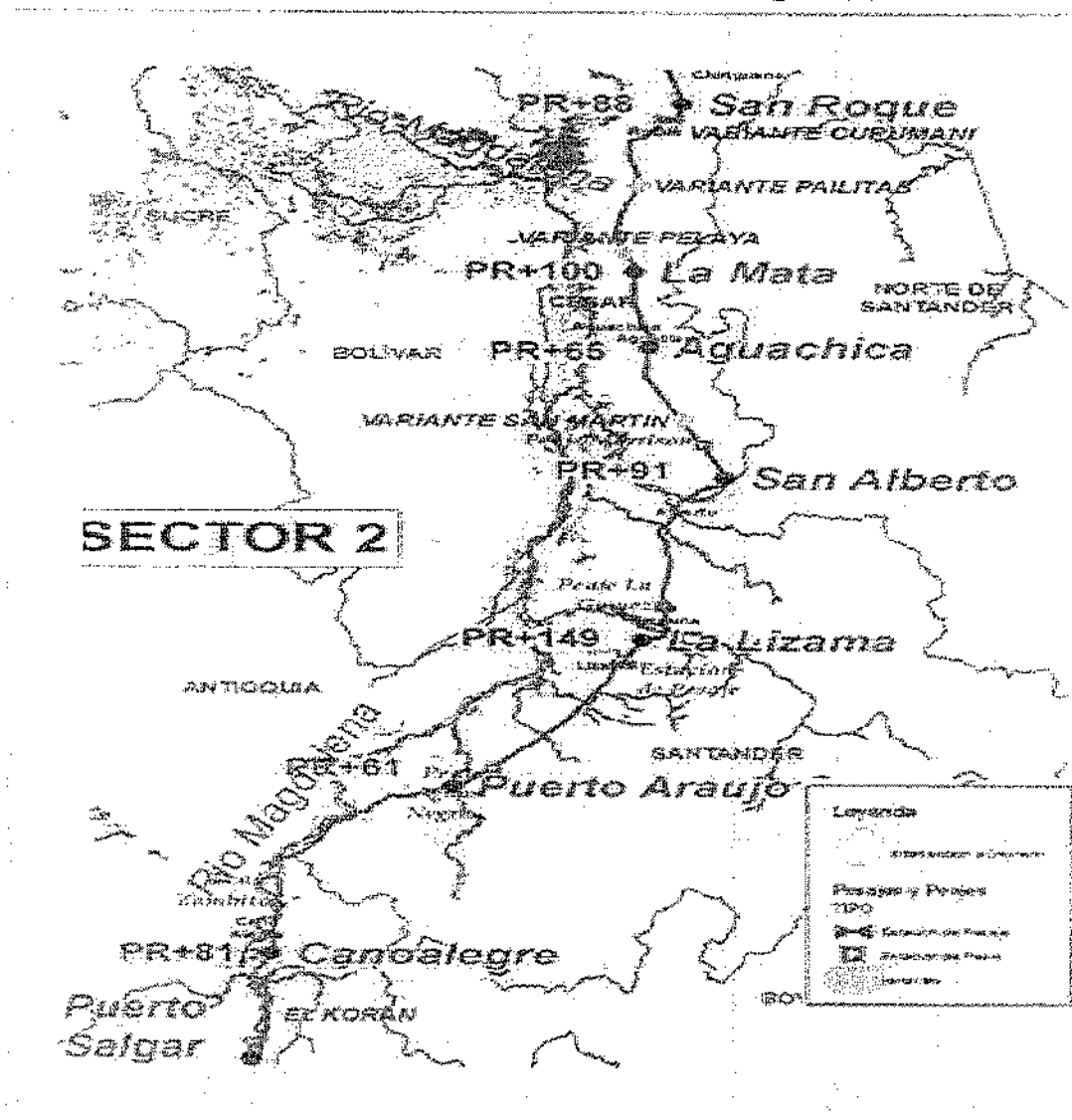
Sector 2: Corredor Puerto Salgar – San Roque (aproximadamente 528 km); y

Sector 3: Corredores San Roque – Ye de Ciénaga y El Carmen de Bolívar – Valledupar (aproximadamente 465 km).

(....) 1.4 Identificación del Sector

En la figura 2 se muestra un croquis que recoge, esquemáticamente, la red vial del Sector 2. En el cuadro 1, que sigue a la figura 2, se indica el número de las rutas, según la denominación de INVIAS y los Tramos de éstas que componen el Sector 2.

Figura 2. Sector 2. Localización general.



Cuadro 1. Sector 2. Rutas y longitudes aproximadas.

TRAMO	No. de RUTA	P.R INICIO	P.R FINAL	LONGITUD (Km)
Puerto Salgar- Cañoalegre	4510	PR 34	PR 81	47
Cañoalegre- Puerto Araujo	4510	PR 81	PR 134	114
Cañoalegre – Puerto Serviéz		PR 00	PR 61	
Puerto Serviéz – Puerto Araujo		4511		
Puerto Araujo La Lizama	4511	PR 61	PR 149	88
La Lizama- San Alberto	4513	PR 00	PR 91	91
San Alberto - Aguachica	4514	PR 00	PR 65	65
Aguachica- La Mata	4514	PR 65	PR 100	35
La Mata – San Roque	4515	PR 00	PR 88	88
TOTAL aproximado				528

7.5.2 Adición al Contrato de Concesión No. 001 de 2010 a través del Otrosí 3.

En desarrollo de dicho contrato de concesión, el 15 de junio del 2012, con radicado n.º 2012-409-016979-2¹⁰¹, EDER PAOLO FERRACUTI, representante legal de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., le indicó a la ANI su interés en efectuar la rehabilitación y mejoramiento de la ruta que intercepta el Sector 2 de la Ruta del Sol en cercanías de Puerto Araujo, tramo con una longitud aproximada de 17 km, que no se encontraba en el alcance de las obras a construir en el proyecto Autopistas de la Montaña. Adicionalmente, que estos trabajos de rehabilitación y mejoramiento podrían realizarse como compensación a la modificación del proyecto de doble calzada a calzada sencilla solicitada por la Agencia en el tramo Puerto Salgar – El Korán.

Es importante mencionar que dentro de la actuación se encuentra el oficio suscrito por el Presidente de la ANI, LUIS FERNANDO ANDRADE MORENO, del viernes 13 de julio del 2012, con número de salida 2012-305-008705-1, a través del cual le indicó a EDER PAOLO FERRACUTI, representante legal de la Concesionaria Ruta del SOL S.A.S, lo siguiente (ver folio 11 del anexo No. 30):

"En atención a la comunicación del asunto, en la cual nos solicitan una respuesta a la propuesta de incluir dentro del Contrato de Concesión la rehabilitación y mejoramiento de la ruta 6206 tramo Puerto Berrío – conexión ruta 4511, nos permitimos

¹⁰¹ Confrontar cuaderno original n.º 4, folio 32, DVD n.º 1, carpeta Disco 1, subcarpeta, Documentos Bitácoras PDF, archivo denominado otrosí 3, pág 28.



manifestarles que este tramo está incluido dentro del proyecto denominado "Autopistas de la Prosperidad" que actualmente está estructurando la Agencia.

Por otra parte y de acuerdo con la reunión sostenida en la Presidencia de la Agencia, la entidad ha pensado la posibilidad de desarrollar un proyecto sobre el tramo de la ruta nacional 70 comprendido entre Ocaña – Aguacalara – Gamarra – Puerto Capulco con propósitos de rehabilitación y/o mejoramiento. Si la firma por usted representada tiene interés en proponer algún tipo de iniciativa sobre el particular, la Agencia podría analizarlo".¹⁰²
[Negritas del Despacho]

Este documento, tiene con un sello de salida de la Agencia Nacional de Infraestructura en donde aparece la siguiente anotación: «f»eh»:13/07/2012 1Q:*5:30->999», que da a entender que el oficio salió a las 5:30 horas del 13 de julio del 2012, de las oficinas de la Agencia Nacional de Infraestructura.

Ese mismo día 13 de julio del 2012, con radicado n.º 2012-409-019905-2, EDER PAOLO FERRACUTI le indicó al Presidente de la ANI que confirmaba su interés de realizar los trabajos de rehabilitación y mejoramiento de la vía Ocaña – Aguacalara – Gamarra – Puerto Capulco, como actividad adicional del Contrato de Concesión n.º 001 del 2010 suscrito con la Agencia¹⁰³. Este oficio exhibe un sello de entrada a la Agencia Nacional de Infraestructura en donde aparece la siguiente anotación: «Fecha:13/07/2012 14:27:i0-»100», que da a entender que el oficio entró a las 2:27 de la tarde de ese día.

Por la fecha y hora de salida del documento de la ANI y de entrada del Consorcio, se evidencia que la propuesta que daba la ANI ya se había acordada previamente por las partes y que los documentos sirvieron simplemente para formalizar el acuerdo.

A través de oficio No. CO-PVPS-0488-2012 del 12 de diciembre del 2012, el Director de Interventoría del Consorcio Proyección Vial Puerto Salgar – Consorcio Interventor del Proyecto Vial Ruta del Sol – Sector 2 – comprendido entre Puerto Salgar y San Roque rindió concepto desde el punto de vista técnico, financiero y jurídico, donde fundamentalmente señaló que:

"En atención a la consulta, relacionada con la viabilidad jurídica de adicionar el Contrato de Concesión, el valor de los Estudios y Diseños del Tramo Ocaña – Aguas Claras – Gamarra – Puerto Capulco y partiendo de la base de que el mismo hace parte del entono de la vía concesionada, es preciso señalar lo siguiente:

(...)

En este orden de ideas, una vez establecido que el tramo respecto del cual se van a realizar los estudios fase III hace parte del concepto de corredor vial para efectos del contrato de concesión, es procedente realizar la adición, para lo cual deberá contarse con el concepto previo y favorable del CONPES en los términos del artículo 28 de la ley

¹⁰² Confrontar cuaderno original n.º 4, folio 32, DVD n.º 1, carpeta Disco 1, subcarpeta, Documentos Bitácoras PDF, archivo denominado otrosí 3, pág 29.

¹⁰³ Confrontar cuaderno original n.º 4, folio 32, DVD n.º 1, carpeta Disco 1, subcarpeta, Documentos Bitácoras PDF, archivo denominado otrosí 3, pág 30.



1150 de 2007 y el Decreto 3460 de 2008, aunque dicho aparte haya sido derogado por una norma superior, puesto que la totalidad de la norma estaba vigente al momento de celebrarse el negocio jurídico."

A pesar del anterior acuerdo, tan solo hasta el 21 de enero del 2013 la Vicepresidencia Jurídica de la ANI, mediante el concepto radicado con el n.º 2013-704-000532-3, a través de la Gerencia de Gestión Contractual 2, previo requerimiento de la Vicepresidencia de Gestión Contractual, emitió concepto jurídico sobre la procedencia de adicionar el Contrato de Concesión n.º 001 del 2010 para que el Concesionario ejecutara las obras de rehabilitación y mejoramiento de la vía Ocaña – Aguaclara – Gamarra – Puerto Capulco y de construcción de las variantes a los municipios de Ocaña, Río de Oro y Aguachica. Este documento figura remitido por ALEXANDRA LOZANO VERGARA, Gerente de Gestión Contractual 2, con destino a CAMILO MENDOZA ROZO, Vicepresidente de Gestión Contractual.

En dicho documento se indicó que el sector al que se refiere el alcance del objeto contractual permite actividades adicionales a las inicialmente contempladas, siempre que técnicamente se trate de obras directamente relacionadas con el objeto concesionado, y que en este caso, **el sector guarda relación con los términos del artículo 28 de la ley 1150 de 2007, sobre la prórroga o adición de las concesiones de obra pública**, lo que, como se indicará más adelante, no es cierto, y menos desde el punto de vista jurídico.

Obra igualmente el oficio radicado en la ANI bajo el No. 2013-409-017341 2 del 7 de mayo del 2013, a través del cual el Gobernador del Cesar de la época LUIS ALBERTO MONSALVO GNECCO, le contestó a LUIS FERNANDO ANDRADE MORENO, que frente al contrato de concesión No. 001 de 2010 – Ruta del Sol Sector 2 (**solicitud de No Objeción**), manifestó su NO OBJECCIÓN para que la ANI incluyera dentro del citado contrato, los estudios y diseños del tramo comprendido entre Aguaclara – Gamarra – Puerto Capulco, que pertenece a la red departamental (ver folio 67 del anexo No. 3).

El 11 de julio del 2013, CAMILO MENDOZA ROZO, Vicepresidente de Gestión Contractual suscribió el documento de ESTUDIO DE CONVENIENCIA Y OPORTUNIDAD DE ADICIÓN del contrato de concesión No. 001 de 2010 (conocido como el otrosí No. 3), con el visto bueno de ALEXANDRA LOZANO VERGARA, Gerente de Gestión Contractual 2 y de DAVID LEONARDO MONTAÑO, Asesor Jurídico de la ANI.

El 15 de julio del 2013, posterior a la oferta presentada por el Consorcio para la actualización de los estudios previos que había realizado la firma AYESA en ejecución del contrato de consultoría n.º 2219 de 2011, LUIS FERNANDO ANDRADE MORENO, en su condición de Presidente de la Agencia Nacional de Infraestructura, y EDER PAOLO FERRACUTI, representante legal de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., **suscribieron el otrosí n.º 3 al contrato de concesión 001 del 2010** (documento proyectado por DAVID LEONARDO MONTAÑO GARCÍA revisado por ALEXANDRA LOZANO VERGARA, Gerente de Gestión Contractual, y JOSÉ

ANDRÉS TORRES RODRÍGUEZ, Gerente Grupo Carretero 1). Parte importante de las consideraciones del citado otrosí, fueron las siguientes:

"(...)

7. Que mediante comunicación No. 2012-305-008705-01, del 13 de julio del 2012, LA AGENCIA dio respuesta a la comunicación del 15 de junio y manifestó su disposición para analizar algún tipo de iniciativa de EL CONCESIONARIO para desarrollar un proyecto sobre el Tramo de la Ruta Nacional 70 comprendido entre Ocaña – Aguaclara – Gamarra – Puerto Capulco (Los Ramales) con el propósito de realizar su Rehabilitación y Mejoramiento así como la Construcción de las variantes a los municipios de Ocaña, Río de Oro y Aguachica los cuales hacen parte integral de los Ramales.

8. Que por medio de la comunicación con radicado No. 2012-409-019905-2 del 13 de julio del 2012, EL CONCESIONARIO ratificó a LA AGENCIA, su interés de realizar los trabajos de rehabilitación y mejoramiento de la vía Ocaña – Aguaclara – Gamarra – Puerto Capulco y de construcción de las variantes a los municipios de Ocaña, Río de Oro y Aguachica en los términos contemplados en el Contrato para actividades relacionadas [...]

17. Que mediante radicado No. 2013-704-000532-3 del 21 de enero del 2013, la Vicepresidencia Jurídica de LA AGENCIA a través de la Gerencia de Gestión Contractual 2, previo requerimiento de la Vicepresidencia de Gestión Contractual, emite concepto jurídico sobre la procedencia de adicionar el Contrato de Concesión No. 001 del 2010 para que EL CONCESIONARIO ejecute las obras de rehabilitación y mejoramiento de la vía Ocaña – Aguaclara – Gamarra – Puerto Capulco y de construcción de las variantes a los municipios de Ocaña, Río de Oro y Aguachica, del cual es pertinentes reproducir los siguientes apartes: [...]

Como se puede establecer en la gráfica No. 2, dentro del Tramo San Alberto – Aguachica que hace parte de la Ruta del Sol Sector 2, se encuentra en la intersección denominada Aguaclara la cual está actualmente en construcción, e integra: i) el corredor vial proveniente de Ocaña que atrae el tráfico del departamento de Norte de Santander y, ii) el corredor vial que deviene desde Gamarra el cual atrae tráfico procedente de las poblaciones ribereñas del Río Magdalena pertenecientes al Departamento del Cesar, articulando completa e indefectiblemente estas dos regiones con el Sector 2 de la Ruta del Sol [...]

Los trabajos de rehabilitación y mejoramiento que plantea el Concesionario significaran una mejora sustancial de la transitabilidad a lo largo del Corredor Vial que hace parte del Proyecto Ruta del Sol, especialmente del Sector 2, como de la conectividad de Cúcuta y del tráfico proveniente de Venezuela, en primera instancia con el Sector 2 del Proyecto Ruta del Sol y con el Río Magdalena toda vez que la vía actual será ampliada y su trazado mejorado para permitir un adecuado flujo de vehículos de carga y, en segunda instancia con los Sectores 1 y 3 del mismo Proyecto Ruta del Sol que comunica el centro del País con la Costa Atlántica¹⁰⁴

Fue así como en la cláusula segunda del citado documento suscrito entre las partes, se definió el alcance de la adición al contrato de concesión del 2010, en el siguiente sentido:

¹⁰⁴ Confrontar cuaderno original n.º 4, folio 32, DVD n.º 1, carpeta Disco 1, subcarpeta, Documentos Bitácoras PDF, archivo denominado otrosí 3, pág 145 a la 170.

“Adicionar el contrato de concesión para que EL CONCESIONARIO elabore los Estudios y Diseños Fase III del Tramo Aguaclara – Gamarra – Puerto Capulco y la vía de acceso a los demás puertos ribereños localizados en una longitud menor o igual a 5 km de distancia del casco urbano del Municipio de Gamarra, incluidas las variantes de Aguachica y Ocaña; así como la estructuración jurídica, técnica y financiera del Proyecto relacionado con la vía Ocaña – Aguaclara – Gamarra – Puerto Capulco y la vía de acceso a los demás puertos ribereños localizados en una longitud menor igual a 5 km de distancia del casco urbano del Municipio de Gamarra, y las variantes de Aguachica y Ocaña. Así mismo, para que EL CONCESIONARIO pueda asumir sus responsabilidades como Concesionario dentro de este Contrato, incluyendo las responsabilidades por la construcción de la nueva obra, deberá seleccionar y contratar al constructor, a través del procedimiento de licitación privada de que trata el Literal b) la Sección 13.01 del Contrato de Concesión No. 001 de 2010¹⁰⁵” [Negrillas fuera del texto original]

El Despacho quiere resaltar de la anterior cláusula, que la ANI adicionó el contrato de Concesión para que se elaboraran los estudios y diseños en fase III, los cuales, según la ANI, no estaban con ese grado de detalle.

En el párrafo tercero de la citada cláusula segunda se indicó que los costos derivados de los Estudios y Diseños Fase III de los trabajos de construcción, rehabilitación y mejoramiento del Tramo Aguaclara – Gamarra – Puerto Capulco y la vía de acceso a los demás puertos ribereños localizados en una longitud menor o igual a 5 km de distancia del casco urbano del Municipio de Gamarra, incluidas las variantes de Aguachica y Ocaña, así como su estructuración financiera y jurídica del Proyecto, **ascenderían a \$3.177.592.551,00, a precios de mayo de 2013**, asumidos por la Concesionaria y reconocidos por la Agencia, previa solicitud a la Fiduciaria.

Conforme a lo expuesto, el alcance del objeto de este *otrosí*, **no tiene perfecta relación de exégesis** con el objeto del contrato primigenio, requisito que, conforme a la jurisprudencia del Consejo de Estado, era necesario para poder adicionar el contrato de Concesión, en la medida que se trataba de corredores viales, sectores y tramos diferentes, que, no dependían del correspondiente a Puerto Salgar – San Roque; esto, unido a que al no tratarse de obras adicionales al alcance del contrato primigenio¹⁰⁶, **estos estudios debieron haberse contratado a través del mecanismo de selección correspondiente al concurso de méritos, lo cual no se verificó ni efectuó**.

Así mismo, el 29 de noviembre del 2013, CAMILO MENDOZA ROZO, Vicepresidente de Gestión Contractual, expidió la siguiente certificación¹⁰⁷:

“(…)

Habiendo participado en la etapa de modificación contractual otrosí No. 3 del Proyecto Ruta del Sol – Sector 2, Contrato de Concesión No. 001 de 2010, el equipo de trabajo del proyecto hacen constar y certifica que se ha adelantado la gestión respectiva con la debida diligencia, ajustado todas sus actuaciones al marco legal aplicable, a las normas técnicas y a criterios idóneos, además que se han tenido en cuenta todos los aspectos

¹⁰⁵ Idem.

¹⁰⁶ Conforme a la Sección 13.01, literal b) del contrato de concesión bajo análisis.

¹⁰⁷ Ver folio 5 de la bitácora del otrosí No. 3.

Expediente: IUS E - 2017 - 19229 / IUC D-2017-651-927370
Fallo de primera instancia sancionatorio.



relevantes lo que permite garantizar que el patrimonio público se encuentra debidamente amparado."

Es decir, **se intentó posteriormente darle un manto de legalidad a este otrosí No. 3, cuando el mismo sería contrario al ordenamiento jurídico.**

De manera que se encuentra demostrado que el contrato de concesión fue adicionado a través del Otrosí No. 03, correspondiendo para efecto del respectivo análisis verificar los argumentos que sirvieron de fundamento para la adición, contenidos en el respectivo estudio de conveniencia y oportunidad.

Estudio de conveniencia y oportunidad respecto del Otrosí No. 03 al Contrato de Concesión No. 001 de 2010.¹⁰⁸

"ESTUDIOS PREVIOS PARA LA ADICIÓN DE LOS ESTUDIOS DE DETALLE DEL TRAMO AGUACLARA – GAMARRA – PUERTO CAPULCO Y LA VÍA DE ACCESO A LOS DEMAS PUERTOS RIBEREÑOS LOCALIZADOS EN UNA LONGITUD MENOR O IGUAL A 5 KM DE DISTANCIA DEL CASCO URBANO DEL MUNICIPIO DE GAMARRA, AL CONTRATO DE CONCESIÓN No. 001 DEL 14 DE ENERO DE 2010 SUSCRITO ENTRE LA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA Y LA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S.

1. DESCRIPCIÓN DE LA NECESIDAD

1 (...)

3. Que el Sector Ruta del Sol 2 comprende entre otros, el Tramo San Alberto - Aguachica, correspondiente a la Ruta Nacional 4514, que incluyen en su trayecto la intersección a desnivel en el sitio denominado Aguaclara, municipio de Aguachica, a partir de la cual se desprende de un lado la Ruta Nacional 70 que conduce al municipio de Ocaña en el departamento de Norte de Santander y del otro la vía que conecta con el municipio de Gamarra – Cesar -, y de allí a Puerto Capulco a orillas del Río Magdalena.

(...)

2. OBJETO, ESPECIFICACIONES E IDENTIFICACIÓN DEL CONTRATO

2.1 OBJETO:

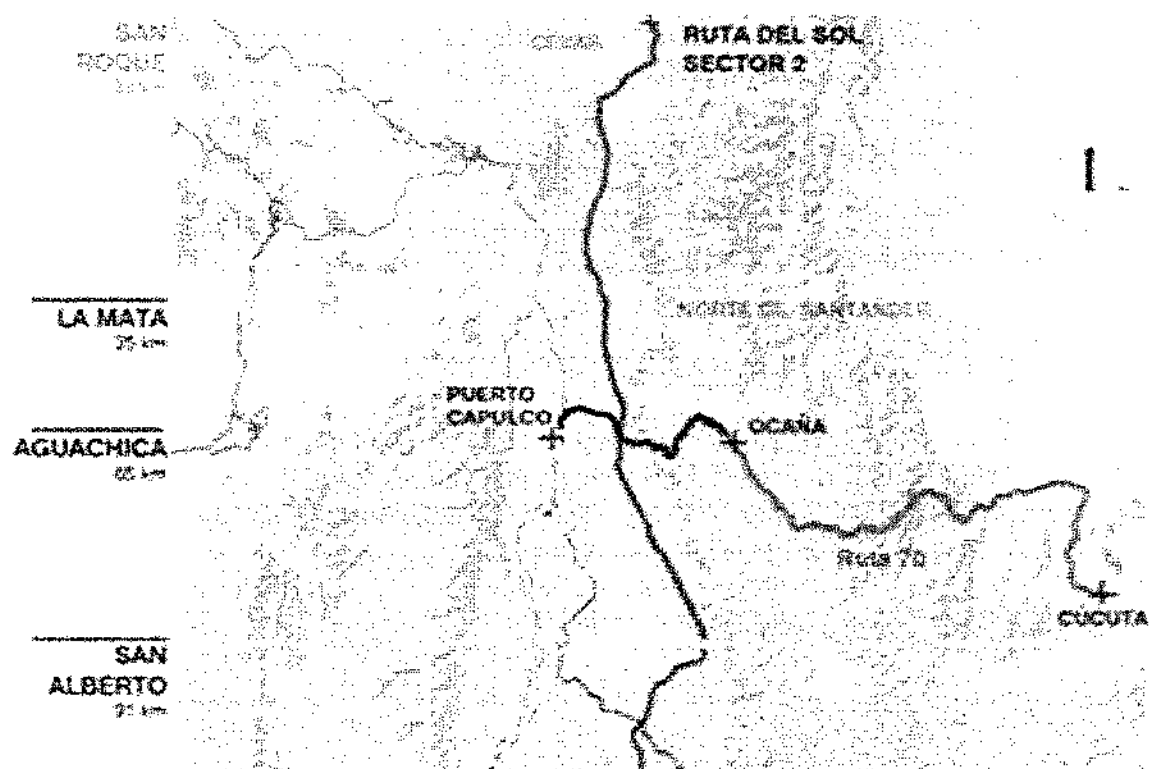
Ejecutar los Estudios de Detalle del tramo Aguaclara – Gamarra – Puerto Capulco y la vía de accesos a los demás puertos ribereños localizados en una longitud menor o igual a 5 km de distancia del casco urbano del municipio de Gamarra y realizar la gestión Predial, Social y Ambiental, de acuerdo con los Apéndices Técnicos del Contrato de Concesión No. 001 de 2010 suscrito entre el Instituto Nacional de Concesiones – INCO (hoy Agencia Nacional de Infraestructura) y la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S.

2.2. ALCANCE DEL OBJETO:

¹⁰⁸ Cfr. Folios 127 – 141 archivo digital CD FI 732 Cuaderno principal 8.
Expediente: IUS E - 2017 - 19229 / IUC D-2017-651-927370
Fallo de primera instancia sancionatorio.

En cuanto a la identificación del sector 2 el numeral 1.4 del Apéndice Técnico Parte A establece que dicha sección está compuesta por siete (7) Tramos, uno de los cuales se extiende del PR00 al PR65, entre los municipios de San Alberto y Aguachica en el Departamento de Cesar (Ruta 4514).

Gráfica 1. Ubicación proyecto dentro de Ruta del Sol Sector 2



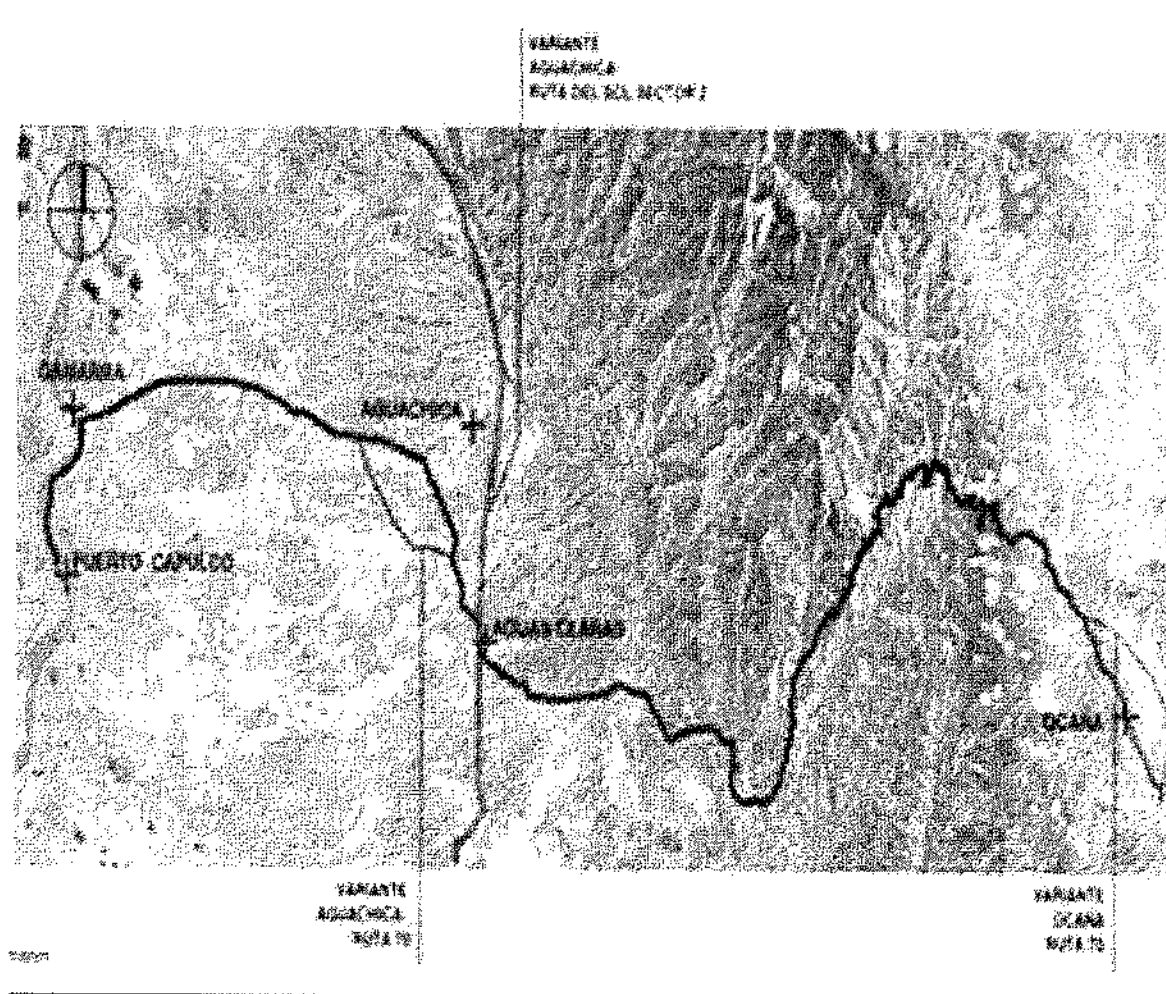
Desde el punto de vista técnico se observa la siguiente situación, la cual presenta un esquema general de la ubicación del Proyecto:

Como se puede establecer en la gráfica No. 2 dentro del Tramo San Alberto – Aguachica, que hace parte de la Ruta del Sol, Sector 2, se encuentra la intersección denominada Aguaclara la cual está actualmente en construcción, e integra: i) el corredor vial proveniente de Ocaña que atrae el tráfico del departamento de Norte de Santander y, ii) el corredor vial que deviene desde Gamarra el cual atrae el tráfico procedente de las poblaciones ribereñas del Río Magdalena pertenecientes al Departamento del Cesar, articulando completa e indefectiblemente estas dos regiones con el Sector 2 de la Ruta del Sol.

La vía Ocaña – Aguaclara tiene una longitud aproximada de 47 Km, es un terreno montañoso y plano, con una vía de ancho de calzada de 7.0 m, donde no existe bermas, la velocidad de diseño actual de la vía es 40 km/h. Esta vía soporta tráfico pesado proveniente de Cúcuta y Venezuela que transita dentro del casco urbano de Ocaña. De igual forma la vía Aguaclara – Gamarra – Puerto Capulco posee una longitud aproximada de 25 km, el terreno se caracteriza por ser plano a ligeramente ondulado. La vía tiene ancho de calzada de 7.0 m, no tiene bermas, su velocidad de diseño actual es 50 km/h y 3.5 km de este tramo transcurren dentro del casco urbano de Aguachica (Municipio que hace parte del Proyecto Vial Ruta del Sol sector 2). Además, el proyecto comprende la construcción de dos variantes ubicadas en los municipios de Aguachica y Ocaña, (Gráfica No. 2 línea negra delgada).

En la actualidad esta carretera recibe alto tráfico pesado proveniente de la zona de frontera, los llanos orientales y el interior del país en general; esto ha generado alto deterioro de la vía y elevados índices de accidentalidad, dado que en principio la carretera no fue diseñada para soportar elevado tráfico de vehículos de carga. Este corredor vial se constituirá en la infraestructura de apoyo para el transporte de carga de gran cantidad de productos agrícolas, ganaderos y mineros de la región y el resto del país hacia los puertos de la costa atlántica y zonas de frontera, convirtiéndose en una vía de gran importancia para la economía regional y nacional. Los estudios de mejoramiento pretenden revisar y modificar las especificaciones y dimensiones de la vía permitiendo su adecuación frente a los niveles de servicio requeridos por el tránsito actual y proyectado. De esta manera se espera generar disminuciones significativas en los costos de operación vehicular y contribuir a mejorar la dinámica de comercialización de productos y generación de empleo de la región, así como del turismo propendiendo por mayores niveles de competitividad y desarrollo socioeconómico a nivel regional y nacional con el consecuente mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes de la región.

Gráfica 2 Ubicación del proyecto y las variantes de Aguachica y Ocaña.



En el Tramo Cinco (5) del Sector 2 de la Ruta de Sol, esto es entre los municipios de San Alberto y Aguachica en el departamento del Cesar, el Concesionario construye la intersección a desnivel de Aguachica (Municipio de Aguachica), la cual conecta con la Ruta Nacional 70 proveniente del municipio de Ocaña. De igual manera y desde la misma intersección se desprende la vía que conduce al municipio

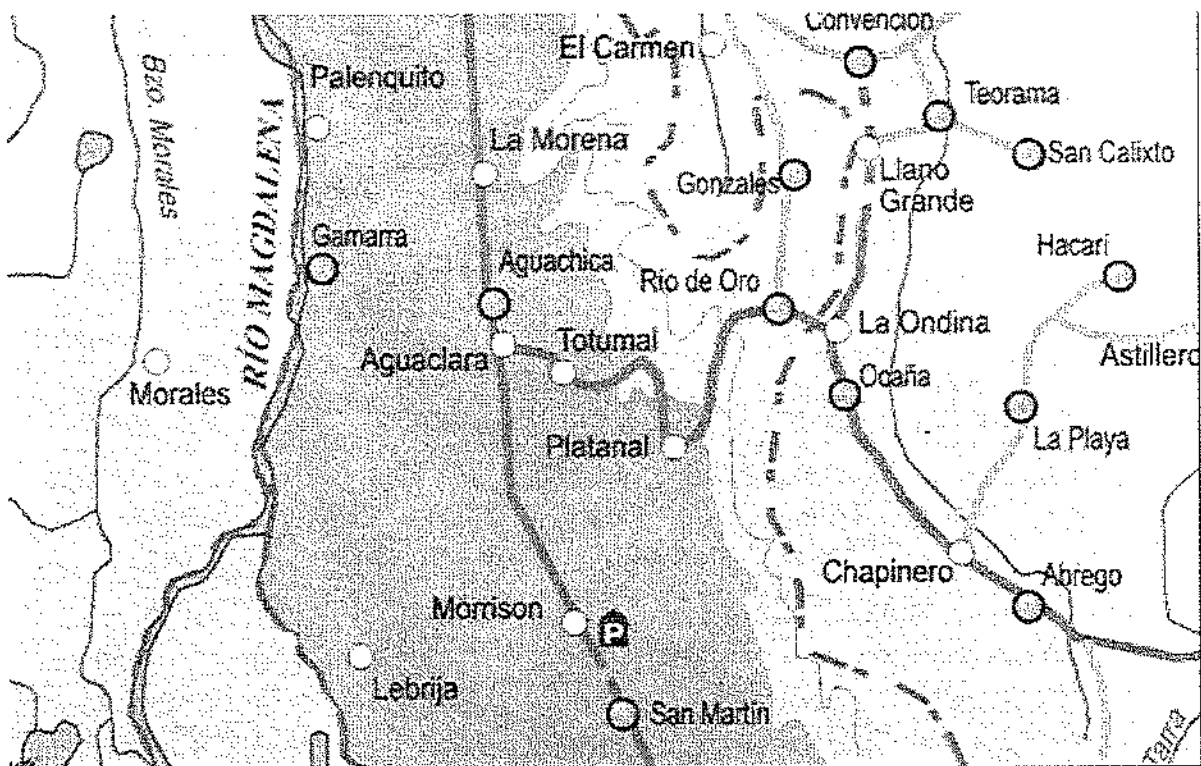
Expediente: IUS E - 2017 - 19229 / IUC D-2017-651-927370
Fallo de primera instancia sancionatorio.

81

de Gamarra y de allí a Puerto Capulco en el Río Magdalena. Actualmente la distancia por carretera desde Ocaña hasta Puerto Capulco es de aproximadamente 72 km, en calzada sencilla con un ancho promedio de 7 metros.

Los trabajos de rehabilitación y mejoramiento que plantea el Concesionario significarían una mejora sustancial de la transitabilidad a lo largo del Corredor Vial que hace parte del Proyecto Ruta del Sol, específicamente del Sector 2, como de la conectividad de Cúcuta y del tráfico proveniente de Venezuela, en primera instancia con el Sector 2 del Proyecto Ruta del Sol y con el Río Magdalena toda vez que la vía actual será ampliada y su trazado mejorado para permitir un adecuado flujo de vehículos de carga y, en segunda instancia con los Sectores 1 y 3 del mismo Proyecto Ruta de Sol que comunica el centro del país con la Costa Atlántica.

Grafica 3. Ubicación de la intersección Aguaclara respecto del proyecto Ocaña Gamarra.



Como corolario de lo anteriormente señalado y en los términos del Contrato de Concesión No.001 de 2010 el trayecto Ocaña – Aguaclara – Gamarra – Puerto Capulco, forma parte del Sector 2 del Proyecto Vial Ruta del Sol 2.

(...)

El alcance ajustado de los Estudios y Diseños fase III que plantea el Concesionario comprende:

- Tramo 1 Ocaña – Aguaclara. (...)
- Tramo 2 Aguaclara – Gamarra (....)

(....)

3. MODALIDADES DE SELECCIÓN Y FUNDAMENTOS JURIDICOS QUE LA SOPORTAN

La contratación respectiva se adelantará mediante adición al Contrato de Concesión No. 001 de 2010, de conformidad con lo estipulado en el los (sic) Artículos 40 de la Ley 80 de 1993 y 28 de la Ley 1150 de 2007, y las normas que las modifiquen, adicionen o deroguen, en consonancia con lo establecido en el Contrato de Concesión No. 001 de 2010, especialmente lo indicado en las Secciones 1.01, 1.02, 3.02, 13.01 y el Apéndice Técnico Parte A; así como lo señalado por la Honorable Corte Constitucional mediante Sentencia C – 300 del 25 de abril de 2012.
(.....)."

Conforme a dichas consideraciones, el Presidente de la ANI, procedió a la suscripción del Otrosí.

Otrosí No. 03 al Contrato de Concesión No. 001 de 2010¹⁰⁹.

El 15 de julio de 2013, entre LUIS FERNANDO ANDRADE MORENO, en su calidad de Presidente de la ANI y EDER PAOLO FERRACUTI, Representante Legal de la CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S., se suscribió el Otrosí No. 03 al Contrato de Concesión No. 001 de 2010, en el cual se acordó:

(.....).

"CLÁUSULA SEGUNDA.- Adicionar el contrato de concesión para que EL CONCESIONARIO elabore los Estudios y Diseños Fase III del Tramo Aguaclara – Gamarra – Puerto Capulco y la vía de acceso a los demás puertos ribereños localizados en una longitud menor o igual a 5 km de distancia del casco urbano del Municipio de Gamarra, incluidas las variantes de Aguachica y Ocaña; así como la estructuración jurídica, técnica y financiera del Proyecto relacionado con la vía Ocaña – Aguaclara – Gamarra – Puerto Capulco y la vía de acceso a los demás puertos ribereños localizados en una longitud menor igual a 5 km de distancia del casco urbano del Municipio de Gamarra, y las variantes de Aguachica y Ocaña. Así mismo para que el Concesionario pueda asumir sus responsabilidades como Concesionario dentro de este Contrato, incluyendo las responsabilidades por la construcción de la nueva obra, deberá seleccionar y contratar al constructor, a través del procedimiento de licitación privada de que trata el Literal (b) la Sección 13.01 del Contrato de Concesión No. 001 de 2010.

Las obras de que trata el inciso anterior de la presente cláusula se efectuarán, siempre que, de la estructuración financiera, jurídica y técnica del Proyecto, **LA AGENCIA** concluya en forma expresa y definitiva que el proyecto es viable.

PARÁGRAFO PRIMERO: Para los efectos del presente Otrosí, siempre que se haga mención a la Nueva Obra, Obras Adicionales o Proyecto, se estará haciendo referencia a la vía Ocaña – Aguaclara – Gamarra – Puerto Capulco y la vía de acceso a los demás puertos ribereños localizados en una longitud menor o igual a 5 km de distancia del casco urbano del Municipio de Gamarra, incluidas las variantes de Aguachica y Ocaña".

¹⁰⁹ Cfr. Folios 76 – 88 CD FI 732 cuaderno principal 8
Expediente: IUS E - 2017 - 19229 / IUC D-2017-651-927370
Fallo de primera instancia sancionatorio.

Acta modificatoria al Otrosí No. 03.¹¹⁰

El 13 de marzo de 2014, se suscribió acta modificatoria al Otrosí No. 03, con el siguiente objeto;

“PRIMERO. - Modificar el alcance del Otrosí No.3 al Contrato de Concesión No. 001 de 2010, el cual quedará así: Estudios y Diseños Fase III del Tramo Aguaclara Gamarra — Puerto Capulco (incluye perimetral de Aguachica) y demás puertos ribereños localizados en una longitud de 5.8 Km hacia el norte y 8.9 Km hacia el sur del casco urbano del Municipio de Gamarra. Variantes de San Andrés, Río de Oro - Ocaña — Fase II. Diseños Fase II para el tramo Aguaclara y Río de Oro”.

7.5.3 Adición al Contrato de Concesión No. 001 de 2010 a través del Otrosí 6.

De igual forma, está acreditado que se procedió a una posterior adición al contrato de concesión a través del Otrosí No. 06, conforme a las siguientes consideraciones;

el 13 de marzo del 2014, el Vicepresidente de Gestión Contractual de la ANI ANDRÉS FIGUEREDO SERPA, suscribió el documento de Estudio de Conveniencia y Oportunidad para la Suscripción del otrosí No. 6 al contrato de concesión No. 001 del 14 de enero de 2010, el cual también fue suscrito desde el punto de vista del componente jurídico por ALEXANDRA LOZANO VERGARA, Gerente de Gestión Contractual 2 y DAVID LEONARDO MONTAÑO GARCÍA, Experto GGC 2 de la Agencia.

Consecuencialmente con lo anterior, el 14 de marzo del 2014, LUIS FERNANDO ANDRADE MORENO Y EDER PAOLO FERRACUTI procedieron a suscribir el otrosí n.º 6 al contrato de concesión 001 del 2010, cuyo objeto fue:

Adicionar el Contrato de Concesión No. 001 del 2010, para que EL CONCESIONARIO por su cuenta y riesgo, elabore los diseños, obtenga las licencias ambientales y demás permisos, adquiera predios, rehabilite, construya, mejores y mantenga el Tramo denominado “Transversal Río de Oro – Aguaclara – Gamarra”, de conformidad con lo previsto en el Numeral 4 del Artículo 32 de la ley 80 de 1993; siempre y cuando se de aplicación a lo establecido en la Cláusula Décima Tercera del Presente Otrosí¹¹¹ [Negritas fuera del texto original]

Este documento contó el visto bueno de revisión de los señores ANDRÉS FIGUEREDO SERPA y ALEXANDRA LOZANO VERGARA, desde el punto de visto jurídico.

Estudio de Conveniencia y Oportunidad para la suscripción del Otrosí No. 6 al Contrato de Concesión No. 001 de 14 de enero de 2010 suscrito entre la Agencia Nacional de Infraestructura y la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S “Proyecto Ruta del Sol 2 el 13 de marzo de 2014.”¹¹²

“(…)”

¹¹⁰ Cfr. Folios 54 – 57 Cuaderno Principal 2

¹¹¹ Confrontar cuaderno original n.º 4, folio 32, DVD n.º 1, carpeta Disco 1, subcarpeta, Documentos Bitácoras PDF, archivo denominado otrosí 3, pág 145 a la 170.

¹¹² Cfr. Folios 24 – 53, Archivo digital, CD FOLIO 732 Cuaderno principal 8

Expediente: IUS E - 2017 - 19229 / IUC D-2017-651-927370

Fallo de primera instancia sancionatorio.



1. DESCRIPCIÓN DE LA NECESIDAD

1. (...)

14. Que, para los efectos del presente documento, el Tramo comprendido entre Ocaña – Aguacalara – Gamarra – Puerto Capulco, se denominará en lo sucesivo la **Transversal Río de Oro – Aguacalara – Gamarra**.

(....)

2. OBJETO, ESPECIFICACIONES E IDENTIFICACIÓN DEL CONTRATO

2.1 OBJETO:

Adicionar el Contrato de Concesión No. 001 de 2010, para que **EL CONCESIONARIO** por su cuenta y riesgo, elabore los diseños, financie, obtenga las Licencias Ambientales y demás permisos, **adquiera predios, rehabilite, construya, mejore, opere y mantenga el Tramo denominado “Transversal Río de Oro – Aguacalara – Gamarra”**, de conformidad con lo previsto en el Numeral 4 del Artículo 32 de la Ley 80 de 1993; siempre y cuando se de aplicación a lo establecido en la Clausula Decima Tercera del presente Otrosí.

2.2. ALCANCE DEL OBJETO:

Con el fin de cumplir con el objeto del presente Otrosí, se debe llevar a cabo una serie de actividades esenciales las cuales se enuncian a continuación:

- Autorización por parte del CONFIS y del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para trasladar las vigencias del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, programadas para los años 2024 y 2025, para los años 2016, 2017, 2018.
- Autorización por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para adelantar la eventual compensación por la no obtención del VPIT del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, en el año 2023.
- Autorización por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para aprobar la eventual compensación por la no obtención del VPIP2023, VPIP2028 y VPIT Adicional, en los años 2023, 2028 y 2035, respectivamente.
- Autorización por parte del Ministerio de Transporte, para el aumento en las tarifas de las estaciones de peaje del Contrato de Concesión No. 001 de 2010 y expedición de la resolución correspondiente.
- Autorización por parte del Ministerio de Transporte y expedición de la resolución correspondiente, para la ubicación, instalación y cobro de DOS (2) nuevas estaciones de peajes en el corredor vial Transversal Río de Oro – Aguacalara – Gamarra.

2.3 PLAZO

Se modifica el plazo total del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, el cual será de veinticinco (25) años contados a partir de su fecha de inicio, es decir hasta el año 2035.

(.....)

3. MODALIDAD DE SELECCIÓN Y FUNDAMENTOS JURIDICOS QUE LA SOPORTAN

La contratación respectiva se adelantará mediante adición al Contrato de Concesión No. 001 de 2010, de conformidad con lo estipulado en el Artículo 40 de la Ley 80 de 1993, y las normas que la modifiquen, adicionen o deroguen, en consonancia con lo establecido en Contrato de Concesión No. 001 de 2010, especialmente lo indicado en las Secciones 1.01, 1.02, 13.01, 19.18 y el Apéndice Técnico Parte A; así como lo señalado por la Honorable Corte Constitucional mediante Sentencia C- 300 del 25 de abril de 2015.

4. ANÁLISIS DEL VALOR ESTIMADO DEL CONTRATO

Valor: Con fundamento en la estructuración financiera presentada por EL CONCESIONARIO en cumplimiento del Otrosí No. 3 al Contrato de Concesión, las Partes acuerdan adicionar al valor inicial del Contrato, que corresponde al VPIT, de DOS BILLONES NOVENTA Y CUATRO MIL DOSCIENTOS OCHENTA Y SEIS MILLONES DE PESOS (\$2.094.286.000.000), constantes a 31 de Diciembre de 2018, la suma de SEISCIENTOS SETENTA Y SEIS MIL OCHOCIENTOS SEIS MILLONES NOVECIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MIL NOVENTA Y OCHO PESOS (\$676.806.954.098) constantes del 31 de diciembre de 2008 correspondientes al VPIT Adicional; para un total de DOS BILLONES SETECIENTOS SETENTA Y UN MIL NOVENTA Y DOS MILLONES NOVECIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MIL NOVENTA Y OCHO PESOS (\$2.771.092.954.098) constantes del 31 de diciembre de 2008.

El VPIT, de DOS BILLONES NOVENTA Y CUATRO MIL DOSCIENTOS OCHENTA Y SEIS MILLONES DE PESOS (\$2.094.286.000.000) constantes a 31 de Diciembre de 2008, se deberá obtener como máximo el 31 de Diciembre de 2023. Si vencido esta fecha EL CONCESIONARIO no ha obtenido el VPIT por razones no imputables AL CONCESIONARIO, LA AGENCIA reconocerá y pagará AL CONCESIONARIO el saldo no devengado del VPIT DOS MIL NOVECIENTOS SESENTA Y SEIS MILLONES SETECIENTOS SESENTA MIL SETECIENTOS TREINTA Y OCHO PESOS (\$2.966.760.738.00)".

Otrosí No. 6 al Contrato de Concesión No. 001 de 2010¹¹³.

El 14 de marzo de 2014, entre LUIS FERNANDO ANDRADE MORENO, en calidad de Presidente, obrando en nombre y representación de la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA y EDER PAOLO FERRACUTI, en nombre y representación de la CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S., en su calidad de Representante Legal, se suscribió el Otrosí No. 6 al contrato de concesión No. 001 de 2010, en el cual se acordó:

"CLÁUSULA PRIMERA. OBJETO.- Adicionar el Contrato de Concesión No. 001 de 2010, para que EL CONCESIONARIO por su cuenta y riesgo, elabore los diseños, financie, obtenga las Licencias

¹¹³ Cfr. Folios 905 – 920 Cuaderno principal 8
Expediente: IUS E - 2017 - 19229 / IUC D-2017-651-927370
Fallo de primera instancia sancionatorio.



Ambientales y demás permisos, adquiera predios, rehabilite, construya, mejore, opere y mantenga el Tramo denominado "Transversal Río de Oro — Aguacalara — Gamarra, de conformidad con lo previsto en el Numeral 4 del Artículo 32 de la Ley 80 de 1993; siempre y cuando se de aplicación a lo establecido en la Cláusula Décima Tercera del presente Otrosí.

(.....)

CLÁUSULA DÉCIMA TERCERA. CLÁUSULA EJECUTORIA.- Las partes acuerdan que en caso de que no se suceda una cualquiera de las condiciones esenciales descritas en esta Cláusula, para continuar con el desarrollo del Proyecto, a no ser que las Partes acuerden otra cosa el presente Otrosí se podrá resolver, sin consecuencia de ninguna índole para las partes; para ello tanto LA AGENCIA como EL CONCESIONARIO, se comprometen a reunirse dentro del mes siguiente a partir del último pronunciamiento, bien sea del CONFIS o del MHCP, para revisar el alcance del Proyecto, revisión que constará en un documento suscrito por la Partes y la Interventoría. En todo caso el plazo máximo para que se cumplan las condiciones esenciales será de tres (3) meses contados a partir de la suscripción del presente Otrosí, vencido el cual las Partes deberán reunirse para renegociarlo o adoptar las decisiones que sean necesarias, incluida la de resolverlo por mutuo acuerdo sin ninguna consecuencia para las Partes; todo lo cual constará por escrito en un acta que formará parte integral del Expediente del Contrato de Concesión No. 001 de 2010.

PARÁGRAFO PRIMERO. - Se definen condiciones esenciales para la ejecución del Proyecto, las siguientes:

- a) Autorización por parte del CONFIS y del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para trasladar las vigencias del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, programadas para los años 2024 y 2025, para los años 2016, 2017, 2018.
- b) Autorización por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para adelantar la eventual compensación por la no obtención del VPIT del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, en el año 2023.
- (c) Autorización por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para aprobar la eventual compensación por la no obtención del VPIP2023, VPIP2028 y VPIT Adicional, en los años 2023, 2028 y 2035, respectivamente.
- d) Autorización por parte del Ministerio de Transporte, para el aumento en las tarifas de las estaciones de peaje del Contrato de Concesión No. 001 de 2010 y expedición de la resolución correspondiente.
- e) Autorización por parte del Ministerio de Transporte y expedición de la resolución correspondiente, para la ubicación, instalación y cobro de DOS (2) nuevas estaciones de peajes en el corredor vial Transversal Río de Oro — Aguadara — Gamarra.

PARÁGRAFO SEGUNDO. - Como consecuencia de lo indicado en esta Cláusula, las partes declaran y aceptan que no se podrán llevar a cabo las actuaciones relacionadas con el procedimiento establecido en el Literal (b) de la Sección 13.01 del Contrato de Concesión, en especial lo relativo al proceso de licitación privada por parte DEL CONCESIONARIO y demás acciones posteriores, hasta tanto no se cumplan efectivamente todas y cada una de las condiciones esenciales establecidas en el presente Otrosí.

PARÁGRAFO TERCERO. - LA AGENCIA se compromete a efectuar los trámites necesarios para la entrega de las vías que hacen parte de la Transversal Río de Oro — Aguaclara — Gamarra, para que estas sean intervenidas por EL CONCESIONARIO en desarrollo del objeto del presente Otrosí, siempre que sucedan las condiciones esenciales. El cumplimiento de lo establecido en este Parágrafo será necesario para la suscripción del Acta de Inicio”.

De las pruebas antes referidas se determina que:

El contrato de Concesión No. 001 de 2010, suscrito el 14 de enero de 2010, tuvo por objeto el otorgamiento de una concesión para que el Concesionario, por su cuenta y riesgo, *“elabore los diseños, financie, obtenga las Licencias Ambientales y demás permisos, adquiera los Predios, rehabilite, construya, mejore opere y mantenga el Sector”*.

En las definiciones del contrato, se estableció que “Sector” es el trayecto comprendido entre Puerto Salgar y San Roque cuyas especificaciones de identificación y referencia fueron detalladas en el Apéndice Técnico, sobre el cual debían llevarse a cabo las obligaciones de resultado a cargo del Concesionario, como así quedo previsto en esta definición.

El alcance físico del Sector se describió en el *Apéndice Técnico, Sector 2, parte A*, allí quedo establecido que el Sector 2 hace parte de los corredores del Proyecto Vial Ruta del Sol, el cual se dividió en tres (3) Sectores así:

Sector 1: Nuevo Corredor Villeta – Guaduoero – El Korán (aproximadamente 78 km);

Sector 2: Corredor Puerto Salgar – San Roque (aproximadamente 528 km); y

Sector 3: Corredores San Roque – Ye de Ciénaga y El Carmen de Bolivar – Valledupar (aproximadamente 465 km).

Entonces el objeto del contrato de concesión corresponde al Sector 2 esto es al trayecto entre Puerto Salgar – San Roque.

Referente a las adiciones, se encuentra acreditado que:

A través del Otrosí No. 03 suscrito el 15 de julio de 2013, modificado el 13 de marzo de 2014, se adicionó el contrato de concesión, a fin de que el concesionario *“Elabore Estudios y Diseños Fase III del Tramo Aguaclara Gamarra — Puerto Capulco (incluye perimetral de Aguachica) y demás puertos ribereños localizados en una longitud de 5.8 Km hacia el norte y 8.9 Km hacia el sur del casco urbano del Municipio de Gamarra. Variantes de San Andrés, Río de Oro - Ocaña — Fase II. Diseños Fase II para el tramo Aguaclara y Río de Oro”*.

Ahora, a través del Otrosí No. 06 suscrito el 14 de marzo de 2014, se adicionó el contrato de concesión para que el concesionario *“Elabore los diseños, financie, obtenga las Licencias Ambientales y demás permisos, adquiera predios, rehabilite, construya, mejore, opere y mantenga el Tramo denominado “Transversal Río de Oro — Aguaclara — Gamarra”, así quedo determinado en el estudio de conveniencia y oportunidad que el Tramo comprendido entre Ocaña – Aguaclara – Gamarra – Puerto Capulco, se denominaría en lo sucesivo la Transversal Río de Oro — Aguaclara – Gamarra.*



Pues bien, a través de los Otrosíes No. 3 y 6 se adicionó el Contrato de Concesión para que la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., realizará los estudios y posteriormente ejecutará la obra de la Transversal Río de Oro – Aguacalara – Gamarra, respectivamente.

Adicionalmente a lo expuesto procede también tener en consideración los siguientes testimonios que evidencian los antecedentes y pormenores que suscitaron la suscripción de los otros síes.

De otra parte, en su declaración bajo la gravedad de juramento ante la Fiscalía General de la Nación, del día 27 de abril del 2017 (ver folios 112 y siguientes del anexo No. 30), el señor ELEUBERTO MARTORELLI, Presidente de Odebrecht para Colombia para la época de los hechos, manifestó lo siguiente:

"(...)

También era de mi conocimiento en este entonces que de acuerdo a los procedimientos y al contrato de concesión, la ANI había enviado un oficio direccionado a la concesionaria de fecha 13 de julio de 2012, radicado No. 2012305008705-1, en el cual comunica a la concesionaria que un tramo de carretera propuesto por la concesionaria relacionado con la ruta 6206 tramo PUERTA BERRIO conexión RUTA 4511, estaría incluido dentro del proyecto denominado AUTOPISTAS DE LA PROSPERIDAD y que en aquel entonces estaría siendo estructurado por la agencia. Por otra parte en ese mismo oficio la ANI indicó que había pensado la posibilidad de desarrollar un proyecto sobre el tramo de la RUTA NACIONAL 70 comprendido entre OCAÑA AGUA CLARA GAMARRA PUERTO CAPULCO, con propósitos de rehabilitación y/o mejoramiento y preguntó si la concesionaria tenía interés en proponer algún tipo de iniciativa sobre el particular y que en este caso la ANI podría analizar. La concesionaria contestó formalmente el oficio enviado por la ANI, manifestando su interés. Con esto, en julio de 2013 la concesionaria fue contratada por la ANI para realizar los estudios necesarios al tramo indicado, contratación que fue firmado a través del OTRO SI No. 3.

(...)

En esta misma reunión, yo indiqué al señor OTTO BULA que la concesionaria ya estaba en conversaciones con la ANI para obtener un nuevo OTRO SI en el cual el tramo OCAÑA PUERTO CAPULCO quedara incorporado a la concesión RUTA DEL SOL SECTOR 2. El señor OTTO BULA dijo que podría influenciar para acelerar y obtener el OTRO SI de la forma que la concesionaria necesitara. He comentado con el señor BULA que como se trataba de una asociación público privada APP sería necesario algunas cláusulas específicas en este OTRO SI, que serían fundamentales para dar la viabilidad económica y financiera del proyecto. Estas cláusulas consistían en: 1. Incremento de 15% en las tarifas de los peajes existentes en la concesión. 2. Dos nuevas casetas de peaje en el tramo OCAÑA PUERTO CAPULCO. 3. Anticipar vigencias futuras previstas para los años 2024 y 2028, para los años 2016, 2017 y 2018. 4. Creación del valor presente por el ingreso del peaje VIP en los años 2023 y 2028. En razón de las conversaciones con OTTO BULA arreglé con él el pago de un succesfee equivalente a 1% del valor del OTRO SI para que el prestara sus servicios de lobby a favor de la compañía.

(...)

Nunca me especificaba cuáles eran las autoridades públicas con las que estaba tratando, no obstante en estas reuniones, el señor BULA llegó a anticiparme que las comisiones permanentes del congreso 3, 4 y 6 convocarían al presidente de la ANI LUIS



FERNANDO ANDRADE MORENO y al Ministro de Hacienda MAURICIO CÁRDENAS para reuniones de control político en el Congreso, ellos serían presionados para dar celeridad al OTRO SI que viabilizara el proyecto OCAÑA GAMARRA.

(...)

Yo participé en algunas reuniones de trabajo que ocurrieron en la ANI entre agosto y septiembre de 2013 y marzo de 2014; yo acompañé al equipo de la concesionaria a las reuniones en la ANI y **pude verificar que era verdadera la presión política a favor del proyecto**, porque el presidente de la ANI LUIS FERNANDO ANDRADE MORENO, solicitó a mi persona que los parlamentarios no presionaran más para viabilizar el otrosí. Esto en mi perspectiva era la comprobación de que OTTO BULA estaba actuando frente a agentes públicos y que a pesar de que yo varias veces le pregunté quiénes eran, nunca me lo reveló. El 14 de marzo de 2014, la concesionaria RUTA DEL SOL firmó el OTRO SI No. 6 con las expectativas atendidas, que la actuación del señor OTTO BULA fue fundamental para acelerar y lograr y obtener el OTRO SI que viabilizó obras adicionales a contrato, **sin la necesidad de un proceso de licitación pública**, utilizando los procedimientos ya previstos en el contrato de concesión.

(...)

Frente a lo que he manifestado, considero que el señor OTTO BULA no actuó directamente ante el presidente de la ANI, y/o ante el ministro de Hacienda, sino que la influencia para conseguir el OTRO SI la ejerció a través de los políticos con los cuales él tenía relación. Tampoco tengo conocimiento sobre qué funcionarios de la ANI que hayan participado en el trámite para la adición del OTRO SI. Lo cierto es que la gestión de OTTO BULA dio resultado. Si no hubiéramos contratado a OTTO BULA **hubiéramos corrido el riesgo** de que la decisión se hubiera demorado 3 o 4 años más, o que se hubiera ido a una de las últimas olas de las 4G por licitación.

(...)"

Declaración bajo la gravedad de juramento del señor OTTO NICOLÁS BULA BULA ante la Fiscalía General de la Nación (obra a folio 310 del anexo No. 30 – diligencia del 12 de julio del 2017), manifestó que BERNARDO MIGUEL ELÍAS en una reunión en su casa con FEDERICO GAVIRIA manifestó que ELÍAS tenía cómo llegarle a LUIS FERNANDO ANDRADE MORENO, presidente de la ANI, para mejorar las condiciones contractuales de la adición de la Transversal OCAÑA – GAMARRA.

Y, frente al **pago de la comisión de éxito por la firma del otrosí No. 6** y sus mejoras contractuales en favor de la Concesionaria Ruta del Sol 2, OTTO BULA expresó lo siguiente:

"(...)

Mire, una de las condiciones que puso MARTORELLI, eran reuniones privadas con ANDRADE; por ejemplo, para ver la influencia que pudiera tener BERNARDO sobre eso. Por ejemplo, no es lo mismo hablar en la oficina de ANDRADE que en el apartamento de BERNARDO, por ejemplo con ANDRADE... ya me entiende lo que te quiero decir? Por lo general se hacían comidas. Eso no fue de una reunión, como dice ANDRADE, ni de 10 minutos; eso fueron, desde el principio han podido ser en el apartamento de BERNARDO 4 ó 5 reuniones. Cada vez que tenía un obstáculo, organizar precio, que se atrasaba algo, alguna cosa, **siempre existía una reunión y pues mejoraban las condiciones de ese contrato.**

(...)

El 15 de julio de 2013 firman el otrosí No. 3. Qué es el otrosí No. 3? La estructuración financiera, jurídica, contractual, formulación de la convocatoria pública de los pliegos (...) Entonces, cada vez que llegaban, por ejemplo, un ejemplo, una estructuración financiera, el precio de la obra y tenían una talanquera por trabajadores de la ANI, o sea, funcionarios de la ANI y tal, existía una reunión con ANDRADE con MARTORELLI, mira que tenemos este problema, y siempre se hacía en la casa de BERNARDO y siempre se solucionaba el problema. Entonces terminaron de hacer toda esa estructuración y firman el otrosí 6, que se firma el 14 de marzo del 2014. Ya este otrosí viene con precios y que se van a crear unos peajes, porque ya se hizo todo el trabajo de carpintería, se hizo fue acá en el otrosí 3 (...)

Sobre este punto, nótese la coherencia de este testimonio, frente al rendido por JUAN SEBASTIAN CORREA ante la Procuraduría General de la Nación el 5 de marzo de 2019 (ver folio 312 del anexo No. 30), quien manifestó bajo la gravedad de juramento lo siguiente:

"(...)

Les voy a hacer como el recuento desde el momento 0 en el que empecé yo a figurar en el tema del otro sí No. 6 de la adición OCAÑA – GAMARRA, Contrato Ruta del Sol – Tramo 2. Se remonta al año 2013, a mitad de año, primero pues quiero contarles mi funciones en la ANI era EXPERTO G 3 – GRADO 6, no tenía poder de toma de decisiones, no participaba en comités, no suscribía documentos, simplemente mis funciones eran la de ser enlace con el congreso, alcaldes y gobernación (...) era el estar pendiente de las relaciones con ellos, y en el de tramitar las respuestas a los requerimientos que estas personas podían formular al Director de la Agencia (...) yo simplemente era el tramitador (...). Dentro de mis funciones me remito al año 2013, cuando un grupo de congresistas empiezan a indagar por el Otrosí OCAÑA – GAMARRA (...) En junio de 2013 pide cita el Senador BERNARDO MIGUEL ELÍAS VIDAL (...) el Senador me pide una cita con el señor ANDRADE, yo le pregunto que si quiere atender al Senador (...), el señor ANDRADE me dice que sí, programamos la cita, va el Senador ELÍAS a la oficina del señor ANDRADE, lo atendemos el señor ANDRADE y yo. La reunión la hicimos los 3 (...) en la Presidencia de la ANI, específicamente en la oficina privada del señor ANDRADE. En esta reunión él le manifiesta al señor ANDRADE, las preocupaciones y preguntarle sobre todo en qué iba el trámite de la adición OCAÑA – GAMARRA. El doctor ANDRADE le explica en qué va el trámite, que se están iniciando, que le van a hacer otro sí, que eso va por muy buen camino, ellos tienen muy buena química (...) el señor ELÍAS le dice que es muy importante que se construya la variante de OCAÑA, el señor ANDRADE le dice que eso está en estudio, que hay que ver si se ajusta o no. Entonces ellos quedan muy comprometidos en volver a hablar, el Senador BERNARDO MIGUEL ELÍAS le dice que él tiene una relación, que él conoce a la gente de ODEBRECHT, especialmente al señor MARTORELLI, que si le incomodaría que estuvieran en contacto los tres: MARTORELLI, ANDRADE y ELIAS, a lo que el señor ANDRADE le da su venia y le dice que está de acuerdo, que no hay ningún inconveniente (...)

Para finales del 2013 o comienzos del 2014, el Senador ANDRADE invita a una cena a LUIS FERNANDO ANDRADE a la casa del Senador y le dice y lo invita a través mío y le dice que va a estar presente el señor ELEUBERTO MARTORELLI, el Presidente de Odebrecht Colombia. El señor ANDRADE, yo le consulto al señor ANDRADE, y el señor ANDRADE me dice que sí, que no hay ningún problema.

Expediente: IUS E - 2017 - 19229 / IUC D-2017-651-927370
Fallo de primera instancia sancionatorio.

91

Asistimos al apartamento del Senador ELIAS (...) esa fue la primera de varias cenas a las que asistimos en el apartamento del Senador ELIAS. En esa cena, llegamos el señor ANDRADE y yo, ya estaba el señor MARTORELLI (...) sostuvimos la cena, hablaron del proyecto Ruta del Sol 2 primero, después hablaron de la adición OCAÑA – GAMARRA, hablaron de unos inconvenientes técnicos, a lo que el señor ANDRADE les dijo que tuvieran mucho cuidado, que la propuesta presentada no fuera a sobrepasar el 50% del valor del contrato, para que fuera posible hacer por adición; en las 3 o 4 reuniones que les voy a describir, se hablaron los mismos temas, voy a contar de una vez los temas. Entonces los temas eran: primero, que ellos habían entregado una propuesta para construir toda la vía OCAÑA – GAMARRA y variante OCAÑA, toda en doble calzada, entonces el costo era muy alto; segundo, el tema de la financiación, que no les cerraba, entonces lo que les dijo el señor ANDRADE, lo que les decía era, todos los consejos que él les daba o las ayuda que él les daba (...): si quiere hacer todo doble calzada y no les da, no haga todo doble calzada, haga carriles de adelantamiento cada cierto número de kilómetros; después también que tampoco les cuadraba, entonces el señor ANDRADE les decía: entonces elimine la variante OCAÑA; así se fueron los temas de la reuniones, llegando al fin para que el proyecto fuera viable; en el tema de la financiación tampoco les cuadraba, entonces el señor ANDRADE les dijo, al final: mire, yo puedo adelantar unas vigencias futuras, que no se van a usar porque el contrato se prevé que termine antes, entonces yo las adelanto, con la venia y el visto bueno el Ministerio de Hacienda, el que adelanta las vigencias es el Ministerio de Hacienda por solicitud del Presidente de la ANI; otras de las formas de financiación, entonces pero qué hacemos? Pues como los peajes de la Ruta del Sol estaban relativamente más bajos que los del resto del País, pues el señor ANDRADE les dijo: podemos incrementar el valor de los peajes, gradualmente en 100 pesos, 200 pesos, pero es un montón de plata, podemos incrementarlos gradualmente durante unos años hasta que se equiparen a los otros peajes y por ese concepto se recibe x cantidad de plata. Y otra idea que les dio también el señor ANDRADE muy clara, era de instalar dos peajes nuevos en la vía OCAÑA – GAMARRA (...) Así fue que ellos montaron su propuesta. Entonces en la primera cena se habló eso, pues no de todos los temas, pero ahí, ya se entraron en conversaciones, que el proyecto estaba en firme pero que no cerraba la adición, se sostuvo la cena (...) el señor ANDRADE y estaba yo, en muchas ocasiones se retiraban las 3 personas: ELIAS, ANDRADE y MARTORELLI a hablar aparte, en un estudio que estaba al lado de la sala, pues se entraban a hablar ahí y yo me quedaba en el sofá chateando o haciendo lo que fuera. Esa fue una de las cenas. La segunda cena fue ya empezando 2014, enero o febrero, eso fue antes de la firma de la adición. El señor MARTORELLI estaba muy preocupado que porque en la ANI eran muy lentos, no tomaban decisiones, entonces siempre tenían que, digo yo, abordar al Senador ELIAS para que el Senador ELIAS convidara al señor ANDRADE para que el señor ANDRADE pusiera en cintura a los técnicos de la ANI, ese era como el modus operandi del Senador ELIAS y del señor ANDRADE y obviamente yo lo acompañaba en ejercicio de mis funciones como enlace con el Congreso. En la segunda cena se trató ese tema también, el señor ANDRADE se comprometió a agilizarlo, le dijo a MARTORELLI que no se preocupara, que eso era una prioridad para él, ahí discutieron también temas financieros, temas técnicos, temas del trámite de la propuesta y se dio la propuesta y el otro se firmó en marzo de 2014.

(...)”

Y continúo más adelante el declarante:

"(...) Antes del otrosí 3, Odebrecht presenta una propuesta, que era para hacer la conexión Puerto Berrío – Ruta del Sol; misteriosamente el señor ANDRADE en ejercicio de sus funciones, en una reunión manifiesta al concesionario que esa vía no, que esa vía estaba priorizada (...) que no, que esa no es tan importante, que por qué no presentan una propuesta para hacer OCAÑA GAMARRA. La propuesta se presenta inmediatamente, creo que la ANI saca una comunicación y ODEBRECHT la contesta en cuestión de horas.

(...)

Se firma la adición, desde mi punto de vista como administrador de empresa, no soy abogado, la adición debía contar con un certificado de disponibilidad presupuestal, con un CDP, como lo hacen las alcaldías, primero, yo tengo el CDP y luego, pues, firmo el contrato. **El afán del señor ANDRADE es sacar esta adición en marzo de 2014**, incluye una cláusula al final que dice: si no es aprobado en el CONPES y en el CONFIS, la adición no tendrá ningún valor. Recuerdo que en una de esas idas del Senador ELIAS a la ANI, le dice el doctor ANDRADE, el doctor ANDRADE le dice: mira BERNARDO, él le decía BERNARDO, la cláusula que quedó, entonces el Senador ELIAS le dice: no importa doctor ANDRADE, el concesionario está feliz porque con esto, así no haya CONPES ni CONFIS, ellos demandan a la ANI. El Señor ANDRADE se quedó callado. Después fue el CONPES y el CONFIS, bastante tiempo después, creo que fue en agosto, no acompañé al Presidente de la ANI, él fue solo y expuso su proyecto solo y ahí se firma CONFES, CONFIS, que es cuando ya, se da por hecho el proyecto.

(...)”

Ahora, en este mismo sentido, en el laudo arbitral proferido por el TRIBUNAL ARBITRAL CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. vs. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI (Trámites 4190 y 4209 Acumulados)¹¹⁴ aportado en debida forma al presente expediente disciplinario resaltó lo siguiente:

“(…)

Específicamente en lo que concierne al contrato de adición -otrosí N°6- el compromiso abarcó la agilización de los trámites respectivos y la inclusión de cláusulas favorables al contratista, atinentes a la autorización de nuevos peajes, el incremento de las respectivas tarifas, la anticipación de vigencias futuras y tasas de retorno, entre otras, y se acordó que estas condiciones fueran contempladas en los documentos CONPES y CONFIS, requeridos para el cierre financiero del contrato. Todo ello, se reitera, a cambio de grandes sumas de dinero. Las sumas acordadas por concepto de comisiones o coimas para este contrato, según se ha establecido en el curso de la investigación, fue del 4% del valor total del mismo, suma que se distribuyó así: 2% para el senador BERNARDO MIGUEL ELÍAS VIDAL y su grupo de personas, el 1% para otro congresista y su grupo, el 0.5% para Otto Bula y el restante 0.5% para Federico Gaviria, monto que se pagaría una vez alcanzado el objetivo, es decir, se firmara el contrato adicional y se obtuviera el cierre financiero, lo cual efectivamente sucedió. Igual situación se predica del contrato de estabilidad jurídica, con la diferencia que respecto de ese convenio no se pagó por parte de la multinacional ODEBRECHT un determinado porcentaje como ocurrió frente al Otrosí

¹¹⁴ Se encuentra en el DVD que obra en el folio 240 del cuaderno principal No. 15.

Nº6, sino que se acordó entregar una suma determinada, es decir cuatro mil millones de pesos. La forma de pago de las cantidades subrepticamente acordadas se encubrió de distintas maneras. Una parte, a través de una serie de transacciones trianguladas desde cuentas offshore a cuentas de terceros, suministradas por los destinatarios de los pagos, tanto en el exterior como en el país, y otras cantidades, obtenidas mediante la suscripción de contratos simulados entre la concesionaria Ruta del Sol II y subcontratistas, que finalmente fueron entregadas en efectivo y cheques a sus beneficiarios. Respecto al Otrosí Nº 6, el senador ELÍAS VIDAL asumió la función de agilizar los trámites para sacar adelante en un tiempo récord la adición del contrato en las condiciones económicas favorables exigidas por la concesionaria, lo que le generó dividendos equivalentes al 2% del valor total del mismo, para lo cual, entre otras actividades, interfirió de distintas formas ante el Presidente de la ANI y otros funcionarios gubernamentales competentes para la aprobación del Conpes y el Confis, en orden a lograr el cierre financiero del Otrosí Nº 6. Su rol implicaba, además, lograr que otros congresistas apoyaran las iniciativas de control político, y a través de esos debates se presionaba a los funcionarios que tenían a cargo las decisiones en materia contractual.”

Así las cosas, con la suscripción de los citados otrosíes, se advierte la vulneración de los principios de la contratación estatal, en la medida en que, al no tener ninguno de los objetos y alcances de los mencionados otrosíes relación directa y precisa con el objeto de la concesión 001 del 2010, y ni que las llamadas “obras accesorias” comprendían la proyección, ejecución, conservación, reposición y reparación de la principal (esto es, el tramo II de la Ruta del Sol), estos contratos adicionales no podían suscribirse de manera directa con la Concesionaria Ruta del Sol, por lo que se debieron haber sometido a un proceso público selectivo que garantizara la pluralidad de oferentes, como se sustenta y demuestra a lo largo de esta providencia.

7.5.4 Normatividad aplicable al Contrato de Concesión No. 001 de 2010.

Conocidas las adiciones al contrato de concesión, y de cara a proceder con el análisis que nos ocupa, se precisa que la normatividad que **le era aplicable para efecto de las adiciones era el artículo 28 de la Ley 1150 de 2007, derogado por el artículo 39 de la Ley 1508 de 2012**, que señalaba;

“ARTÍCULO 28. DE LA PRÓRROGA O ADICIÓN DE CONCESIONES DE OBRA PÚBLICA. Aparte subrayado **CONDICIONALMENTE** exequible. En los contratos de concesión de obra pública, podrá haber prórroga o adición hasta por el sesenta por ciento (60%) del plazo estimado, independientemente del monto de la inversión, siempre que se trate de obras adicionales directamente relacionadas con el objeto concesionado o de la recuperación de la inversión debidamente soportada en estudios técnicos y económicos. Respecto de concesiones viales deberá referirse al mismo corredor vial.

Inciso derogado por el artículo 276 de la Ley 1450 de 2011. Toda prórroga o adición a contratos de concesión de obra pública nacional requeriría concepto previo favorable del Consejo Nacional de Política Económica y Social – Conpes -.

No habrá prórrogas automáticas en los contratos de concesiones.”



La Corte Constitucional en Sentencia C – 300 de 25 de abril de 2012, en estudio de demanda de inconstitucionalidad en contra del referido artículo determinó **que, pese a su derogación, la norma continuaba produciendo efectos dentro del ordenamiento.**

En las razones para ello consideró:

“2.2.2.1 Tal como sostiene uno de los intervinientes, por mandato expreso de varias disposiciones de orden legal, en armonía con los principios de buena fe y seguridad jurídica, **los contratos de concesión de obra pública perfeccionados antes de la entrada en vigencia de la ley 1508 se deben seguir rigiendo por la ley vigente al momento de su celebración.** En efecto, el artículo 38 de la ley 153 de 1887 dispone: “En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración”, mientras el inciso segundo del artículo 2 de la ley 1508 señala: “Las concesiones vigentes al momento de la promulgación de la presente ley se seguirán rigiendo por las normas vigentes al momento de su celebración”. Estas disposiciones buscan proteger la confianza legítima de quienes celebran acuerdos de voluntades al amparo de ciertas reglas, es decir, la confianza en que las condiciones que previeron no se alterarían en perjuicio del equilibrio de cargas acordado, elemento fundamental para el adecuado funcionamiento de las relaciones económicas y que por ello es amparado por la Carta Política.

2.2.2.2 Como consecuencia de la regla anterior, la Sala encuentra que **existe al menos una hipótesis en la que el precepto acusado continúa proyectando sus efectos** dentro del ordenamiento: el caso de las adiciones y prórrogas que se hayan celebrado o se celebren después de la entrada en vigencia de la ley 1508, en el marco de contratos concesión de obra pública suscritos al amparo del artículo 28 de la ley 1150. (.....)”

Así las cosas y como quiera que el contrato de concesión No. 001 fue suscrito el 14 de enero de 2010, momento para el cual se encontraba vigente el artículo 28 de la Ley 1150 de 2007, y la adición realizada a través de los Otrosíes No. 3 y 6 fueron suscritos en las vigencias 2013 y 2014, con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 1508 de 2012, se seguía rigiendo por la ley vigente al momento de su celebración, esto es la Ley 1150 de 2007.

Queda claro que al tenor de lo previsto en el artículo 28 de la Ley 1150 de 2007, normatividad aplicable, el contrato de concesión podía ser adicionado para llevar a cabo **obras adicionales directamente relacionadas con el objeto concesionado, y respecto de concesiones viales debería referirse al mismo corredor vial,** situación principal que corresponde analizar en esta instancia, luego de concretar los trámites que se surtieron al interior de la Agencia.

7.5.5 Trámite para la estructuración de las adiciones a través de los Otrosíes No. 3 y 6.

Conforme a las pruebas allegadas, se detalla el proceso que se surtió al interior de la entidad para la configuración de los Otrosíes, y los responsables en cada una de sus etapas;

Referente a los estudios de conveniencia y oportunidad, a la aprobación que se surtió en el Comité de Contratación de la entidad y a la proyección y suscripción de los Otrosíes, se constata los siguientes responsables;

Referente al Otrosí No. 03;

Documento	Responsables	Fecha de suscripción
Estudio de conveniencia y oportunidad al contrato de concesión No. 001 de 2010.	Suscrito por: CAMILO MENDOZA ROZO Vicepresidente de Gestión Contractual, Visto Bueno: JOSE ANDRES TORRES RODRIGUEZ Gerente Carretero 1 ALEXANDRA LOZANO VERGARA Gerente Gestión Contractual 2. Proyectado: MARCELO ENRIQUE CANO DEL CASTILLO – Contratista Apoyo a la Supervisión Revisado por: DAVID LEONARDO MONTAÑO – Asesor Jurídico GGC.	11 de julio de 2013
Comité Asesor de Asuntos Contractuales	A la sesión asistieron los siguientes miembros del comité con voz y voto: LUIS FERNANDO ANDRADE MORENO, Presidente de la Agencia BEATRIZ EUGENIA MORALES VÉLEZ, Vicepresidenta de Estructuración. HÉCTOR JAIME PINILLA ORTIZ, Vicepresidente Jurídico CAMILO MENDOZA ROZO, Vicepresidente de Gestión Contractual. Otros asistentes; ANDRES FIGUEREDO SERPA, Vicepresidente de Planeación Riesgo y Entorno WILMAR DARÍO GONZALEZ BURITICÁ, Gerente de Contratación (Secretario Técnico) ALEXANDRA LOZANO, Gerente Jurídica Gestión Contractual 2	Realizado el 11 de julio de 2013, Acta No. 26 de sesión ordinaria.



Otrosí No. 03	Suscrito por: LUIS FERNANDO ANDRADE MORENO Presidente ANI, con y EDER PAOLO FERRACUTI, Representante Legal de la CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. Proyectado: DAVID MONTAÑO GARCIA Experto GGC 2 y Monica Adarme Manosaiva GGC 2 Revisado por: ALEXANDRA LOZANO VERGARA – Gerente de Gestión Contractual 2 JOSE ANDRES TORRES RODRIGUEZ – Gerente Grupo Carretero 1	15 de julio de 2013
---------------	--	---------------------

Referente al Otrosí No. 06;

Documento	Responsables	Fecha de suscripción
Estudio de conveniencia y oportunidad al contrato de concesión No. 001 de 2010.	Suscrito por: ANDRES FIGUEREDO SERPA, Vicepresidente de Gestión Contractual Componente Técnico YASMINA DEL CARMEN CORRALES Supervisora Contrato de Concesión DANIEL FRANCISCO TENJO Gerente Proyectos Carretero 1 Componente Jurídico DAVID LEONARDO MONTAÑO GARCIA Experto GGC 2 ALEXANDRA LOZANO VERGARA Gerente de Gestión Contractual 2 Componente Financiero FRANCISCO JAVIER FORERO Asesor Financiero EMERSON DURAN VARGAS Gerente Financiero – VGC Componente Socioambiental MARTHA MILENA CORDOBA Experto 6 – VPPE	13 de marzo de 2014

Expediente: IUS E - 2017 - 19229 / IUC D-2017-651-927370
Fallo de primera instancia sancionatorio.

97

	FERNANDO IREGUI MEJIA Gerente Social y Ambiental Componente Predial ANDREA AMAYA Ing. Catastral G.I.T Predial EDGAR CHACÓN HARTMAN Gerente Predial – VPRE Componente Riesgos JORGE HUERTAS LUNA Experto 8.(e) MAURICIO ORLANDO CASTRO Gerente de Riesgos – VPRE	
Comité Asesor de Asuntos Contractuales	A la sesión asistieron los siguientes miembros del comité con voz y voto: LUIS FERNANDO ANDRADE MORENO, Presidente de la Agencia ANDRES FIGUEREDO SERPA, Vicepresidente de Gestión Contractual CAMILO MENDOZA ROZO, Vicepresidente de Planeación, Riesgos y Entorno. HÉCTOR JAIME PINILLA ORTIZ, Vicepresidente Jurídico Otros asistentes; WILMAR DARÍO GONZALEZ BURITICÁ, Gerente de Contratación Vicepresidencia jurídica MARÍA YAHVEZZINE DEL CASTILLO LÓPEZ, abogada Gerencia de Contratación Vicepresidencia Jurídica ALEXANDRA LOZANO, Gerente Jurídica Gestión Contractual 2 Vicepresidencia jurídica DANIEL TENJO, Gerente de proyecto de la Vicepresidencia de Gestión Contractual EMERSON VARGAS, Gerente Financiero Vicepresidencia de Gestión Contractual MARGARITA MONTILLA, Gerente de Gestión Contractual 1 Vicepresidencia Jurídica LUIS EDUARDO GUTIERREZ Gerente de proyecto de la Vicepresidencia de Gestión Contractual.	Realizado el 13 de marzo de 2014, Acta No. 16 de sesión extraordinaria.

Otrosí No. 06	Suscrito por: LUIS FERNANDO ANDRADE MORENO Presidente ANI, con y EDER PAOLO FERRACUTI, Representante Legal de la CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. Proyectado: DAVID LEONARDO MONTAÑO GARCÍA Experto - GGC 2 YASMINE DEL CARMEN CORRALES PALEMINA — Experto VGC FRANCISCO JAVIER FORERO LOZANO —Asesor Financiero Revisado por: DANIEL FRANCISCO TENJO SUÁREZ — Gerente Grupo Carretero 1 EMERSON DURÁN VARGAS —Gerente Grupo interno de Trabajo Financiero MAURICIO ORLANDO CASTRO CASTAÑO — Gerente de Riesgos ALEXANDRA LOZANO VERGARA — Gerente de Gestión Contractual 2 ANDRÉS FIGUEREDO SERPA — Vicepresidente de Gestión Contractual	14 de marzo 2014
---------------	---	------------------

7.5.5.1 Concepto emitido por Alexandra Lozano Vergara – Gerente de Gestión Contractual 2

A través de memorando No. 2013 – 704 – 000532- 3¹¹⁵ de fecha 21 de enero de 2013, suscrito por ALEXANDRA LOZANO VERGARA Gerente Gestión Contractual 2, dirigido a CAMILO MENDOZA ROZO Vicepresidente de Gestión Contractual, se rindió concepto sobre la procedencia de adicionar el alcance físico del Contrato No. 001 de 2010 Proyecto Vial Ruta del Sol Sector 2, para que el concesionario ejecute obras de rehabilitación y mejoramiento y posterior operación y mantenimiento del trayecto Ocaña – Agua Clara – Gamarra – Puerto Capulco.

Para mayor precisión se transcriben apartes del concepto:

“HIPOTESIS SOBRE LA ADICIÓN DE LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA CONTENIDAS EN LA SENTENCIA C – 300 DE 2012

(.....).

¹¹⁵ Cfr. Folios 65 – 66, Cd FL 732 Cuaderno principal 8
Expediente: IUS E - 2017 - 19229 / IUC D-2017-651-927370
Fallo de primera instancia sancionatorio.

En criterio de la Corte, los contratos de concesión, como el Contrato No. 001 de 2010, celebrados en vigencia del Artículo 28 de la Ley 1150 de 2007, se seguirán rigiendo por dicha norma a pesar de su derogatoria, por cuanto tal como lo estipula el Artículo 38 de la Ley 153 de 1887, "en todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración".

En el mismo sentido, la Alta Corporación plantea que toda adición o modificación contractual debe registrarse por la ley del contrato y no por aquella vigente al momento de la modificación contractual..."

(...) Lo anterior implica, como se ha manifestado, que el Sector al que se refiere el alcance del objeto contractual permite actividades adicionales a las inicialmente contempladas, siempre que técnicamente se trate de obras directamente relacionadas con el objeto concesionado, en este caso el "sector", disposición que guarda total relación con los términos del Artículo 28 de la Ley 1150 de 2007, sobre la prórroga o adición de las concesiones de obra pública.

Por último, la Sección 191.18 del Contrato de Concesión incorpora de manera expresa la posibilidad de modificaciones señalando que las mismas deberán ser por escrito, previo acuerdo de las partes y en cumplimiento de la ley aplicable.

CONCLUSIÓN

Siguiendo las reglas de Contrato de Concesión No. 001 de 2010 y los preceptos y argumentos contenidos en la Sentencia C – 300 de 2012, se concluye que es procedente la adición del Contrato de Concesión, proyecto vial Ruta del Sol Sector 2, para que el concesionario ejecute obras de rehabilitación y mejoramiento y posterior operación y mantenimiento del trayecto Ocaña – Aguas Clara – Gamarra – Puerto Capulco, siempre que técnicamente se trate de obras directamente relacionadas con el objeto concesionado, en este caso el "Sector" esto es el trayecto comprendido entre Puerto Salgar y San Roque cuyas especificaciones de identificación y referencia se detallan en el Apéndice Técnico del Contrato de Concesión".

Se verifica en el cuerpo del documento que el mismo fue proyectado por HARBEY CARRASCAL Abogado Contratista, MONICA ADARME M/Experta G7 y revisado por ALEXANDRA LOZANO VERGARA Gerente de Gestión Contractual.

Se determina que se dio inicio a este proceso a partir del concepto rendido por la entonces Gerente de Gestión Contractual 2, por solicitud que hiciera el Vicepresidente de Gestión Contractual a la Vicepresidencia jurídica, en el cual se concluyó que *"Siguiendo las reglas del Contrato de Concesión No. 001 de 2010 y los preceptos y argumentos contenidos en la Sentencia C – 300 de 2012, se concluye que es procedente la adición del contrato de Concesión, proyecto vial Ruta del Sol Sector 2, para que el Concesionario ejecute obras de rehabilitación y mejoramiento y posterior operación y mantenimiento del trayecto Ocaña – Aguas Clara- Gamarra – Puerto Capulco, siempre que técnicamente se trate de obras directamente relacionadas con el objeto concesionado, en este caso el "Sector" esto es el trayecto comprendido entre Puerto Salgar y San Roque cuyas especificaciones de identificación y referencia se detallan en el Apéndice Técnico del Contrato de Concesión"*.



Sobre el alcance de este concepto, emitido desde la Vicepresidencia Jurídica, se precisa que al tenor de su contenido se estableció la procedencia de la adición para realizar las obras de rehabilitación y mejoramiento y posterior operación y mantenimiento del trayecto Ocaña – Agua Clara - Gamarra – Puerto Capulco, precisando que siempre que técnicamente se tratará de obras directamente relacionadas con el objeto concesionado, es decir el “Sector” definido como el trayecto comprendido entre Puerto Salgar y San Roque.

7.5.5.2 Aprobación en el Comité Asesor de Asuntos Contractuales

Para mayor ilustración de lo transcurrido frente a la aprobación de los Otrosíes en el Comités de Asuntos Contractuales, se traen apartes de lo transcurrido en el mismo;

En relación con el Otrosí No. 03;

Según consta en el acta, la Gerente Jurídica de gestión contractual expuso los antecedentes;

"(...) El día 14 de enero se suscribió el contrato 01 de 2010 con el concesionario RUTA DEL SOL S.A.S, el 31 de marzo de 2010 se suscribió e; acta de inicio de este contrato y el sector Ruta del Sol que comprende otros tramos como: San Alberto - Aguachica, correspondiente a la ruta nacional 4514 que incluye en su trayecto la intersección a desnivel en el sitio denominado Agua Clara, en el municipio de Aguachica a partir de la cual se desprende de un lado la ruta nacional 70 que conecta a Ocaña y en otro la vía que conecta al municipio de Gamarra (Cesar). Lo anterior es el sustento más importante del Otrosí en relación porque este tramo pertenece al mismo sector que ya ha sido adjudicado.

Dentro de las carpetas entregadas, obra la autorización y aprobación de este Otrosí por parte de la interventoría, el soporte del estudio o propuesta técnica presentada por el concesionario, el estudio jurídico realizado dentro de la entidad por la Gerencia Jurídica de Gestión Contractual 2, los estudios de conveniencia y oportunidad del mismo y el Otrosí con el fin de que sean guardados dentro de los soportes de cada uno.

Mediante comunicación 0690 remitida el 15 junio de 2012 a la Agencia, el concesionario puso a disposición de la Entidad con el fin de ofrecer soluciones concretas, de largo plazo y de incluirlo dentro del alcance de este contrato, el mejoramiento de la ruta 6206 tramo Puerto Berrio, conexión ruta 4511. Mediante comunicado 20123050208751 del 13 de julio de 2012, la Agencia dio respuesta al comunicado y manifestó su disposición de analizar algún tipo de propuesta del concesionario de desarrollar el proyecto sobre el tramo de la ruta 70 comprendido entre Ocaña Agua Clara - Gamarra - Puerto Capulco (Ramales) con el propósito de realizar su rehabilitación y mejoramiento, así como la construcción de las variantes de Ocaña - Río de Oro y Aguachica; las cuales hacen parte integral de los ramales.

Seguido a esto el Ingeniero Andrés Torres explica los demás considerandos que obran dentro del cuerpo del Otrosí.

Los trayectos que se incluyen dentro del contrato son: Puerto Capulco que es un puerto sobre el río Magdalena, el municipio de Gamarra y una troncal que conecta con Aguas Claras, siendo esta

una intersección que esta sobre el sector de Ruta del Sol. A partir de ahí se desprende otro ramal que va desde Aguas Claras hasta Ocaña. Este es un terreno plano ondulado, la sección transversal de la vía es de aproximadamente de siete metros y no tiene bermas por lo cual tiene una sección transversal muy angosta. A partir del punto de Aguas Claras hacia Ocaña el terreno se convierte en ondulado - montañoso con unas características geométricas bastantes deficientes y una señalización muy baja.

El Estado actual de la vía es que cuenta con una gran cantidad de curvas que no cumplen con los diseños de 60 km/h, la sección transversal de la vía tiene cunetas, no tiene bermas motivo por el cual no cumple con lo establecido en la ley 105; además de esto no cuenta con una clara señalización, horizontal ni vertical. También tiene unos inconvenientes muy grandes con relación al traseo geométrico con diferencias sustanciales en planta, en perfil y una dotación insuficiente de señalización.

El sector entre Agua Clara y Ocaña está siendo diseñado por la firma YES en un contrato suscrito con el INVIAS cuyo número es el 2219, el cual tiene por objeto los estudios y diseños a fase 3 para darle la rehabilitación y mejoramiento a este sector. El INVIAS ha puesto a disposición esta información para que la Agencia la retome en el sector entre Puerto Capulco y Agua Clara (departamento del Cesar); también ha facilitado la entrega de la vía para que la Agencia entre en la ejecución de los estudios y diseños en primera instancia.

Ahora bien, el objeto es ejecutar los estudios y diseños en detalle en el tramo Agua Clara - Gamarra Puerto Capulco y realizar la gestión social predial y ambiental de acuerdo con los apéndices técnicos. Adicionalmente, se tiene previsto hacer toda la estructuración financiera y legal. Una vez se termine la viabilidad tanto legal financiera y técnica se procedería a iniciar un proceso privado en el marco de la cláusula 23 del contrato que establece que, para cualquier adición al contrato, el concesionario tiene la obligación de iniciar un proceso privado con amplia divulgación, lo cual se encuentra previsto en el marco del contrato.

Al respecto, el presidente de la Agencia manifiesta que cuando se habló con los portuarios de la zona de Gamarra, se evidenció que hay dos puertos al sur de Gamarra y tres al norte de Gamarra, es decir, Puerto Capulco está al sur pero hay unos al norte, por lo tanto lo que hay que hacer es llegar a Gamarra y hacer las paralelas al Río Magdalena más o menos en dos o tres kilómetros para facilitar la entrada a los puertos; pero no es sólo hacia el sur sino que también hacia el norte, motivo por el cual es importante que quede la flexibilidad de que no es tanto llegar a Puerto Capulco sino llegar hasta Gamarra con el fin de tener la conexión con puertos ribereños. Por lo anterior, se debe ajustar el alcance hasta los puertos ribereños que se encuentran tanto al sur como al norte.

Seguido a esto el Ingeniero Andrés Torres continúa con su exposición señalando que en cuanto al tráfico promedio diario entre El Platanal y Agua Clara es de 1900 vehículos de los cuales haciendo un análisis entre el peaje de Morrison que queda al sur sobre la Ruta del Sol y más adelante se encuentra la estación de peaje de Pailitas; de lo anterior se han obtenido unos conteos en los que el 80% del tráfico que maneja la vía Ocaña Agua Clara llega ya sea hacia el norte o hacia el sur.



Adicionalmente, se realizó un análisis desde el punto de vista de la modelación económica del Banco Mundial que es el modelo HDM4, y se tuvieron en cuenta varios aspectos como: la reducción de tiempos de viaje, el aumento en la finca raíz del sector aledaño al proyecto, la disminución en riesgos de accidentes y las mejoras en las condiciones de salud del sector en un horizonte de 20 años, con el fin de realizar la valoración económica y las ventajas de incluir este proyecto y hacerlo a través de este contrato, concluyendo que hay una reducción aproximadamente de 27 meses para la ejecución de la obra, lo cual tiene un beneficio muy importante económico del orden de ciento veinticinco mil millones de pesos calculado con una tasa de descuento de 8,5% o ciento nueve mil millones de pesos calculados con una tasa del 12%, en un horizonte de 20 años esto fue trabajado bajo el modelo del Banco Mundial HDM4.

En cuanto a la valoración económica del modelo HDM4 del Banco Mundial, encontramos que el beneficio económico teniendo en cuenta las variables mencionadas como: tiempo de viaje, aumento en finca raíz, disminución de riesgos de accidente y mejoramiento en las condiciones de salubridad. La conexión permite movilizar los productos de carbón que se extrae en el norte de Santander y a futuro sería para la conexión multimodal que integraría Ruta del Sol con todos los puertos que están sobre el río Magdalena, y siendo esta una zona montañosa, para seguridad se tendrían que hacer una serie de viaductos importantes.

Al respecto, el Presidente de la Agencia señala que esta es una vía fundamental y prioritaria dentro del Plan de Desarrollo, el contrato permite que se haga así y es la forma más rápida de llevarlo a cabo. Además, la tranquilidad que se tiene en estas adiciones es que se estipula que para ello debe hacer una licitación privada en el momento de construcción.

En este sentido, el Presidente pregunta a la Vicepresidenta de Estructuración lo siguiente: ¿A la Agencia le remitieron alguna información relacionada con el costo de lo que se estaba proponiendo? ¿Del alcance de dichos estudios se hizo una revisión con el fin de que sea por lo menos similar a lo que se está pidiendo en las estructuraciones?

La Vicepresidenta de Estructuración responde que en esta etapa no se está haciendo una adición de la construcción, motivo por el cual simplemente se solicita la realización de los estudios y estos son los que se deberían hacer con base en lo que estamos solicitando.

Al respecto, el ingeniero Andrés Torres indica que el alcance está incluido dentro del estudio de conveniencia y oportunidad y dentro del borrador de Otrosí a suscribir, en el cual se discrimina cada uno de los aspectos ya sean financieros, legales o técnicos, y al mismo tiempo la propuesta enmarcada está dentro de los precios del mercado.

La Gerente Jurídica de Gestión Contractual 1, manifiesta:

Respecto de la anotación que hace el Presidente es muy importante para todos los miembros de Comité anotar que dentro de la carpeta entregada obran todos los soportes que serían parte integral del Otrosí, no sólo la explicación técnica y el sustento técnico, sino también un concepto técnico suscrito por el Vicepresidente Jurídico de la ANI en el que se establece que se realizó por parte de la Gerencia de Gestión Contractual 2 y que lo que contiene es un análisis de porqué en este contrato de concesión es susceptible de realizarse un Otrosí como el que se está proponiendo y esto es básicamente porque existe la sentencia C-300 de 2012 que generó tanto impacto en el tema de las adiciones y contiene de manera muy puntual cada uno de los puntos que sustentan jurídicamente el tema. Un aparte de dicho concepto es e) siguiente:

"Siguiendo las reglas del contrato 001 de 2010 y los preceptos y argumentos contenidos en la sentencia C-300 de 2012 se concluye que es procedente la adición del contrato de concesión proyectó vial Ruta del Sol sector 2, para que el concesionario ejecute las obras de rehabilitación y mantenimiento y posterior mantenimiento del trayecto Ocaña - Agua Clara - Gamarra - Puerto Capulco siempre que técnicamente se trate de obras directamente relacionadas con el objeto concesionado". En este caso el sector es el trayecto comprendido entre Puerto Salgar y San Roque, cuyas especificaciones e identificación y referencia se detallan en la premisa técnica del contrato de concesión.

Lo anterior, obra no solo dentro del cuerpo mismo del Otrosí, sino que además forma parte integral de los estudios previos de oportunidad y conveniencia.

El Ingeniero Andrés Torres añade que la financiación de estos estudios y diseños es a partir del fondo de una cuenta de supervisión aérea que no se ha utilizado y la idea es financiarlos a partir de, la disminución de este fondo.

La Gerente Jurídica de Gestión Contractual 1 agrega que forma parte de una de las modificaciones que se están proponiendo en el Otrosí, pues allí hay una plata que no se ha utilizado y entonces pretendemos modificarlos, no sólo en este Otrosí sino en adelante en cualquier estudio y diseño que se requiera dentro de la misma concesión.

Igualmente es importante mencionar lo que el Presidente ha señalado y es que el mismo contrato de concesión no sólo permite sino que prevé cual es el procedimiento que se debe realizar para este tipo de obras complementarias, tal y como consta en la cláusula 13-01 del contrato de concesión, la cual establece cual es el orden en que se deben realizar las actividades, que actividades se deben realizar y cuál es el procedimiento establecido, siendo este una licitación privada que manejará el concesionario y que deberá garantizar la libre concurrencia de todas las personas que públicamente quieran participar. Para ello se establecen varias publicaciones y un procedimiento muy similar al que se establece en la Ley 80 de 1993 para los proyectos públicos y sus decretos reglamentarios.

El Vicepresidente Jurídico pregunta: ¿La Agencia mantiene el control sobre el diseño) es decir el diseño debe ser aprobado por la entidad o no?, ¿En el caso de que algún costo resulte excesivo, la Agencia tiene la facultad de decidir si se hace o no?

La Gerente Jurídica de Gestión Contractual 1 responde: Si. En el cuerpo del Otrosí así establece, igualmente se pidió aval al equipo de la Vicepresidencia de Estructuración con el fin de que determinarán si era viable o no y se tiene dicho aval. De manera expresa se regula en la cláusula segunda en los siguientes términos:

"Cláusula segunda: Adicionar el contrato de concesión para que el concesionario elabore los estudios y diseños fase 3 del tramo Agua Clara - Gamarra - Puerto Capulco incluida las variantes de Aguachica y Gamarra, así como la estructuración financiera y jurídica del proyecto. Así mismo para que el concesionario puede asumir sus responsabilidades como concesionario dentro de este contrato, incluyendo las responsabilidades que por la construcción de nueva la obra, para lo cual deberá seleccionar y contratar al constructor a través del procedimiento de licitación privada de que trata el literal b de la sección 1301 del contrato de concesión 001 de 2010, las obras de



qué trata el inciso anterior de la presente cláusula se- facturarán siempre que de la estructuración financiera jurídica y técnica del proyecto la agencia concluya que el proyecto es viable"

De lo anterior, se sugiere que se tenga en cuenta el cambio climático y la seguridad vial.

El Ingeniero Andrés Torres, indica que se incluyó el alcance técnico que esté basado en el apéndice técnico del contrato de concesión y los alcances financieros y jurídicos fueron los que se revisaron con el equipo de estructuración.

Recomendación: Con fundamento en lo expuesto, el Comité Asesor de Asuntos Contractuales aprueba el Otrosí N.º 3 de la concesión vial Ruta Del Sol 2 (Ocaña - Gamarra) en los términos indicados anteriormente".

En lo que respecta al Otrosí No. 06;

Según consta en el acta, la Gerente Jurídica de Gestión Contractual 2 ALEXANDRA LOZANO VERGARA hace la presentación del Otrosí No. 6, conforme a los siguientes argumentos que se transcriben;

"Alexandra Lozano Vergara, Gerente de Gestión Contractual 2 de la Vicepresidencia jurídica, informa a los Miembros del Comité que el Contrato de Concesión No. 001 de 2010 fue suscrito con la Concesionaria Ruta del Sol 2, cuyos accionistas son Odebrecht, Episol y CSS. La Interventoría la realiza Consorcio Proyección -Vial Puerto Salgar. El valor inicial del Contrato es de dos billones noventa y cuatro mil doscientos Ochenta y seis pesos constantes a 31 de diciembre de 2008. La firma del Contrato se efectuó el 14 de enero de 2010, su Acta de Inicio fue el 5 de abril de 2010 y la fecha de finalización del contrato se dará cuando el Concesionario alcance el VPIP 0 25 años, lo que ocurra primero.

El objeto del Otrosí que se somete a consideración es el siguiente: "Adicionar el Contrato de Concesión No. 001 de 2010, para que EL CONCESIONARIO por su cuenta y riesgo, elabore los diseños, financie, obtenga las Licencias Ambientales y demás permisos, adquiera predios, rehabilite, construya, mejore, opere y mantenga el Tramo denominado "Transversal Rio de Oro - Aguacalara - Gamarra", de conformidad con lo previsto en el Numeral 4 del Artículo 32 de la Ley 80 de 1993; siempre y cuando se de aplicación a lo establecido en la Cláusula Décima Tercera del presente Otrosí". Esa cláusula se decidió denominar dentro del Texto de este Otrosí "CONDICIONES ESENCIALES" y se hará referencia a la misma posteriormente.

Dentro del texto del Otrosí se han fijado los siguientes plazos a destacar:

- El plazo del Contrato se modifica: En el contrato se estableció que el plazo iba hasta que se alcance el VPIP ó 25 años, lo que ocurra primero. Se modifica de 20 a 25 años fijos a partir de la fecha de inicio del Contrato No. 001 y hasta abril de 2035.
- El plazo para el cumplimiento de la etapa preoperativa y el inicio de la etapa de operación y mantenimiento de esta transversal, que será de 5 años contados a partir del Acta de inicio de este Otrosí,
- El plazo para el cumplimiento de las Condiciones Esenciales, que son 3 meses contados a partir de la suscripción de este Otrosí.

El valor de este Otrosí asciende a la suma de \$ 676.806.954.098.00 de pesos constantes de diciembre de 2008, lo cual en porcentaje respecto del valor contrato inicial alcanza un 32.3% en SMLMV, con lo cual no se vulnera el tope del 50% exigido por Ley 80 de 1993, El valor total de este contrato, sumados el inicial y la adición, sería de \$2.771.092.954.098.00 de pesos constantes a 31 de diciembre de 2008.

Las fuentes de financiación de este Otrosí, por la envergadura del Proyecto, son tres:

- Traslado de Vigencias de años 2024 y 2025 a los años 2016, 2017 y 2018. Ello significa que a los dineros destinados para los años 2016, 2017 y 2018 se les sumará en partes iguales con las sumas destinadas inicialmente para los años 2024 y 2025.

Interviene en este punto el Dr. Emerson Vargas, Gerente Financiera de la Vicepresidencia de Gestión Contractual, manifestando que el espíritu de esta redistribución radica en ganar dinero en el tiempo para que sea más viable financieramente el Proyecto. Las Vigencias 2024 y 2025 se perderían y la idea es poderlas rescatarlas para poder remunerar el proyecto.

- Aumento de tarifas de cinco (5) peajes que actualmente se encuentran operando. Se incrementará la tarifa a partir del 2015 entre un 3 y un 15%.

- Instalación, a partir del 2015, de peajes en la nueva transversal

- Liberación de los cinco (5) peajes a partir del 1º de enero de 2024.

Las CONDICIONES ESENCIALES a que se hizo referencia en la presente intervención, se refieren a que si éstas, que son cinco (5) no se dan por cualquier circunstancia, opera la cláusula de escisión del Otrosí en favor de la ANI, lo que, significa que se escinde el Otrosí sin que de ello se deriven consecuencias para ninguna de las partes. Son:

- Autorización por parte del CONFIS y el Ministerio de Hacienda para trasladar las Vigencias de los años 2024 y 2025 a años 2016, 2017 y 2018.

- Autorización por parte del Ministerio de Hacienda para adelantar la Compensación por la no eventual obtención del VIP del Contrato de Concesión en el año 2023.

- Autorización por parte del Ministerio de Hacienda para adelantar la Compensación por la no eventual obtención del VIP del Contrato de Concesión en el año 2028.

- Autorización por parte del Ministerio de Hacienda para adelantar la Compensación por la no eventual obtención del VIP del Contrato de Concesión en el año 2035.

- Autorización por parte del Ministerio de Hacienda para obtención de aumento de tarifas de peajes y que éste expida la correspondiente Resolución.

- Autorización por parte del Ministerio de Hacienda para la instalación y cobro de las nuevas estaciones de peaje.

Si no se logra alguna de estas CONDICIONES ESENCIALES, las partes se reunirán a renegociar el Otrosí y, si no se puede llegar a un acuerdo, éste se escindirá sin, se reitera, ninguna consecuencia para las partes.

A su turno el Ingeniero Daniel Tenjo, Gerente de Proyecto de la Vicepresidencia de Gestión Contractual, señala que se quiere contar con un corredor que permita garantizar un buen flujo de comercio por el Río Magdalena por la Vía Ruta del Sol, pasando por Gamarra, Río de Oro, Ocaña y Aguachica. En cuanto a las condiciones de seguridad, hasta Río de Oro no hay problema, pero desde Ocaña sí hay inconvenientes de orden público, los cuales son de pleno conocimiento del Concesionario. No hay riesgo de fallas geológicas. Se tiene planteada una etapa operativa de cinco (5) años, que incluye una etapa de pre-construcción de un (1) año y una etapa de construcción de cuatro (4) años; son alrededor de 20 kms en esta zona. Asimismo, como la vía colinda con el Río Magdalena, igualmente por motivos de seguridad, la carretera se va a subir un metro por encima de lo que está hoy en día. Del tramo de Gamarra a Aguachica se va a hacer un viaducto que tiene unos 400 m de longitud que permitirá que el flujo de tráfico no entre a Gamarra sino se desvíe por la Ciénaga. Hay también un sector de la vía en que las curvas son muy estrechas, circunstancia de la que se desprende que el paso de dos vehículos pesados al tiempo sea muy difícil, motivo por el cual se procederá a su ampliación. En las curvas exteriores se colocarán muros de contención. En las curvas internas se construirán viaductos que complementarán el ancho original de la vía. La vía existente en algunos tramos está en buenas condiciones, pero obviamente requiere rehabilitación. En las zonas donde hay pendientes se van a incorporar dos carriles de subida y uno de bajada para mejorar el tema de la velocidad. Adicionalmente es de agregar que se realizarán muchas más obras en esta nueva transversal.

Interviene el Dr. Emerson Vargas con el fin de presentar los aspectos financieros, así:

Para el modelo del financiero se contrató a la Banca de inversión Corficolombiana, el cual se hizo hasta el año 2035. Las fuentes de financiación radican en, primero, el aumento de las tarifas de los peajes existentes en las zonas a intervenir; segundo, la instalación y cobro de dos peajes en la nueva transversal; tercero, el traslado de las vigencias.

Por otro lado hay unas garantías frente al cierre del VIP. Inicialmente se tenía una para el año 2030, pero se tiene la propuesta al Ministerio de Hacienda de que se adelante esa garantía al año 2023. También hay otras garantías de recaudo al 2023 y al 2028.

Escenarios que se pueden presentar en el 2035: 1. Si en este año, que es en el que ocurre la variación del VIP, el Concesionario aún no ha tenido 676 mil millones de pesos del 2008, el Estado tendrá que cancelar la diferencia. 2 Que en el 2035 el Concesionario obtenga el VIP. 3. Que mucho antes del 2035 el Concesionario obtenga el VIP, caso en el cual el recaudo se distribuye a partir de este momento en 70% - 30%: El primero va para el Estado y el restante para cubrir la operatividad del proyecto hasta el 2035.

Ahora bien, señala en cuanto a los modelos financieros que soportan el proyecto que la tasa de descuento con qué se cerró el modelo es de 7.75 real, se cierra en diciembre del 2035, tiene unas garantías que son la del cierre del contrato básico en el 2023, 2028 y 2035. Se aclara que el contrato originalmente estaba en una tasa de más del 11% y haber logrado que el concesionario aceptare una disminución de ésta al 7.75% le significa un gran ahorro al Estado y un logro importante en esta negociación.



RECOMENDACIÓN: El Comité Asesor de Asuntos Contractuales recomienda aprobar el Otrosí No. 6 al Contrato de Concesión No. 001 de 2010, relacionado con adición de las obras de la "Transversal Rio de Oro — Aguacalara - Ocaña".

Obra dentro de las pruebas, la Resolución No. 223 de 9 de mayo de 2011 "*Por medio de la cual se crea y organiza el Comité Asesor de Asuntos Contractuales y se adopta su reglamento operativo, en el instituto Nacional de Concesiones*"; en el cual se consagraron como funciones;

"ARTÍCULO SEGUNDO: MIEMBROS: El Comité Asesor de Asuntos Contractuales estará conformado por los funcionarios que ocupen los siguientes cargos:

(....)

PARAGRAFO PRIMERO: Los integrantes del Comité Asesor de Asuntos Contractuales con voz y voto, en el marco de sus competencias y áreas de experticia, deberán pronunciarse respecto de las contrataciones que de conformidad con la presente Resolución requieran someterse a consideración.

ARTÍCULO TERCERO: FUNCIONES: El Comité Asesor de Asuntos Contractuales del INCO, tendrá a su cargo las siguientes funciones:

(...)

4. Asesorar al Ordenador del Gasto en materia precontractual, señalando los criterios mínimos que deberá seguir para garantizar la calidad y transparencia de las contrataciones que se originen por cualquiera de las modalidades de selección establecidas en el artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 o en las normas que la modifiquen, complementen o deroguen, en los que el presupuesto oficial supere los doscientos (200) SMLML.

(...)

7. Examinar y analizar las solicitudes y justificaciones de modificaciones, adiciones, prórrogas y cesiones, que por su naturaleza y/o cuantía requieran estudio del Comité Asesor de Asuntos Contractuales, previo concepto del supervisor y/o interventor del contrato; o aquellos puestos a consideración del presente Comité por parte del ordenador del gasto respectivo."

Lo anterior determina que **la instancia máxima de la entidad, para adoptar las decisiones recaía en el Comité Asesor de Contratación, quienes avalaron la suscripción de los mencionados Otrosíes.**

7.5.5.3 Aprobación de la interventoría respecto de la adición al contrato de concesión No. 01 de 2010.

Tal como se demuestra con las pruebas practicadas, la interventoría avaló la suscripción de los Otrosíes No. 03 y No. 06



A través de comunicación de 12 de diciembre de 2012¹¹⁶ suscrita por GUILLERMO BELTRAN PERDOMO Director de la Interventoría, se presenta el concepto técnico, financiero y legal sobre la elaboración de los estudios y diseños fase III del tramo Ocaña – Aguas Claras – Gamarra – Puerto Capulco, en el cual se concluye que una vez establecido que el tramo respecto del cual se van a realizar los estudios hace parte del concepto de corredor vial para efectos del contrato de concesión, es procedente realizar la correspondiente adición.

Y en lo que respecta al Otrosí No. 06 mediante comunicación de 28 de julio de 2014¹¹⁷, LINO GUILLERMO BAENA CALLE, Director Interventoría Transversal Río de Oro — Aguaclara — Gamarra, del Consorcio Proyección Vial Puerto Salgar, cuyo asunto es *"Diseños Fase II para el Tramo entre Río de Oro y Aguaclara Otrosí No. 6 — Transversal Río de Oro — Aguaclara — Gamarra"*, dirigido a la Concesionaria ruta del sol, estableció: "Teniendo en cuenta lo manifestado anteriormente, esta Interventoría da su No Objeción a la Fase II del Tramo entre Aguaclara y Río de Oro, con lo cual se cumple con lo descrito en el Otro Si 3 del Concesionario y su Modificaciones en lo referente al asunto, así como con lo estipulado en el Otro Si 6 del Concesionario, con lo cual se puede dar inicio a la Licitación Privada, una vez se den las demás condiciones esenciales estipuladas en la Sección 13.01 del mismo Otro Sí. Para el trámite de la Licitación Privada esperamos realizar la revisión de esta, con aprobación de ANI, de los documentos que se pondrán a disposición de los posibles oferentes".

En posterior comunicación de 11 de agosto de 2014¹¹⁸, "ASUNTO: Diseño Fase III del tramo comprendido entre Aguaclara y Gamarra (Parte 1), y de los Estudios y Diseños en Fase II de las Variantes San Andres, y Río de Oro-Ocaña (Parte 2). Oficio de Radicación RA-PVPS-1200-2014, del 5 de agosto de 2014". Se emitió el concepto de la interventoría en el cual se indicó:

"Con relación a su oficio del asunto, en el cual el Concesionario Ruta del Sol hace entrega de los estudios y diseños en Fase III del tramo comprendido entre Aguaclara y Gamarra (Parte 1), y de los Estudios y Diseños en Fase II de las Variantes San Andres, y Río de Oro-Ocaña (Parte 2), y con el fin de cumplir con lo estipulado en el Otro Si 3 y su Acta Modificatoria del Contrato de Concesión 001 de 2010, además, teniendo en cuenta que la Interventoría debe revisar y dar su No Objeción a los Estudios y Diseños, de acuerdo a las obligaciones del Otro Si 1 del Contrato de la Interventoría SEA 016 de 2012, a continuación se informa lo siguiente:

(....)

Teniendo en cuenta lo manifestado anteriormente, esta Interventoría da su No Objeción tanto a los estudios en Fase III en el Tramo Aguaclara — Gamarra, como de los Estudios en Fase II, Variantes de San Andres — Río de oro - Ocaña, con lo cual se cumple con lo descrito en el Otro Si 3 del Concesionario y su Modificaciones en lo referente al asunto, que cita: "El 10% restante será trasladado, una vez La Interventoría emita la certificación de aprobación de tales estudios y diseños; los mismos deben estar entregados a satisfacción de LA AGENCIA y de LA INTERVENTORIA, a más tardar el 20 de marzo de 2014. LA INTERVENTORÍA y LA AGENCIA cuentan con diez días para pronunciarse, contados a partir del 20 de marzo de 2014; transcurrido éste término sin pronunciamiento expreso se entenderá que se encuentran aprobados y LA AGENCIA ordenará a la Fiduciaria Corficolombiana el traslado, desde la

¹¹⁶ Cfr. CD folio 223 Cuaderno principal 18, "Pruebas Documento No. 20"

¹¹⁷ Cfr. Folios 890 – 891 Cuaderno principal 8

¹¹⁸ Cfr. Folios 892 – 894 cuaderno principal 8

Expediente: IUS E - 2017 - 19229 / IUC D-2017-651-927370

Fallo de primera instancia sancionatorio.

"Subcuenta "Estudios y Obras" a la "Cuenta Aportes Concesionario", del 10% del valor del Otrosí No.3 al Contrato de Concesión No. 001 de 2010, correspondiente a la suma de TRESCIENTOS DIECISIETE MILLONES SETECIENTOS CINCUENTA Y NUEVE MIL DOSCIENTOS CINCUENTA Y CINCO PESOS (\$ 317.759.255,00) Moneda Corriente."

De igual manera se cumple con lo estipulado en la Cláusula Segunda del Otro Si 01 de la Interventoría SEA 016 de 2012; "FORMA DE PAGO. Una vez revisados y aprobados los Estudios y Diseños Fase III del Tramo Aguaclara — Gamarra Puerto Capulco, determinado el valor tope de las Obras Adicionales, así como la determinación del valor de la Operación y Mantenimiento de las Obras Adicionales, y revisados y aprobadas las Fichas Prediales y de los Estudios Ambientales y Sociales propios de los Estudios de Detalle Fase III; se procederá el pago de la suma de DOSCIENTOS OCHENTA Y UN MILLONES CIENTO NOVENTA Y UN MIL CIENTO SESENTA Y NUEVE PESOS (\$281.191.169) MIL., incluido IVA, previa aprobación de la AGENCIA."

Conforme a las anteriores pruebas, se determina que para la estructuración de las adiciones que se hicieron al contrato de concesión No. 001 de 2010 a través de los referidos Otrosíes, se surtió al interior de la ANI, un proceso en el cual participaron diferentes funcionarios, e instancias, tanto en el proceso de formación, como de aprobación; así de la relación antes expuesta, se verifica la participación de funcionarios de las Vicepresidencias de Gestión Contractual, Jurídica, de Estructuración, de Planeación, Riesgos y Entorno; así como del Comité de Asuntos Contractuales, presidido por su Presidente LUIS FERNANDO ANDRADE, y con participación de los Vicepresidentes mencionados, quienes dieron el aval para la suscripción; además por parte de la interventoría se contó con el aval para adicionar el tramo al contrato de concesión a través de otrosíes.

Pues bien, lo anterior da cuenta que se trató de un proceso articulado, en el cual intervinieron varios funcionarios, situación que en esta etapa de juzgamiento será verificada, respecto de la intervención que cada uno de los investigados tuvo en dicha etapa de estructuración y aprobación, al tenor de sus deberes funcionales, que se realizará en el respectivo análisis de culpabilidad.

7.5.5.4 Respuesta a los argumentos de defensa en relación con el trámite para la estructuración de las adiciones.

Se analizan los argumentos presentados por la defensa de los disciplinados, en relación con el proceso de estructuración de las adiciones.

7.5.5.4.1 Referente al concepto emitido por ALEXANDRA LOZANO VERGARA.

Se precisa sobre este aspecto, que la condición que se impuso en el concepto, que las obras a adicionar estuvieran directamente relacionadas con el sector, no traslada la responsabilidad absoluta a quienes desde el punto de vista técnico definieron que las obras se relacionaban con el objeto concesionado; se considera en esta instancia que el objeto del concepto que debía emitirse al tenor de la exequibilidad condicionada que impuso la Corte Constitucional en la Sentencia C - 300 de 2012, ha debido desde el punto de vista jurídico precisar sin ambigüedades que la expresión "obras adicionales directamente relacionadas con el objeto concesionado"



contenida en el primer inciso del artículo 28 de la Ley 1150 de 2007, solamente autorizaba la adición de **obras o actividades excepcional y necesariamente requeridas para cumplir el objeto del contrato inicial**, situación que no quedo allí establecida conforme a dicha condición, dejando así abierta la posibilidad dada la imprecisión con que se abordó el tema al concluir simplemente como condición que se tratará de obras directamente relacionadas con el objeto concesionado, esto es con el Sector.

En el análisis desde este ámbito conforme al objeto del contrato inicial y de la adición que se proponía, era dable determinar que el tramo Ocaña – Gamarra – Puerto Capulco, no se constituía en una obra excepcional y necesaria para cumplir con el objeto inicial esto es para el concesionario *“elabore los diseños, financie, obtenga las licencias ambientales y demás permisos, adquiera los predios, rehabilite, construya, mejore, opere y mantenga el trayecto comprendido entre Puerto Salgar y San Roque, Sector 2 del proyecto Ruta del Sol”*, de ahí que la primera podía cumplir estas finalidades sin necesidad de la obra que le fue adicionada.

7.5.5.4.2 Responsabilidad del Comité Asesor de Asuntos Contractuales.

En este punto se indica que la responsabilidad que ha sido atribuida a cada uno de los investigados parte de los deberes funcionales que les correspondían, de suerte que cada uno está llamado a responder por la actuación que desplegó en el proceso de estructuración, aprobación y suscripción de las adiciones, si bien conforme a lo antes expuesto el Comité Asesor de Contratación era la instancia máxima para adoptar las decisiones, la responsabilidad no es atribuible única y exclusiva a quienes integraban dicho comité, **también la es de quienes asesoraron y estructuraron el proceso** y por ende de quien suscribió las adiciones, siendo en consecuencia el reproche el derivado del deber asignado a cada uno.

7.5.5.4.3 Responsabilidad de la interventoría.

Como quedo demostrado con las pruebas antes referidas la firma interventora Consorcio Proyección Vial Puerto Salgar que realizaba el control desde el punto de vista jurídico, financiero, contable, y técnico, emitió concepto sobre la viabilidad de adicionar el contrato de concesión, lo cual se concretó respecto de la suscripción del Otrosí No. 03 y No. 06, bajo el entendido que el tramo Ocaña – Aguacalara – Gamarra – Puerto Capulco, hacía parte del corredor vial concesionado y por ende del sector objeto del contrato de concesión.

Es claro que la firma interventora participó y con su aval contribuyó a la estructuración de los procesos que dieron lugar a la adición para la elaboración de los estudios y diseños y posteriormente a la adición para la ejecución de la obra, responsabilidad que fue analizada por la Procuraduría Primera Delegada para la Contratación Estatal, la cual dispuso a través de auto de 26 de noviembre de 2020 el archivo a su favor, situación que no corresponde analizar en esta instancia.

La viabilidad que emitió la interventoría no obligaba a la ANI a proceder de conformidad sin realizar más análisis, pues de conformidad con los deberes

asignados a los funcionarios que han sido llamados a juicio les correspondía emitir concepto sobre la posibilidad de llevar a cabo dichas adiciones, de manera que se trataba de un trabajo articulado en el que participó la interventoría, no obstante su actuar no determinaba o limitaba el de los demás funcionarios que debían intervenir en el proceso, y que debían proceder en el marco de sus funciones a realizar los respectivos análisis.

7.5.5.4 Responsabilidad de los funcionarios a los que se les archivó la investigación disciplinaria.

Sobre este punto se advierte que frente a algunos de los funcionarios que participaron en el proceso, la Procuraduría Primera Delegada para la Contratación Estatal, ya profirió decisión de archivo definitivo, razón por la cual frente a estos cuestionamientos no corresponde a este despacho hacer pronunciamiento.

El análisis nos ocupa respecto de los aquí investigados, de suerte que la responsabilidad disciplinaria es subjetiva e individual, en razón a ello esta instancia de juzgamiento deberá proceder al análisis individual a partir de los deberes funcionales asignados a cada uno de los investigados, de ahí que las results de un proceso no determinan la responsabilidad de todos los sujetos vinculados a la investigación, al tenor de su relación especial de sujeción.

Al tenor del principio de culpabilidad previsto en el artículo 13 de la Ley 734 de 2002 *“En materia disciplinaria queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva. Las faltas sólo son sancionables a título de dolo o culpa”*, en virtud a ello todo servidor público responde por las acciones y omisiones en el ejercicio de sus funciones dando cuenta ello de un sistema de responsabilidad personal o individual, en la que se excluye lo que en otros ámbitos del derecho sancionador administrativo se denomina como responsabilidad “solidaria”, soportado en supuestos objetivistas, en orden a afirmar la responsabilidad de tipo individual y subjetiva de que dan cuenta los artículos 6º y 29 Constitución Política, donde cada quien responde por lo suyo.

7.5.6 Las obras adicionadas a través de los Otrosíes 3 y 6 no estaban directamente relacionadas con el objeto concesionado, y no se referían al mismo corredor vial.

Corresponde determinar si el tramo adicionado conforme a las condiciones en que quedo antes expuesto puede considerarse como una *obra adicional directamente relacionada con el objeto concesionado*, y si se refería al mismo *corredor vial*, siendo este el argumento central que ha ocupado a la defensa de los investigados para justificar la adición.

7.5.6.1 Sentencia C – 300 de 2012

Para dilucidar este aspecto, corresponde hacer referencia a la Sentencia C - 300 de 2012, en la cual se declaró exequible el primer inciso del artículo 28 de la Ley 1150 de 2007, en el entendido que la expresión **“obras adicionales directamente relacionadas con el objeto concesionado”**, solamente autoriza la prórroga o

adición de obras o actividades excepcional y necesariamente requeridas para cumplir el objeto del contrato inicial.

Es necesario en este punto para mayor ilustración citar apartes de la decisión que declaró la exequibilidad condicionada de la disposición acusada, para efecto del análisis concreto.

"2.10 EXEQUIBILIDAD CONDICIONADA DE LA DISPOSICIÓN ACUSADA

Corresponde ahora a la Sala determinar si los principios de la función administrativa, especialmente los de igualdad, imparcialidad y eficacia, y el principio de libre competencia, son desconocidos por el precepto demandado, en tanto permite la prórroga o adición de los contratos de concesión de obra: (i) para la realización de obras adicionales directamente relacionadas con el objeto concesionado (en el caso de las concesiones viales, obras relacionadas con el mismo corredor vial), y (ii) a juicio del demandante, sin límite de cuantía.

La primera cuestión exige un examen de las frases "obras adicionales directamente relacionadas con el objeto concesionado" y "[r]especto de las concesiones viales deberá referirse al mismo corredor vial", mientras la segunda supone la revisión de la frase "independientemente del monto de la inversión". Procede ahora la Sala a estudiar la constitucionalidad de cada uno de estos fragmentos:

2.10.1 Examen de las frases "obras adicionales directamente relacionadas con el objeto concesionado" y "[r]especto de las concesiones viales deberá referirse al mismo corredor vial"

2.10.1.1 La Sala observa que las frases "obras adicionales directamente relacionadas con el objeto concesionado" y "[r]especto de las concesiones viales deberá referirse al mismo corredor vial", en el contexto de la disposición, pueden dar lugar a varias interpretaciones razonables:

En primer lugar, según manifiesta el Ministerio de Transporte, el objeto del contrato de concesión de obra, en los términos del artículo 32.4 de la ley 80, puede consistir en (i) la construcción total o parcial de una obra destinada al servicio o uso público, (ii) "así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra". La frase bajo examen puede entonces entenderse que hace referencia a (a) actividades adicionales para poder dar cumplimiento al objeto del contrato y/o (b) actividades necesarias para el adecuado funcionamiento de la obra concesionada. Por tanto, desde esta perspectiva hermenéutica, la disposición censurada no permite la adición del contrato con obras completamente nuevas, sino que habilita la modificación para la inclusión de actividades complementarias necesarias para la realización del objeto concesionario; en otras palabras, la frase acusada no permite la transformación del objeto contractual sino una complementación que no desfigura el negocio original.

La frase "[r]especto de las concesiones viales deberá referirse al mismo corredor vial" guarda perfecta relación con esta exégesis, pues limita aún más la posibilidad de adicionar nuevas actividades, **bajo el entendido de que usualmente en las concesiones viales el objeto del contrato se determina alrededor de un corredor vial**, es decir, el que une dos puntos geográficos delimitados. Como se señaló en el debate legislativo, **la construcción del corredor**

vial es la obra que regularmente se delega al concesionario, es decir, es el objeto del contrato, sin perjuicio de otro tipo de estipulaciones contractuales.¹¹⁹

En segundo lugar, se halla la interpretación del demandante, para quien la frase “obras adicionales directamente relacionadas con el objeto concesionado” habilita al concesionario, durante el desarrollo de la concesión, a ejecutar obras relacionadas con el objeto concesionado, pero que no se previeron en el objeto inicial y en realidad constituyen nuevos objetos contractuales; y solamente impone la limitante de que, en el caso de las concesiones viales, **las obras nuevas versen sobre el mismo corredor vial, concepto indeterminado que en la práctica tampoco significa ninguna restricción.**

2.10.1.2 La Sala estima que la segunda interpretación se opone a la Carta, particularmente a los principios de la función administrativa y al principio de libre concurrencia, y por ello declarará la exequibilidad del precepto en el entendido de que solamente autoriza la prórroga o adición de obras o actividades excepcional y necesariamente requeridas para cumplir el objeto del contrato inicial. Las razones que llevan a la Sala a esta conclusión se exponen a continuación:

Como se indicó en secciones anteriores, la modificación del contrato estatal, si bien puede ser una herramienta útil para el logro de los fines del Estado y aliviar el impacto fiscal que puede tener la ruptura del equilibrio económico del negocio –especialmente en los contratos incompletos y de largo plazo, su empleo debe ser excepcional en virtud de los principios de planeación y seguridad jurídica. Por ello la modificación debe obedecer a una causa real y cierta autorizada en la ley, y debe dirigirse a la satisfacción de los fines estatales comprometidos en la respectiva contratación.

Además, la modificación del contrato está limitada por la imposibilidad de transformar sus elementos esenciales –como el objeto- y desnaturalizarlo; en tal hipótesis, ante la existencia de un nuevo contrato, se requiere un nuevo proceso de selección y el cumplimiento de los demás procedimientos y formalidades que exige la normativa sobre contratos estatales, y cuya finalidad es la realización de los principios de la función administrativa.

En efecto, el contrato de concesión de obra pública es un contrato incompleto por naturaleza en el que, por tanto, adquiere especial relevancia la posibilidad de modificación, a través de prórrogas o adiciones. Sin embargo, tal modificación debe sujetarse a las reglas antes descritas, pues como ya tuvo la Sala la oportunidad de explicar, permitir las modificaciones contractuales de forma amplia incentiva comportamientos oportunistas de los proponentes y contratistas en perjuicio de los fines de la función administrativa, especialmente la eficiencia y la igualdad. Por ejemplo, una interpretación ilimitada de las reglas de modificación puede conducir a ofertas artificialmente bajas con el ánimo de obtener la adjudicación y luego presionar la reforma del contrato para mejorar las condiciones de remuneración, o a la perpetuación de un concesionario en la ejecución de un grupo de obras, no todas parte del mismo objeto contractual, en perjuicio de los principios de libre concurrencia y selección objetiva.

¹¹⁹ Sobre el concepto de corredor o sistema vial en los contratos de concesión de obra de transporte, ver Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto No. 1050 del 12 de diciembre de 1997, C.P. Cesar Hoyos Salazar.

Expediente: IUS E - 2017 - 19229 / IUC D-2017-651-927370
Fallo de primera instancia sancionatorio.



La segunda interpretación resulta entonces inconstitucional, ya que conlleva una **limitación desproporcionada** de los principios de la función administrativa y del principio de libre concurrencia.

Ciertamente, tal interpretación, en tanto permite que bajo la apariencia de una adición o prórroga, se delegue a un concesionario, sin que se surta un proceso de selección objetivo, la ejecución de una obra completamente nueva, aunque esté relacionada con el objeto del primer contrato, limita los principios antes mencionados.

Esta limitación podría afirmarse que persigue finalidades legítimas a la luz de la Carta: agilizar la realización de nuevas obras que demanda la comunidad, aprovechar el conocimiento adquirido del concesionario en una cierta región o área geográfica, generar economías de escala en tanto el concesionario ya cuenta con maquinaria y personal con experiencia en la misma región, etc.

Sin embargo, la Sala observa que **el medio elegido no es idóneo ni necesario para lograr todas estas finalidades**; en particular, a juicio de la Sala, la medida bajo examen, lejos de generar economías de escala y ahorros para la entidad, puede significar mayores costos para la administración. En primer término, como se explicó en secciones previas, permitir la modificación de los contratos para incluir nuevos objetos incentiva conductas oportunistas, como ofertas con precios artificialmente bajos. En tal hipótesis, en virtud de principios como el de equilibrio económico del contrato y vía adición o prórroga, la entidad contratante puede terminar obligada a asumir mayores costos o simplemente avocada a sufrir las consecuencias del fracaso del contrato, con lo que el objetivo de disminución de los costos de la actividad estatal no se logra.

En segundo término, el medio tampoco es necesario para que la Administración pueda beneficiarse los conocimientos adquiridos del concesionario y generar economías de escala aprovechando su maquinaria y personal en la región, ya que aunque es posible que tales circunstancias puedan conducir a ofertas más bajas, si se surte un proceso nuevo de selección en el que pueda participar el concesionario, dichas circunstancias se verán entonces reflejadas en su propuesta. En otras palabras, si en realidad el concesionario puede ofrecer mejores condiciones y precios, ellos se verán reflejados en su propuesta en el marco de un proceso de selección; no es necesario entonces obviar tal proceso.

Respecto de las demás finalidades, la Sala observa que los beneficios que podrían obtenerse, además de ser solamente eventuales, en todo caso no exceden los sacrificios que implica la medida en términos de los principios de la función administrativa y libre concurrencia. En primer lugar, los beneficios son eventuales, puesto que si bien es posible que el concesionario tenga conocimientos adquiridos relacionados con zona donde se ejecutarán las obras nuevas, ello no significa que otros interesados no tengan iguales o mayores conocimientos fruto de contratos previos; además, en todo caso, las ventajas de tales conocimientos se deben reflejar en el valor de la propuesta que el concesionario presente en el nuevo proceso de selección.

En segundo lugar, los beneficios no exceden los sacrificios, toda vez que (i) impedir que otros interesados en el contrato presenten propuestas y participen de un proceso de selección, priva a la entidad de la posibilidad de ofertas más benéficas; (ii) si bien se pueden agilizar los tiempos de contratación, los ahorros que se lograr por esta vía no exceden los costos de los incentivos que se crean en términos de comportamientos oportunistas y mala estructuración de los contratos. De la promoción de comportamientos oportunistas ya se ocupó la Sala en páginas

anteriores. En materia de diseño y estructuración de los contratos, la Sala observa que la posibilidad de adicionar nuevos objetos incentiva a las entidades estatales a no prestar la atención debida a la etapa de planeación y a no realizar esfuerzos mayores por delimitar los objetos contractuales –pues existe una legítima expectativa de que el contrato se podrá ajustar durante su ejecución; tal comportamiento a su vez (a) crea mayores riesgos de fracaso del contrato o de que la entidad deba asumir mayores costos, y (b) y aumenta la incertidumbre sobre el comportamiento de la entidad contratante, lo cual impide a los interesados formular propuesta lo más ajustadas posibles a la realidad de la concesión y con debido soporte financiero.

En resumen, la Sala concluye que la segunda interpretación impone una restricción desproporcionada a los principios de la función administrativa –especialmente a los de eficacia y economía- y de libre concurrencia, toda vez que, si bien puede estar dirigida a fines legítimos a la luz de la Constitución, se vale de un medio que no es idóneo para alcanzar todos esos objetivos y, en todo caso, sus beneficios no exceden los sacrificios que debe soportar la administración en términos de acceso a mejores ofertas, eficiencia y riesgos de fracaso de contrato.

Por el contrario, para la Sala, la primera interpretación sí se ajusta a las características del contrato de concesión de obra y es respetuosa de los principios de la función administrativa –especialmente los de eficacia y economía- y de libre concurrencia; por ello debe ser mantenida dentro del ordenamiento.

Como se indicó en apartes previos –consideración 2.7.1.3., la relación del contrato de concesión con la prestación de un servicio público genera que su objeto sea amplio, aunque no ilimitado, pues no solamente incluye la construcción de una obra pública destinada al uso público o a la prestación de un servicio público, sino también las actividades necesarias para su funcionamiento adecuado, continuo y eficiente, incluido su mantenimiento durante el término de la concesión y su adecuación a las nuevas exigencias de la prestación del servicio. Estas últimas son llamadas “obras accesorias” y pueden comprender la proyección, ejecución, conservación, reposición y reparación de: (a) obras complementarias necesarias para que la obra principal cumpla su finalidad y sea debidamente aprovechada, (b) obras necesarias para adaptar y modernizar la obra principal a nuevas exigencias técnicas y funcionales; y (c) obras para la reparación y reposición de la obra principal, cuando sea necesario.

En vista de la amplitud del objeto y de que la remuneración usualmente está ligada al pago de peajes o contribuciones por valoración por parte de los usuarios de la obra, es posible que, por ejemplo, se estructuren contratos con contenidos básicos y alcances progresivos.¹²⁰ De acuerdo

¹²⁰ Ver documento Conpes 3413 de 2006. Según este documento, con el fin de maximizar la inversión privada, se sugiere que se defina en los proyectos de concesión de obra un alcance básico y uno progresivo. “El alcance progresivo corresponderá al desarrollo de obras sujetas a condiciones, que complementarían las obras de alcance básico. Estas condiciones estarían relacionadas, entre otros, con aspectos tales como el nivel de tráfico, la disposición de recursos y/o demás condiciones que estimen relevantes y justifiquen el desarrollo de obras adicionales.” Para hacer posible tal estructuración de los contratos de concesión de obras, el Conpes solicitó al INCO: (i) Realizar estudios para definir el alcance progresivo de los proyectos. (ii) Incluir en la estructuración legal de los contratos, mecanismos para poder desarrollar el alcance progresivo y realizar las inversiones complementarias. (iii) Incluir en la estructuración legal de los contratos, mecanismos “para definir las condiciones que activen el desarrollo del alcance progresivo, estableciendo que se llevará a cabo sólo cuando se hayan alcanzado determinados índices de tráfico y ciertas metas de ingresos, y estén dadas las condiciones de financiamiento requeridas” (p. 10). Según el mismo documento Conpes, en los contratos que se adjudicaran bajo estas condiciones: (a) El alcance básico consistiría en la rehabilitación de las calzadas sencillas existentes y en la construcción de segundas calzadas con una longitud de 673 km. (b) El alcance progresivo sería la construcción de segundas calzadas con una longitud de 1.076 km.

Expediente: IUS E - 2017 - 19229 / IUC D-2017-651-927370

Fallo de primera instancia sancionatorio.

con esta modalidad contractual, en el contrato se establece una serie de obras básicas – contenido básico- que el concesionario se obliga a ejecutar en el plazo del contrato, y otras obras o actividades complementarias –alcance progresivo- que se realizarán en caso de que los ingresos de la concesión excedan determinadas metas o los niveles de tráfico superen ciertos índices. Las obras o actividades del alcance progresivo, que usualmente corresponden a las obras accesorias a las que se hizo referencia en el párrafo anterior, están sujetas a una condición suspensiva –cumplimiento de metas de ingresos o tráfico- que, cuando se cumple, da lugar a una adición del contrato.

Este entendimiento del contrato desarrolla entonces los principios constitucionales de eficiencia, libre concurrencia y continuidad de la prestación de los servicios públicos. Además, estas características distinguen al contrato de concesión de obra pública de un mero contrato de obra, pues en este último el objeto se circunscribe a la construcción de la misma, sin que su funcionamiento o adecuación a nuevas exigencias de la prestación del servicio puedan ser considerados como parte de su objeto, como sí sucede en el contrato de concesión.

La primera interpretación se ajusta a estas características del objeto del contrato de concesión, pues permite su adición o prórroga para la realización de todas aquellas obras que se denominan accesorias en los términos de los párrafos anteriores. Además, refleja la intención del legislador en el sentido de permitir las adiciones y prórrogas para el adecuado funcionamiento de los corredores viales¹²¹. En este sentido, esta interpretación desarrolla los principios de eficacia, economía, libre concurrencia y continuidad de la prestación de los servicios públicos.

En todo caso, es necesario recordar que la posibilidad a la que da lugar esta interpretación, debe basarse en razones autorizadas por la ley, como las previstas en los artículos 14 y 16 de la ley 80¹²², debidamente probadas y sustentadas en estudios técnicos –como el mismo artículo 28 de la ley 1150 establece. Entendida de esta forma la disposición acusada, se otorga entonces a la administración una herramienta útil para administrar un contrato incompleto y relacional como el de concesión.

Nótese que esta misma lógica inspiró la expedición del artículo 7 de la ley 1508 sobre asociaciones público privadas, el cual dispone: “Sólo se podrán hacer adiciones y prórrogas relacionadas directamente con el objeto del contrato, después de transcurridos los primeros tres (3) años de su vigencia y hasta antes de cumplir las primeras tres cuartas (3/4) partes del plazo inicialmente pactado en el contrato.” Esta posibilidad buscó limitar aún más la posibilidad de renegociaciones de los contratos para evitar conductas oportunistas de los concesionarios.

En este orden de ideas, la Sala declara la exequibilidad del precepto acusado en el entendido que **solamente autoriza la prórroga o adición de obras o actividades excepcional y necesariamente requeridas para cumplir el objeto del contrato inicial**”.

¹²¹ Ver consideración 2.9.8.

¹²² “(...) evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación” o “(...) evitar la paralización o la afectación grave del servicio público que se deba satisfacer con él [contrato]”.

Expediente: IUS E - 2017 - 19229 / IUC D-2017-651-927370

Fallo de primera instancia sancionatorio.

7.5.6.2 Concepto 2149 de 2013, Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.

En atención a que en el pliego de cargos y en los argumentos de defensa, se ha hecho alusión a este concepto, emitido en virtud de consulta que hiciera la Ministra de Transporte sobre el régimen a que están sometidos los contratos de concesión para las obras viales celebrados antes de la Ley 1508 de 2012, se traen apartes, para mayor precisión, y a efecto del análisis que sobre el mismo corresponde realizar frente al caso concreto.

"(...)

D. El concepto de obras adicionales

En relación con el significado de la expresión "obras adicionales" que utiliza el artículo 28 de la ley 1150 de 2007, es necesario recordar que tal disposición fue declarada exequible por la Corte Constitucional en la referida sentencia C-300 de 2012, en forma condicional, esto es, "en el entendido que la expresión '**obras adicionales directamente relacionadas con el objeto concesionado**', solamente autoriza la prórroga o adición de obras o actividades excepcional y necesariamente requeridas para cumplir el objeto del contrato inicial". (Las negrillas son del original).

Vale la pena mencionar, en este punto, que las sentencias de inexecutable y de exequibilidad – incluso las de exequibilidad condicionada – que profiere la Corte Constitucional tienen carácter de cosa juzgada y efectos "erga omnes", razón por la cual, una vez dictadas y comunicadas, son obligatorias para todas las personas, incluyendo, desde luego, los funcionarios judiciales y los demás servidores públicos.

La propia Corte ha explicado el alcance de esta clase de sentencias, de la siguiente forma:

"Así las cosas, una vez proferido un fallo de control de constitucionalidad de una ley ningún juez puede aplicar en una sentencia una norma legal que haya sido declarada inexecutable por la Corte Constitucional... En caso de tratarse de un fallo de exequibilidad, no le sería dable al juez recurrir a la excepción de inconstitucionalidad, **en tanto que si se está ante una declaratoria de constitucionalidad condicionada, igualmente le está vedado a cualquier juez acordarle una interpretación distinta a la norma legal que ha sido sometida al control de la Corte, siendo vinculante en estos casos tanto el decisorio como la ratio decidendi**. De igual manera, la administración pública no puede apartarse de lo decidido por la Corte Constitucional...

"(...)

"En suma, una vez la Corte Constitucional declara inexecutable una disposición legal, ningún servidor público puede emitir resolución, dictamen o concepto fundado en aquélla... De igual manera, una vez proferido un fallo de exequibilidad condicionada, al servidor público le está vedado acordarle a la ley un significado distinto de aquel que la Corte consideró que era el único ajustado a la Carta Política".

Así, en este punto específico, la Sala no puede decir nada distinto de lo que ya señaló la Corte Constitucional al declarar condicionalmente exequible el artículo 28 de la ley 1150 de 2007, tanto en la parte resolutive del fallo como en los argumentos contenidos en la parte considerativa que sirvieron de fundamento directo para tal decisión.

A este respecto, merece la pena señalar que en las consideraciones de la sentencia C-300 de 2012, la Corte explicó de la siguiente forma lo que entendía por "obras adicionales o accesorias", teniendo en cuenta la naturaleza y las particularidades jurídicas y económicas del contrato de concesión:

"Como se indicó en apartes previos... la relación del contrato de concesión con la prestación de un servicio público genera que su objeto sea amplio, aunque no ilimitado, pues no solamente incluye la construcción de una obra pública destinada al uso público o a la prestación de un servicio público, sino también las actividades necesarias para su funcionamiento adecuado, continuo y eficiente, incluido su mantenimiento durante el término de la concesión y su adecuación a las nuevas exigencias de la prestación del servicio. Estas últimas son llamadas "obras accesorias" y pueden comprender la proyección, ejecución, conservación, reposición y reparación de: (a) obras complementarias necesarias para que la obra principal cumpla su finalidad y sea debidamente aprovechada, (b) obras necesarias para adaptar y modernizar la obra principal a nuevas exigencias técnicas y funcionales; y (c) obras para la reparación y reposición de la obra principal, cuando sea necesario".

Aparte de lo anterior, la Sala considera pertinente profundizar sobre un concepto que no fue desarrollado por la Corte Constitucional en la sentencia citada, que es el de "**corredor vial**", asunto que, a juicio de la Sala, resulta importante para los fines de esta consulta, ya que el artículo 28 de la ley 1150 de 2007 dispone, respecto de las concesiones viales, que las prórrogas y adiciones al contrato deben referirse al mismo "corredor vial", y una de las preguntas formuladas por la Ministra de Transporte consiste en determinar si constituye "obra adicional directamente relacionada con el objeto concesionado" cualquiera que se ejecute dentro del mismo corredor vial, así no esté incluida dentro del objeto y alcance contractual.

No resulta fácil definir dicho término, ya que no encuentra la Sala ninguna norma que establezca de manera precisa su significado y, por el contrario, las disposiciones que regulan el sector transporte utilizan diversos términos para referirse a ideas aparentemente iguales o similares, como carreteras, vías, ejes viales, sistemas viales, mallas viales y corredores viales, entre otros.

En efecto, el artículo 12 de la ley 105 de 1993, que señala cuál es la infraestructura de transporte a cargo de la Nación, incluye "la red nacional de carreteras, con sus zonas, facilidades, y su señalización...".⁴⁰ El artículo 33 ibídem que, como se explicó, permite la realización de obras adicionales en las vías entregadas en concesión con los ingresos adicionales que generen, dispone que tales obras deben ejecutarse dentro del mismo "sistema vial". Y el artículo 28 de la ley 1150 de 2007 prefiere utilizar la expresión "corredor vial".

No obstante, algunas normas se refieren tangencialmente al tema y permiten al intérprete aproximarse a una idea de lo que debiera entenderse por "corredor vial".

Así, por ejemplo, en materia de ordenamiento territorial, el artículo 10 del decreto 3600 de 2007⁴¹ dispone, en su parte pertinente, lo siguiente:

“Artículo 10. Corredores viales suburbanos. Para efectos de lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley 388 de 1997, en los planes de ordenamiento territorial sólo se podrán clasificar como corredores viales suburbanos las áreas paralelas a las vías arteriales o de primer orden y vías intermunicipales o de segundo orden.

“El ancho máximo de los corredores viales suburbanos será de 300 metros medidos desde el borde exterior de las fajas mínimas de retiro obligatorio o áreas de exclusión de que tratan los numerales 1 y 2 del artículo 2 de la Ley 1228 de 2008, y en ellos sólo se permitirá el desarrollo de actividades con restricciones de uso, intensidad y densidad...”

De otra parte, vale la pena mencionar que en el documento intitulado “Desarrollo vial e impacto fiscal del sistema de concesiones en Colombia”⁴², la CEPAL explica lo siguiente sobre este concepto:

“En las concesiones de tercera generación se incluye el concepto de corredor vial, que hace mención a la creación de una serie de vías que permitan la comunicación entre los centros de producción, consumo, distribución y/o comercialización, mejorando de esta forma la productividad y competitividad de las mallas viales nacionales y los índices de exportación del país”.

En esa medida, la Sala entiende que la expresión “corredor vial” puede referirse, ya sea a una franja de terreno que corre paralela a una vía pública (a lado y lado), o bien a una red de carreteras, vías urbanas e interurbanas y otros elementos de infraestructura (puentes, túneles etc.) debidamente interconectados para permitir el transporte de personas y cosas entre dos puntos geográficos, con un determinado objetivo económico o social (integrar una región, conectar un centro de consumo o de abastecimiento con un puerto etc.). Este último concepto es el que se acogerá para efectos de la presente consulta, dado que el primero obedece a una finalidad principalmente urbanística (regular el desarrollo urbano en las áreas colindantes a las vías públicas).

Ahora bien, volviendo al objeto de la consulta, la Sala entiende que las obras y actividades adicionales que pueden ejecutarse en desarrollo de un contrato de concesión vial, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 28 de la ley 1150 de 2007, no son todas las que se realicen dentro de los límites geográficos del respectivo “corredor vial”, sino sólo aquellas que, además de lo anterior, se deban efectuar de forma excepcional y necesaria para cumplir el objeto principal del contrato, como lo ordena la Corte Constitucional en la sentencia C-300 de 2012, lo cual deberá determinarse con base en los estudios técnicos que así lo demuestren. (Negrilla fuera de texto).

Así, por ejemplo, si el objeto de un contrato de concesión es la construcción, mantenimiento y operación de un corredor vial entre los puntos A y B, es claro que cualquier obra que esté por fuera de los límites espaciales de dicho corredor, como su extensión hasta un punto geográfico C, no podría pactarse ni ejecutarse como una adición al contrato de que se trate; pero tampoco podría adicionarse dicho contrato con la realización de obras o la prestación de servicios que, aun cuando se ejecuten dentro de los límites geográficos del corredor vial, ninguna relación tienen con la construcción,



mantenimiento y operación de dicho corredor, como sería, entre otras, la construcción de acueductos, hospitales, escuelas, parques, viviendas, edificios públicos ajenos al mantenimiento y operación del corredor vial etc. (Negrilla fuera de texto).

Por lo tanto, los contratos de concesión vial a los cuales se refiere esta consulta sólo pueden adicionarse, dentro de los límites previstos en el artículo 28 de la ley 1150 de 2007 y en la sentencia C-300 de 2012, con obras que estén directamente relacionadas con los corredores viales cuya construcción, mantenimiento y operación constituya el objeto principal de dichos contratos, tales como puentes, túneles, viaductos, calzadas adicionales, zonas de servicio, accesos, conexiones con otras vías urbanas o intermunicipales, y/o con la prestación de servicios directamente asociados al adecuado funcionamiento del corredor, tales como la atención de emergencias sufridas por los viajeros, la administración de los peajes, la organización del tránsito vehicular, el pesaje de vehículos de carga, el manejo de la seguridad vial etc., siempre que se trate de actividades que no fueron previstas en el alcance original y en las especificaciones técnicas del contrato pero que surgen como necesarias durante su ejecución para la adecuada terminación, mantenimiento u operación del corredor, o, por el contrario, que fueron previstas desde el principio pero de forma condicional (por ejemplo, si en el futuro se daban ciertos supuestos relacionados con la demanda de tráfico vehicular etc.)⁴³.

III. LA SALA RESPONDE:

1.Cuál es el porcentaje máximo o límite en valor para adicionar los contratos de concesión celebrados antes de la entrada en vigencia de la Ley 1508 de 2012?

El porcentaje máximo o límite en valor para adicionar los contratos de concesión de obra pública celebrados antes de la entrada en vigencia de la ley 1508 de 2012, depende de la época en la que se haya celebrado el contrato:

a. Si el contrato se celebró después de entrar en vigencia la ley 80 de 1993 y antes de entrar a regir la ley 1150 de 2007, el límite de las adiciones es el señalado en el parágrafo del artículo 40 de la ley 80, es decir, el cincuenta por ciento (50%) del valor inicial del contrato.

En todo caso, si se trata de un contrato de **concesión vial** celebrado después de la entrada en vigencia de la ley 105 de 1993, y las obras adicionales se financian con ingresos adicionales generados por la operación o explotación de la obra concesionada, el límite de la adición es el monto de dichos ingresos, siempre que la obtención del ingreso total esperado por parte del concesionario no se hubiera pactado como una causal de terminación del contrato. Por el contrario, si el costo de la adición se cubre con otros recursos, aplica el mismo límite indicado en el párrafo anterior (50% del valor inicial del contrato).

b. Si el contrato de concesión se celebró después de la entrada en vigencia de la ley 1150 de 2007 (16 de enero de 2008) y antes de entrar a regir la ley 1508 de 2012 (10 de enero de 2012), y la inversión adicional requerida es ejecutada totalmente por el concesionario con sus propios recursos o con sumas obtenidas de terceros, el límite de las adiciones permitidas corresponde a un valor tal que no exija prorrogar el contrato por un plazo superior al 60% del término inicial. Si las obras adicionales se realizan total o parcialmente con ingresos adicionales ya generados por la concesión (cuando ello sea posible), o con recursos aportados por la entidad pública contratante, aplica a tales inversiones lo dispuesto en el literal anterior, es decir: (i) el monto de

los ingresos adicionales (para las concesiones regidas por la ley 105 de 1993), o (ii) el 50% del valor inicial del contrato, respectivamente.

2. De acuerdo con la Sentencia C-300 de 2012 y el querer del legislador, debe aplicarse el artículo 28 de la Ley 1150 de 2007 a todos los contratos de concesión en curso al momento de la expedición de la referida Ley?, es decir, ¿Incluso a aquellos suscritos en vigencia de la Ley 80 de 1993 y antes de la expedición de la Ley 1150 de 2007?

No. El artículo 28 de la ley 1150 de 2007 sólo puede aplicarse a los contratos de concesión de obra pública celebrados durante el lapso en que dicha disposición estuvo vigente, es decir, entre el 16 de enero de 2008 y el 9 de enero de 2012.

3. Considerando que el artículo 28 de la Ley 1150 de 2007 hace uso de la expresión “independientemente del monto de la inversión”, debe entenderse según dicho artículo, que las adiciones en valor en contratos de concesión no tienen límite en la cuantía?

No. El valor de las adiciones en los contratos de concesión de obra pública sujetos a la ley 1150 de 2007, cuando la inversión es efectuada exclusivamente por el concesionario, no puede exceder un límite tal que, para recuperar la inversión y obtener la utilidad reconocida al contratista, implique prorrogar el contrato por un término superior al 60% del plazo inicial de dicho contrato. Si las obras adicionales son financiadas total o parcialmente con ingresos adicionales generados por la misma concesión (siempre que el contrato no termine al obtenerse el ingreso total esperado), o con aportes efectuados por la entidad estatal contratante, el valor de tales obras no puede exceder los límites indicados en la respuesta a la pregunta N° 1, según el caso.

En ese orden de ideas, el artículo 28 de la Ley 1150 de 2007 se constituye en una norma especial para los contratos de concesión y por lo tanto, no aplicaría para estos el límite de que trata el artículo 40 de la Ley 80 de 1993 del cincuenta 50% del valor inicial para su adición en valor?

El artículo 28 de la ley 1150 es una disposición especial para los contratos de concesión de obra pública. Sin embargo, dicha norma sólo aplica cuando el costo de las obras adicionales es cubierto en su totalidad por el concesionario. En los demás casos, los límites aplicables son los previstos en el párrafo del artículo 40 de la ley 80 de 1993 y en el artículo 33 de la ley 105 de 1993, según corresponda.

4. En concordancia con el artículo 28 de la Ley 1150 de 2007 y la Sentencia C-300 de 2012 ¿Cuáles serían los criterios de interpretación a tener en cuenta para determinar qué es una obra adicional directamente relacionada con el objeto concesionado?

Debe entenderse que las obras adicionales directamente relacionadas con el objeto concesionado son aquellas que definió la Corte Constitucional en la sentencia C-300 de 2012, al declarar exequible en forma condicionada el artículo 28 de la ley 1150 de 2007, es decir, aquellas “obras o actividades excepcional y necesariamente requeridas para cumplir el objeto del contrato inicial”, con base en los estudios técnicos que así lo demuestren. (Negrilla fuera de texto).



¿Se entiende como obra adicional directamente relacionada con el objeto concesionado, toda obra que se encuentre dentro del mismo corredor vial así no esté incluida dentro del objeto y alcance contractual?

No. Las obras que no guarden una relación directa y necesaria con el objeto del contrato no pueden acordarse ni ejecutarse válidamente como una adición al respectivo contrato de concesión, aunque se realicen dentro de los límites espaciales o geográficos del mismo corredor vial."

Frente a este concepto, se tiene que el mismo fue emitido el 2 de agosto de 2013, de manera que en lo que respecta al análisis del Otrosí No. 03 no resulta aplicable en tanto los estudios de conveniencia y oportunidad fueron suscritos el 11 de julio de 2013 y el respectivo Otrosí suscrito el 15 de julio de 2013, si procede destacar que este concepto acoge como corresponde la interpretación de la Corte Constitucional en el análisis de exequibilidad del artículo 28 de la Ley 1150 de 2007, y en ese sentido reitera que en su análisis la Corte se refirió a lo que entendía por "*obras adicionales o accesorias*", teniendo en cuenta la naturaleza y las particularidades jurídicas y económicas del contrato de concesión.

7.5.6.3 Análisis del caso concreto respecto de la relación del tramo adicionado con el objeto principal del contrato de concesión.

Consideró el funcionario instructor en su análisis que el alcance del objeto de los Otrosíes no tiene perfecta relación de exegesis con el objeto del contrato primigenio, requisito necesario para adicionar el contrato de concesión, en la medida que se trataba de corredores viales, sectores y tramos diferentes, que al parecer no dependían del correspondiente a Puerto – Salgar – San Roque, y por ende debieron haberse contratado a través de los respectivos mecanismos de selección.

En esta instancia de juzgamiento, se considera que el tramo Transversal Rio de Oro — Aguaclara — Gamarra, adicionado al proyecto Ruta del Sol 2, esto es al tramo comprendido entre Puerto Salgar y San Roque, no se trataba de una obra adicional directamente relacionada con el objeto concesionado, y al mismo corredor vial, al tenor de lo previsto en el artículo 28 de la Ley 1150 de 2007, según el análisis de exequibilidad condicionada de la disposición;

Recordemos que el objeto del contrato de concesión consistió en que "*el Concesionario, por su cuenta y riesgo, elabore los diseños, financie, obtenga las Licencias Ambientales y demás permisos, adquiera los Predios, rehabilite, construya, mejore opere y mantenga el Sector.*"

En la Sección 1.01 del contrato, se establecieron las Definiciones; (bbbb) "**Sector**". ***Es el trayecto comprendido entre Puerto Salgar y San Roque cuyas especificaciones de identificación y referencia se detallan en el Apéndice Técnico y sobre el cual se llevarán a cabo las obligaciones de resultado a cargo del Concesionario comprendidas en el presente Contrato.***

El alcance físico del sector aparece detallado en el Apéndice Técnico sector 2 parte A, cuyos apartes quedaron antes transcritos, donde se precisa que el sector 2 del

Proyecto Ruta del Sol, corresponde al Corredor Puerto Salgar – San Roque de aproximadamente 528 km, quedando establecidos los tramos que hacen parte del sector, así; tramo 1: Puerto Salgar- Cañoalegre; tramo 2: Cañoalegre – Puerto Araujo, tramo 3: Puerto Araujo - La Lizama. Tramo 4: La Lizama- San Alberto, tramo 5: San Alberto -Aguachica, tramo 6: Aguachica - La Mata y tramo 7: La Mata – San Roque.

En los estudios de conveniencia y oportunidad que soportaron la suscripción del Otrosí 3 para ejecutar los estudios de detalle del tramo Aguachica – Gamarra – Puerto Capulco y del Otrosí 6 para adicionar el Contrato de Concesión para la construcción del tramo, se estableció en la descripción de la necesidad que *“En el tramo cinco (5) del Sector 2 de la Ruta de Sol, esto es entre los municipios de San Alberto y Aguachica en el departamento del Cesar, el Concesionario construye la intersección a desnivel de Aguachica (Municipio de Aguachica), la cual conecta con la Ruta Nacional 70 proveniente del municipio de Ocaña. De igual manera y desde la misma intersección se desprende la vía que conduce al municipio de Gamarra y de allí a Puerto Capulco en el Rio Magdalena. Actualmente la distancia por carretera desde Ocaña hasta Puerto Capulco es de aproximadamente 72 km, en calzada sencilla con un ancho promedio de 7 metros”*.

Ahora bien, el objeto del Otrosí No. 6 fue *“adicionar el Contrato de Concesión No. 001 de 2010, para que EL CONCESIONARIO por su cuenta y riesgo, elabore los diseños, financie, obtenga las Licencias Ambientales y demás permisos, adquiera predios, rehabilite, construya, mejore, opere y mantenga el Tramo denominado “Transversal Rio de Oro — Aguachica — Gamarra...”*.

Así las cosas, la adición del proyecto Ruta del Sol 2, consistió en la rehabilitación, construcción, mejoramiento, operación, y mantenimiento de la denominada *Transversal Rio de Oro — Aguachica — Gamarra*, en una longitud aproximada de 78 km, que fue construida en el tramo 5 San Alberto – Aguachica (Departamento del Cesar), en la intersección de Aguachica, como se aprecia en el siguiente mapa;

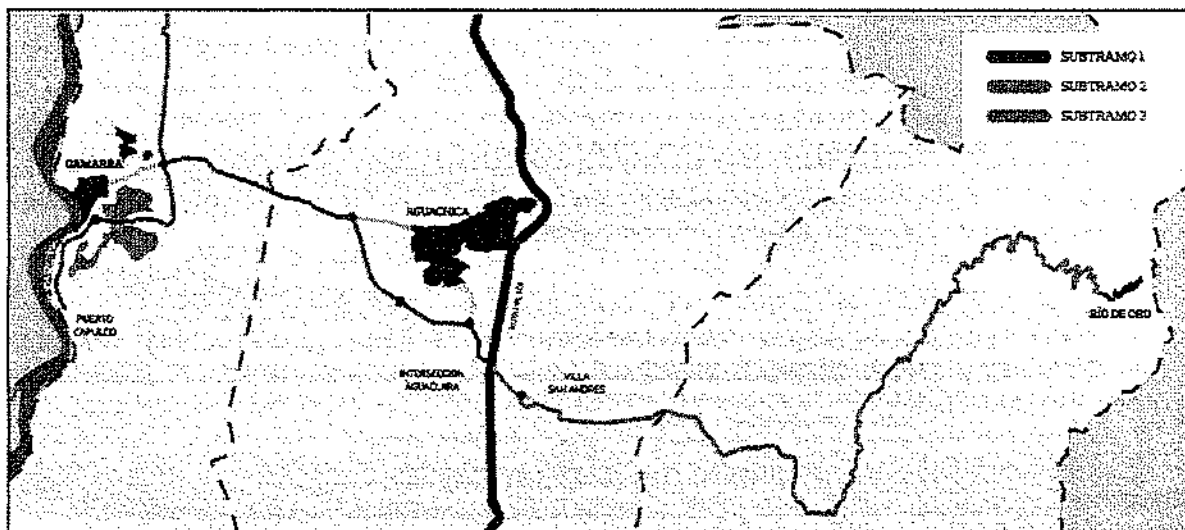


Imagen tomada del informe de apoyo y asesoría técnica de la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales de fecha 15 de febrero de 2017¹²³.

¹²³ Cfr. Cuaderno anexo 31, Folios 136 – 164.

La vía objeto de la adición que se aprecia en el mapa, está conformada por tres (3) subtramos, a saber, Subtramo 1 (en color azul, 34,63 Km), subtramo 2 (en color verde, 20,62 Km) y Subtramo 3 (en color rojo, 23 km).

Ahora bien, dado que en el convenio, se definió como “Sector” el trayecto comprendido entre Puerto Salgar y San Roque, sobre el cual se llevarían a cabo las obligaciones de resultado a cargo del Concesionario comprendidas en el Contrato; y que en el apéndice técnico, se estableció que el sector 2 del proyecto Vial Ruta del Sol corresponde al Corredor Puerto Salgar – San Roque de aproximadamente 528 km, dividido en 7 tramos, se tiene así que el sector se definió como el trayecto o el corredor entre Puerto Salgar y San Roque, entendido el trayecto como el espacio que se recorre o puede recorrerse de un punto a otro.¹²⁴

Se confirma en esta instancia que el tramo Transversal Rio de Oro — Aguacalara — Gamarra, se trataba de una obra completamente nueva, que no estuvo contemplada en el contrato de concesión, y que no era necesaria para la realización de su objeto, esto es la construcción del tramo comprendido entre Puerto Salgar y San Roque.

Conforme al análisis realizado en la Sentencia C – 300 de 2012, para condicionar la exequibilidad de la disposición, se tuvieron en cuenta varias situaciones que se resaltan;

La Corte analiza las dos interpretaciones razonables que se presentan, respecto de las frases *“obras adicionales directamente relacionadas con el objeto concesionado”* y *“respecto de concesiones viales deberá referirse al mismo corredor vial”*; la primera supone que la disposición analizada no permite la adición del contrato con obras completamente nuevas, sino que habilita la modificación para la inclusión de actividades complementarias necesarias para la realización del objeto concesionado, esto es que no se permite la transformación del objeto contractual, sino una complementación.

La segunda interpretación, entiende que se habilita al concesionario durante el desarrollo de la concesión, a ejecutar obras relacionadas con el objeto concesionado, pero que no se previeron en el objeto inicial y en realidad constituyen nuevos objetos contractuales, y solamente impone la limitante que las obras nuevas versen sobre el mismo corredor vial, interpretación que considera la Corte se opone a los principios de la función administrativa y al principio de libre concurrencia.

El Alto Tribunal opta por la primera interpretación, así señaló que “La frase “[r]especto de las concesiones viales deberá referirse al mismo corredor vial” guarda perfecta relación con esta exégesis, pues limita aún más la posibilidad de adicionar nuevas actividades, **bajo el entendido de que usualmente en las concesiones viales el objeto del contrato se determina alrededor de un corredor vial**, es decir, el que une dos puntos geográficos delimitados. Como se señaló en el debate

¹²⁴ Al tenor de la definición de la real academia de la lengua, se establece; Trayecto: 1. m. Espacio que se recorre o puede recorrerse de un punto a otro.

legislativo, la construcción del corredor vial es la obra que regularmente se delega al concesionario, es decir, es el objeto del contrato, sin perjuicio de otro tipo de estipulaciones contractuales.¹²⁵ (Negrilla fuera de texto).

Entiende la Delegada que la concesión otorgada a través del contrato No. 001 de 2010, se delimita al corredor vial que une a Puerto Salgar y San Roque, que corresponde al objeto del contrato, como así quedo definido de manera expresa el sector.

Para optar por esta interpretación la Corte abordó los siguientes aspectos, que se resaltan, en tanto permiten a esta Delegada soportar la decisión para considerar que la obra adicionada, debía adelantarse a través de un nuevo proceso de selección, como lo planteó el funcionario de instrucción;

En cuanto a la modificación del contrato de concesión, incompleto por naturaleza, se ha señalado que está limitada por la imposibilidad de transformar sus elementos esenciales como el objeto, y que su empleo deber ser excepcional en virtud de los principios de planeación y seguridad jurídica.

Al respecto es claro que prevalece la interpretación limitada sobre la modificación del contrato de concesión, en tanto una interpretación amplia e ilimitada como la que se plantea a partir de la defensa de los sujetos procesales, en términos de la Corte; *"incentiva comportamientos oportunistas de los proponentes y contratistas en perjuicio de los fines de la función administrativa, especialmente la eficiencia y la igualdad" por ejemplo "puede conducir a ofertas artificialmente bajas con el ánimo de obtener la adjudicación y luego presionar la reforma del contrato para mejorar las condiciones de remuneración, o a la perpetuación de un concesionario en la ejecución de un grupo de obras, no todas parte del mismo objeto contractual, en perjuicio de los principios de libre concurrencia y selección objetiva"*.

Ahora en cuanto a la interpretación realizada por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, echa la salvedad que la misma no es aplicable respecto del Otrosí No. 03, por haber sido proferido con posterioridad a su suscripción, se tiene que este concepto acoge como corresponde la interpretación de la Corte Constitucional en el análisis de exequibilidad del artículo 28 de la Ley 1150 de 2007, y en ese sentido reitera que en su análisis la Corte se refirió a lo que entendía por *"obras adicionales o accesorias"*, teniendo en cuenta la naturaleza y las particularidades jurídicas y económicas del contrato de concesión. Así trajo a colación el siguiente aparte:

"Como se indicó en apartes previos... la relación del contrato de concesión con la prestación de un servicio público genera que su objeto sea amplio, aunque no ilimitado, pues no solamente incluye la construcción de una obra pública destinada al uso público o a la prestación de un servicio público, sino también las actividades necesarias para su funcionamiento adecuado, continuo y eficiente, incluido su mantenimiento durante el término de la concesión y su

¹²⁵ Sobre el concepto de corredor o sistema vial en los contratos de concesión de obra de transporte, ver Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto No. 1050 del 12 de diciembre de 1997, C.P. Cesar Hoyos Salazar.

adecuación a las nuevas exigencias de la prestación del servicio. Estas últimas son llamadas "obras accesorias" y pueden comprender la proyección, ejecución, conservación, reposición y reparación de: (a) obras complementarias necesarias para que la obra principal cumpla su finalidad y sea debidamente aprovechada, (b) obras necesarias para adaptar y modernizar la obra principal a nuevas exigencias técnicas y funcionales; y (c) obras para la reparación y reposición de la obra principal, cuando sea necesario".

Al respecto, en el análisis que nos ocupa, la obra adicionada no puede considerarse como una obra accesoria complementaria para que la obra principal cumpliera su finalidad, ni para modernizar dicha vía, ni para su reparación ni reposición, **es claro que se trataba de una obra nueva, e independiente de la principal, que por tanto podían ejecutarse y funcionar una y otra de manera independiente, respecto de las cuales su relación es la intersección donde se tocan.**

Ahora refirió la Sala de Consulta y Servicio Civil¹²⁶, que la expresión "corredor vial" puede referirse, ya sea a una franja de terreno que corre paralela a una vía pública (a lado y lado), o bien a una red de carreteras, vías urbanas e interurbanas y otros elementos de infraestructura (puentes, túneles etc.) debidamente interconectados para permitir el transporte de personas y cosas entre dos puntos geográficos, con un determinado objetivo económico o social (integrar una región, conectar un centro de consumo o de abastecimiento con un puerto etc.). Este último concepto es el que se acogerá para efectos de la presente consulta, dado que el primero obedece a una finalidad principalmente urbanística (regular el desarrollo urbano en las áreas colindantes a las vías públicas).

Por consiguiente, se considera que es equivocado el alcance que se da por la defensa de algunos de los investigados, para concluir a partir de esta expresión que el tramo Ocaña – Gamarra es parte del corredor vial definido en el contrato de concesión porque tiene relación con su objeto original, y en tal sentido se permite una prestación del servicio público más amplia. **Esta concepción resulta de una lectura aislada y descontextualizada de la interpretación que hizo el órgano consultivo, nótese que a reglón seguido refiere "volviendo al objeto de la consulta, la Sala entiende que las obras y actividades adicionales que pueden ejecutarse en desarrollo de un contrato de concesión vial, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 28 de la ley 1150 de 2007, no son todas las que se realicen dentro de los límites geográficos del respectivo "corredor vial", sino sólo aquellas que, además de lo anterior, se deban efectuar de forma excepcional y necesaria para cumplir el objeto principal del contrato, como lo ordena la Corte Constitucional en la sentencia C-300 de 2012, lo cual deberá determinarse con base en los estudios técnicos que así lo demuestren".**

Así entonces, el concepto de corredor vial a que se alude es en concordancia con la interpretación de la Corte acogida por la Sala de Consulta y Servicio Civil, esto es que no se refiere a todas las obras que se realicen dentro de los límites geográficos del respectivo "corredor vial", bien entendido este como una *red de carreteras, vías urbanas e interurbanas y otros elementos de infraestructura (puentes, túneles etc.)*

¹²⁶ A propósito del concepto de corredor vial, de conformidad con el documento intitulado "Desarrollo vial e impacto fiscal del sistema de concesiones en Colombia", la CEPAL explica lo siguiente sobre este concepto: "En las concesiones de tercera generación se incluye el concepto de corredor vial, que hace mención a la creación de una serie de vías que permitan la comunicación entre los centros de producción, consumo, distribución y/o comercialización, mejorando de esta forma la productividad y competitividad de las mallas viales nacionales y los índices de exportación del país".

debidamente interconectados para permitir el transporte de personas y cosas entre dos puntos geográficos, sino sólo aquellas que, además de referirse al corredor vial, se deban efectuar de forma excepcional y necesaria para cumplir el objeto principal del contrato, el cual corresponde al trayecto Puerto Salgar – San Roque.

Es más, se precisa en el concepto a modo de ejemplo que “si el objeto de un contrato de concesión es la construcción, mantenimiento y operación de un corredor vial entre los puntos A y B, es claro que cualquier obra que esté por fuera de los límites espaciales de dicho corredor, como su extensión hasta un punto geográfico C, no podría pactarse ni ejecutarse como una adición al contrato de que se trate; pero tampoco podría adicionarse dicho contrato con la realización de obras o la prestación de servicios que, aun cuando se ejecuten dentro de los límites geográficos del corredor vial, ninguna relación tienen con la construcción, mantenimiento y operación de dicho corredor, como sería, entre otras, la construcción de acueductos, hospitales, escuelas, parques, viviendas, edificios públicos ajenos al mantenimiento y operación del corredor vial etc.”.

Así las cosas, al referido concepto no se le puede atribuir el alcance que plantea la defensa en el sentido de concluir que con fundamento en el mismo se encuentra avalada la adición al contrato de concesión en los términos que fue realizada; todo lo contrario del contenido de dicho concepto en consonancia con lo dispuesto por la Corte Constitucional queda absolutamente claro que las adiciones se justifican cuando sean absolutamente necesarias para cumplir el objeto principal del contrato.

Hechas las anteriores precisiones, se concluye que el tramo Ocaña — Gamarra, era una vía nueva e independiente respecto del objeto inicial del contrato de concesión, el cual tuvo como finalidad la construcción de la vía Puerto Salgar - San Roque, y en ese sentido esta nueva obra que fue adicionada no era necesaria para cumplir el objeto del contrato inicial, requisito *sine qua non* para adicionar el contrato de concesión, concluyendo entonces que el objeto principal del contrato de concesión podía cumplirse a cabalidad sin necesidad de la adición que le fue realizada a través de los Otrosíes No. 3 y No. 6, para los estudios y para la ejecución del referido tramo Ocaña – Gamarra.

De manera que, si bien la obra adicionada se relaciona con el objeto del primer contrato, no hace parte del mismo objeto contractual, y la interpretación correcta, acogiendo lo dicho por el máximo tribunal, es la que determina que el objeto del contrato se determina alrededor del corredor vial que une los puntos geográficos de Puerto Salgar con San Roque, y si bien el tramo Transversal Rio de Oro — Aguacalara — Gamarra, fue construido en la intersección de Aguacalara en el tramo 5 San Alberto – Aguachica (Departamento del Cesar), se trata de diferentes obras, no dependiente la una de la otra, ni necesaria la última para cumplir el objeto principal.

Tratándose de un nuevo objeto, se requería adelantar un proceso de selección, para el caso del Otrosí No. 3 a través de un concurso de méritos y para el caso del Otrosí No. 6 a través de licitación pública como quedo expuesto en el pliego de cargos, por cuanto al no tratarse de un mismo objeto contractual, la modificación del contrato en esos términos desconoce los principios de libre concurrencia y selección objetiva, enmarcados en el principio de transparencia.

Expediente: IUS E - 2017 - 19229 / IUC D-2017-651-927370
Fallo de primera instancia sancionatorio.

128



Así entonces se considera que debían adelantarse nuevos procesos de selección, en los cuales otros proponentes tuvieran la oportunidad de presentarse en igualdad de condiciones, al igual que podía presentarse el concesionario, y en ese caso optar por la propuesta más favorable para la entidad, como bien podría ser la presentada por el mismo concesionario, de resultar la más beneficiosa para la entidad.

En el análisis que nos ocupa y al tenor de la exequibilidad condicionada se concluye que la adición en los términos que fue realizada desconoce los principios de selección objetiva e igualdad, integrantes del principio de transparencia, al impedir que otras ofertas fueran consideradas por la administración, para ejecutar una obra que no era necesaria e indispensable para el cumplimiento del objeto de la primera que fue ofertada, como quiera que en efecto se trató de un contrato adicional, en la medida que agregó algo nuevo al alcance físico inicial del contrato.

Concluye el despacho respecto de la justificación técnica y jurídica del proyecto para la adición al contrato de concesión, en el caso del Otrosí No. 03 de los estudios y diseños Fase III del Tramo Aguaclara Gamarra — Puerto Capulco, y en el caso del Otrosí No. 06 para elaborar diseños, obtener licencias ambientales y demás permisos, adquirir predios, rehabilitar, construir, mejorar, operar y mantener dicho tramo, que no resultan de recibo, por cuanto del análisis de los medios de prueba practicados en la etapa del juicio, no se desvirtúan las consideraciones del funcionario de instrucción, en tanto consideró que el objeto de los Otrosíes no tiene perfecta relación de exegesis con el objeto del contrato primigenio.

7.5.6.4 Respuesta a los argumentos de defensa referentes a la posibilidad de realizar la adición, por estar el tramo adicionado relacionado con el objeto del contrato de concesión.

En este apartado se analizan los argumentos presentados por la defensa de los investigados, referentes a la relación del tramo adicionado con el objeto del contrato de concesión, para justificar la adición;

7.5.6.4.1 De la noción amplia del concepto de “corredor vial”

Respecto del concepto de “corredor vial” la defensa de los investigados apela a una concepción amplia, que entiende que la comunicación de dos puntos debe promover la productividad y la competitividad del país, conectando los centros de producción, consumo, distribución y/o comercialización; sin embargo, como ha quedado evidenciado, esta concepción va más allá de la norma, al tenor de su exequibilidad condicionada, e incluso al objeto del contrato inicial, en cuanto el mismo se refirió a la rehabilitación, construcción, mejoramiento, operación del sector, definido este como el trayecto entre Puerto Salgar y San Roque, por lo cual adicionar otra vía a este tramo, con el propósito de conectar un centro de producción con un centro de consumo, excede el límite de la adición al contrato de concesión, en tanto ello no es absolutamente necesario y excepcional para cumplir el objeto inicial.

En cuanto a la ubicación del proyecto está demostrado que, dentro del Tramo San Alberto — Aguachica, que hace parte de la Ruta del Sol, Sector 2, en la intersección denominada Aguaclara fue construido el tramo transversal Ocaña — Gamarra, que

Expediente: IUS E - 2017 - 19229 / IUC D-2017-651-927370
Fallo de primera instancia sancionatorio.

129

como quedo justificado en los estudios previos, integraba el corredor vial proveniente de Ocaña que atrae el tráfico del Departamento de Norte de Santander y, el corredor vial que deviene desde Gamarra el cual atrae el tráfico procedente de las poblaciones ribereñas del Río Magdalena pertenecientes al Departamento del Cesar, y por lo cual se justificó la articulación de estas dos regiones con el Sector 2 de la Ruta del Sol.

Lo anterior no conlleva a desconocer que en términos de conectividad y eficiencia la construcción del tramo Ocaña – Gamarra, reportara los beneficios en que la misma fue concebida, y en tal medida este corredor vial se constituyera en la infraestructura de apoyo para el transporte de carga de gran cantidad de productos agrícolas, ganaderos y mineros de la región y el resto del país hacia los puertos de la costa atlántica y zonas de frontera, y ello significara una mejora sustancial de la transitabilidad a lo largo del corredor vial que hace parte del Proyecto Ruta del Sol, específicamente del Sector 2.

No obstante, lo expuesto no conlleva *perse* a establecer que la ejecución de este tramo adicionado fuera excepcional y necesario para llevar a cabo la ejecución del objeto inicial; así de aceptar esta interpretación de la defensa, se justificarían tantas adiciones como vías se pudieran desprender de las intersecciones a lo largo del proyecto Ruta del Sol 2, entre Puerto Salgar y San Roque, y que permitieran conectar diferentes regiones, interpretación demasiado amplia que desconoce los parámetros del análisis de la Corte Constitucional, toda vez que conlleva una limitación desproporcionada de los principios de la función administrativa y del principio de libre concurrencia.

De manera que para el despacho los argumentos técnicos, avalados desde el punto de vista jurídico que quedaron esbozados en los respectivos estudios de conveniencia y oportunidad, aprobados en los Comités de contratación, que finalmente dieron lugar a los Otrosíes, no justifican la adición del tramo Ocaña – Gamarra, al contrato de concesión No. 001 de 2010, en cuanto excedían los límites que el legislador impuso frente a las adiciones a los contratos de concesión, al tenor de la interpretación del máximo Tribunal Constitucional.

Conforme a lo expuesto, no resulta de recibo la alusión al concepto jurídico emitido por Estudio Jurídico Martínez Ltda dirigido a Eder Paolo Ferracuti Presidente de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S, en el cual se precisa que el objeto contractual no tiene simplemente como propósito unir dos puntos geográficos con una carretera de doble calzada entre Puerto Salgar y San Roque, sino integrar toda una región con otra; en la medida que el concepto desconoce los parámetros de la exequibilidad condicionada de la norma que habilitaba para el momento las adiciones a los contratos de concesión de ahí que se descarta que se tratara de una actividad necesaria para el desarrollo del contrato principal.

Tampoco se considera un argumento de justificación que el concepto de corredor vial desarrollado en el Sector 2 del proyecto Ruta del Sol no fuera el único existente en el país, como el caso del proyecto Santa Marta Riohacha - Paraguachón traído a colación, como quiera que en el caso nos ocupa analizar la adición del tramo Ocaña – Gamarra y por ende el hecho que otra adición se hubiera llevado a cabo en



condiciones similares, que no han sido analizadas en esta investigación, no determinaba la adición de este tramo, como quiera que en cada caso debía llevarse a cabo el respectivo análisis.

7.5.6.4.2 Importancia del tramo Ocaña – Aguaclara

Otro de los argumentos en que la defensa, sustenta la adición se refiere a la importancia estratégica del tramo que fue adicionado, considerado un sector prioritario para el Gobierno Nacional.

Conforme a las pruebas que reposan en la actuación, se verifica que el proyecto denominado “Estructuración Integral para los proyectos de corredores viales afectados por los eventos derivados del Fenómeno de La Niña 2010-2011 (1. Manizales – Honda – Villeta, 2. **Aguaclara - Ocaña – Cúcuta**, 3. Cúcuta – Bogotá y 4. Bucaramanga – Barrancabermeja – Remedios)”, fue postulado en el Formato de Postulación de proyectos ante el Fondo de Adaptación¹²⁷, con ocasión de la afectación por el Fenómeno de la Niña.

En reunión del Consejo Directivo del Fondo de Adaptación de fecha 21 de marzo de 2012¹²⁸, se hicieron las postulaciones para el sector transporte a ser financiados con recursos del fondo, dentro de estos se incluyó el programa “Estructuración Integral para los proyectos de corredores viales afectados por los eventos derivados del Fenómeno de la Niña 2010 – 2011” dentro de los cuales se incluyó el corredor de Norte de Santander (Cúcuta – Ocaña- Aguaclara, Astilleros- Tibú- la Mata y Cúcuta – Puerto Santander), lo cual dio lugar a la suscripción del convenio interadministrativo No. 003 de 11 de mayo de 2012, entre la ANI y el Fondo de Adaptación,¹²⁹ proceso que fue declarado desierto a través de Resolución No. 011 de 20 de marzo de 2013.¹³⁰

El 16 de julio de 2013 se suscribió Otrosí No. 2 al Convenio Interadministrativo No. 003 suscrito entre la ANI y el Fondo de Adaptación¹³¹, en el cual se modifica el alcance de la cláusula primera y se excluye el tramo Ocaña – Aguaclara, en virtud se solicitud que hiciera el Presidente de la ANI LUIS FERNANDO ANDRADE, a través de Radicado No. 2013-200-004157-1 de 21 de marzo de 2013¹³².

Respecto de los CONPES, que han sido aportados dentro de los elementos probatorios, se determina lo siguiente;

- CONPES 2691 del 23 de febrero 1994¹³³. PROYECTO DE INTEGRACIÓN DE LA RED NACIONAL DE TRANSPORTE.

Establece que la infraestructura de transporte a cargo de la Nación cumple la función de integrar las principales zonas de producción y consumo del país, y de este con los

¹²⁷ Pruebas aportadas por la defensa de Luis Fernando Andrade Moreno, en el escrito de descargos, CD FL 223 Cuaderno principal 18. Documento No. 7.

¹²⁸ Ibidem Documento No. 8

¹²⁹ Ibidem Documento No. 9

¹³⁰ Ibidem Documento No. 11

¹³¹ Ibidem Documento No. 13

¹³² Ibidem Documento No. 12

¹³³ Ibidem Documento No. 1

Expediente: IUS E - 2017 - 19229 / IUC D-2017-651-927370
Fallo de primera instancia sancionatorio.

países fronterizos. Respeto de la Red Nacional de Carreteras que hace parte de dicha infraestructura, se identificaron los accesos a capitales de departamentos y puertos

En el numeral 15.12 se establece el acceso a Cúcuta, y se establece el tramo 7007 Aguacalara – Ocaña.

- CONPES 2764 DE FEBRERO 17 DE 1995¹³⁴. PLAN PARA LA RECUPERACIÓN Y MANEJO DEL RÍO GRANDE DE LA MAGDALENA 1995-1998”.

En torno al tramo que nos ocupa, se señala que existen varios puertos fluviales (Barranquilla, Gamarra, Capulco, Barrancabermeja, el Banco, Puerto Wilches y Puerto Salgar), se precisa que el río es un vínculo importante para la optimización del sistema actual de transporte, al permitir diferentes opciones de transporte multimodal, los puertos fluviales actúan como centros de transferencia de carga entre el río y la carretera o el ferrocarril, aunque no existe una coordinación intermodal puesto que el trasbordo al ferrocarril o la carretera puede representar una actividad riesgosa.

- CONPES 3535 DE 18 DE JULIO DE 2008¹³⁵. “CONCEPTO PREVIO FAVORABLE PARA LA PRÓRROGA O ADICIÓN DE LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN VIAL Y FÉRREA”.

Se señala la importancia de este CONPES en cuanto considera la defensa que es un precedente a la adición Ocaña – Gamarra. No obstante, debe precisarse que no se refiere de manera específica a este tramo dentro de la declaración de importancia estratégica, para la consolidación del transporte vial en Colombia, de varios proyectos de concesión vial a cargo del Ministerio de Transporte y del INCO, y las adiciones que a través de este se autorizaron.

- CONPES 3739 DEL 15 DE ENERO 2013¹³⁶. “ESTRATEGIA DE DESARROLLO INTEGRAL DEL CATATUMBO”.

Se precisa que la infraestructura de transporte es determinante como locomotora de prosperidad, para potencializar las cadenas productivas y propiciar la integración tanto regional como social, su objetivo primordial es obtener beneficios en términos de competitividad para el país, debido a que es un factor determinante en la reducción de costos de la producción, además permite consolidar el tejido empresarial y facilita la conectividad entre los centros de producción y consumo. Así mismo, impacta positivamente la generación de empleo y la reducción de la pobreza. En dicho sentido algunas de las acciones que se plantean en materia de infraestructura y transporte son; i) Mejorar, ampliar y rectificar el corredor Cúcuta – Ocaña – Aguacalara (Cesar) de la red vial nacional a cargo del INVIAS. ii) Llevar a cabo la estructuración integral de los corredores de Norte de Santander para el mejoramiento, operación y mantenimiento, que comprende los tramos: i) Cúcuta – Ocaña – Aguacalara, ii) Cúcuta – Puerto Santander; con recursos del Fondo de Adaptación y la Agencia Nacional de Infraestructura respectivamente.

¹³⁴ Ibidem Documento No. 2

¹³⁵ Ibidem Documento No. 3

¹³⁶ Ibidem Documento No. 4

Expediente: IUS E - 2017 - 19229 / IUC D-2017-651-927370

Fallo de primera instancia sancionatorio.



Se precisa que las estructuraciones para el desarrollo de los tramos Cúcuta – Ocaña – Aguacalara (Cesar) y Astilleros – Tibú – Convención – La Mata, hacen parte de los contratos de Cuarta Generación de la ANI y su ejecución dependerá de que se logren estructurar Asociaciones Público-Privadas (APP) para su financiación, o de que se prioricen dentro de los espacios fiscales de los sectores.

- CONPES 3758 del 6 de agosto de 2013¹³⁷. “PLAN PARA RESTABLECER LA NAVEGABILIDAD DEL RÍO MAGDALENA”.

Dentro de las recomendaciones al CONPES, se contempló, la de “Impulsar estrategias que ayuden a fomentar una oferta de infraestructura intermodal, de tal forma que, junto con la infraestructura logística, garantice la conexión de los puertos fluviales con la red férrea y vial del país, tal y como ocurrió, con el objetivo de aprovechar la cuenca como un corredor logístico intermodal estratégico de comercio exterior”

- CONPES 3760 DE 20 DE AGOSTO DE 2013¹³⁸. “PROYECTOS VIALES PARA EL ESQUEMA DE ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS: CUARTA GENERACIÓN DE CONCESIONES VIALES”.

Se presentan los grupos de proyectos que a la fecha estaban siendo estructurados por la ANI y que conforman el programa de cuarta generación de concesiones viales.

Se incluyen a manera de descripción funcional los corredores viales sobre los cuales se desarrollará el programa. Dentro de la Transversal Magdalena – Cordillera Oriental, se encuentra el tramo Gamarra – Ocaña.

Pues bien, conforme a estos elementos probatorios se determina que, el tramo Ocaña – Gamarra, se considera una vía de importancia estratégica, situación que se refleja de su consideración a través de los diferentes instrumentos de política pública, como así además lo refirieron algunos funcionarios del Gobierno de la época, que rindieron testimonio en la etapa del juicio.

Sin embargo, lo anterior no determina la modalidad contractual a partir de la cual debía concretarse la ejecución de este tramo, situación que ocupa a esta investigación; en ese sentido **las consideraciones plasmadas en las decisiones del Gobierno no determinaron que la prioridad dada su importancia estratégica implicara hacer una adición al contrato de concesión No. 001 de 2010, pues claramente ninguno de estos documentos se refirió a la modalidad de selección, situación que legalmente correspondía únicamente a la ANI.**

Es así que, no obra prueba que determine que desde la participación que tuvieron diferentes entidades del Estado, como los Ministerios de Transporte, Hacienda, Departamento Nacional de Planeación, INVIAS, entre otras, se hubiera determinado o incidido frente a la modalidad de selección.

¹³⁷ Ibidem Documento No. 5

¹³⁸ Ibidem Documento No. 6

Expediente: IUS E - 2017 - 19229 / IUC D-2017-651-927370

Fallo de primera instancia sancionatorio.

Además, para el análisis que nos ocupa, y a riesgo de resultar reiterativo, se precisa que las adiciones al contrato de concesión estaban autorizadas, conforme a la norma vigente para la época, respecto de obras o actividades excepcional y necesariamente requeridas para cumplir el objeto del contrato inicial, de ahí que no resulte acertado considerar que sin la ejecución del tramo Ocaña – Gamarra, no pudiera desarrollarse la vía Puerto Salgar – San Roque, aun cuando esta vía fuera de especial importancia estratégica, por cuanto dicha importancia no es una situación imprevista, que impidiera lograr la finalidad del contrato principal o afectar su ejecución, pues de ser así se debía y podía haber previsto desde un comienzo en la estructuración del proyecto Ruta del Sol, Sector 2, con observancia del principio de planeación y seguridad jurídica.

7.5.6.4.3 Respetto de los beneficios de la ejecución de la obra a través de una adición al contrato de concesión.

Se han señalado como argumentos de defensa que a través de la adición se aseguraba la disponibilidad de recursos para su construcción y se disminuían los tiempos para su ejecución, por cuanto se logró un menor costo del que hubiera tenido como proyecto independiente, al haberse disminuido el porcentaje de AIU (Administración, Imprevistos y Utilidades) por aprovecharse la infraestructura administrativa ya establecida, así como por haberse aceptado una tasa de retorno menor a la contemplada para el contrato original.

Sobre este punto se precisa que, al no tratarse de una obra adicional necesaria para el cumplimiento del objeto principal, en virtud del deber de selección objetiva se debía llevar a cabo un proceso público y abierto en el que se escogiera en igualdad de oportunidades la propuesta más favorable, así que so pretexto de los beneficios que se pudieran obtener a través de la contratación con la misma concesionaria no se podían desconocer las modalidades de contratación estatal; y en todo caso esta concesionaria podía presentarse al proceso y podía resultar seleccionada en caso de acreditar las condiciones más favorables a la entidad basadas en criterios objetivos que en igualdad de condiciones pudieran acreditar todos los proponentes y no solo los derivadas del contrato inicial.

De manera que aun cuando la adición del contrato para la ejecución de la nueva vía reportara beneficios; como lo señaló la Corte en la referida sentencia C – 300 de 2012, los beneficios que podrían obtenerse, además de ser solamente eventuales, no exceden los sacrificios en términos de los principios de la función administrativa y la libre concurrencia, toda vez que *“(i) impedir que otros interesados en el contrato presenten propuestas y participen de un proceso de selección, priva a la entidad de la posibilidad de ofertas más benéficas; (ii) si bien se pueden agilizar los tiempos de contratación, los ahorros que se logran por esta vía no exceden los costos de los incentivos que se crean en términos de comportamientos oportunistas y mala estructuración de los contratos. (.....). En materia de diseño y estructuración de los contratos, la Sala observa que la posibilidad de adicionar nuevos objetos incentiva a las entidades estatales a no prestar la atención debida a la etapa de planeación y a no realizar esfuerzos mayores por delimitar los objetos contractuales – pues existe una legítima expectativa de que el contrato se podrá ajustar durante su ejecución; tal comportamiento a su vez (a) crea mayores riesgos de*

fracaso del contrato o de que la entidad deba asumir mayores costos, y (b) y aumenta la incertidumbre sobre el comportamiento de la entidad contratante, lo cual impide a los interesados formular propuesta lo más ajustadas posibles a la realidad de la concesión y con debido soporte financiero..”.

7.5.6.4.4 La posibilidad de realizar adiciones al contrato de concesión se encontraba prevista desde la suscripción del contrato.

En torno a este particular se precisa que en el contrato de concesión en el literal b) de la sección 13.01 valor del contrato se estableció: ***“Sin embargo si durante la ejecución del contrato fuese necesario realizar actividades adicionales a las previstas en el alcance inicial del presente contrato relacionadas con el Sector, el Concesionario deberá (i) contratar la elaboración de los estudios y diseños de las actividades adicionales. El costo de estos diseños deberá ser previamente acordado con el INCO y será asumido por el Concesionario y reconocido por el INCO en los términos del presente literal (b); ii) determinar el valor tope de las obras adicionales conjuntamente con el interventor e iniciar un proceso de licitación privada para la selección de constructor que realice las obras adicionales. Este proceso de licitación privada deberá ser público y permitir la participación plural de cualquier interesado que cumpla con las condiciones técnicas necesarias para adelantar las obras adicionales para lo cual deberá publicar la convocatoria en diarios de amplia circulación nacional al menor dos (2) veces con un espacio de una (1) semana entre cada publicación. (...)***

Conforme a lo expuesto en el respectivo contrato es claro que la posibilidad de realizar adiciones se encontraba delimitada a que se tratara de actividades adicionales a las previstas en el alcance inicial y que estuvieran relacionadas con el sector, situación que se acoge a lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley 1150 de 2007, al tenor de la exequibilidad condicionada en la Sentencia C - 300 de 2012, de suerte que dicha cláusula en efecto facultaba a la ANI a realizar las adiciones al contrato de concesión conforme dicha interpretación, y teniendo en cuenta que el mismo contrato había definido el sector como el trayecto comprendido entre Puerto Salgar y San Roque sobre el cual se llevarían a cabo las obligaciones de resultado a cargo del concesionario.

De manera que no acreditándose los requisitos para la adición del contrato de concesión lo procedente era realizar un proceso de concurso de méritos (otro si 3) y licitación pública (otro si 6), razón por la que los argumentos respecto del proceso de licitación privada que se llevó a cabo no resultan de recibo en tanto dicho procedimiento era aplicable respecto de las actividades adicionales relacionadas con el sector.

7.5.6.4.4 En relación con las condiciones que se establecieron para la ejecutoria del Otrosí No. 06

En cuanto a las apreciaciones que señalan que en virtud de las condiciones establecidas para la ejecutoria del Otrosí No. 06 que quedaron plasmadas en la cláusula decima tercera de este Otrosí, dentro de las que se incluían autorizaciones del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y del Ministerio de Transporte, considera el despacho que de las mismas no se puede concluir que el Gobierno Nacional hubiera encontrado ajustado a derecho el procedimiento legal para la suscripción de

las adiciones, pues dichas autorizaciones no se refirieron a la modalidad de contratación, asunto que le competía de manera exclusiva a la ANI, como así lo refirieron en la etapa de juicio los testigos CECILIA ALVAREZ CORREA y JORGE ROJAS GIRALDO quienes se desempeñaron como Ministros de Transporte, de ahí entonces que dichas autorizaciones no determinaron ni a LUIS FERNANDO ANDRADE ni a los demás funcionarios de la ANI a adicionar el contrato de concesión eludiendo el respectivo proceso de selección, reproche que es el que ocupa analizar a esta instancia de juzgamiento, además por cuanto dichas condiciones se establecieron respecto de la ejecutoria del Otrosí, no respecto de su suscripción.

7.5.7 Conclusión respecto de las pruebas recaudadas en la etapa del juicio disciplinario.

De conformidad con los anteriores argumentos, se concluye que de las pruebas recaudadas en la etapa del juicio disciplinario, no se desvirtúa el reproche realizado a los disciplinados; los testimonios recaudados en esta etapa son coincidentes en afirmar la importancia estratégica del tramo Ocaña - Gamarra, que fue adicionada al proyecto Ruta del Sol 2, las gestiones adelantadas desde el Gobierno Nacional para priorizar este tramo, y el procedimiento interno y controles que se surtieron para llevar a cabo las adiciones, situaciones que como quedo expuesto han quedado demostradas; no obstante de los mismos **no se concluye la necesidad y la excepcionalidad de esta vía para que pudiera desarrollarse el objeto inicial del contrato de concesión, aspecto principal que ocupa a esta investigación y a partir del cual se confirma la violación de los principios de transparencia (deber de selección objetiva) y responsabilidad, en el entendido que no se acreditaba dicha condición para proceder a las adiciones al contrato de concesión.** De manera que ninguna de las pruebas da cuenta que sin la ejecución del tramo Ocaña – Gamarra no se pudiera ejecutar el tramo Puerto Salgar – San Roque, que estaba en ejecución.

A su vez de las documentales aportadas, no se desvirtúa la conclusión a que se ha llegado en esta instancia, por cuanto de la mismas no se define el cumplimiento de los requisitos para adicionar los contratos de concesión dispuestos en la norma aplicable para el momento de los hechos.

De manera que en el análisis integral que corresponde hacer respecto de los medios de prueba, se encuentran probados los hechos disciplinariamente relevantes que quedaron referidos en los anteriores **numerales 7.5.1 al 7.5.6**, sin que ninguno de estos elementos probatorios desvirtúe la ocurrencia de dichas situaciones, conforme al análisis plasmado en cada numeral.

Así las cosas, estando demostrado objetivamente y con suficiencia probatoria los hechos que soportan el reproche se procede al análisis de responsabilidad frente a cada uno de los disciplinados.

VIII. CONSIDERACIONES FRENTE A LA RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA

8.1 ANÁLISIS DE LA TIPICIDAD

Los principios de legalidad y tipicidad son piedra angular en el ejercicio punitivo del derecho sancionador, a través de los cuales se busca evitar la arbitrariedad y capricho del juzgador que ejerce el poder punitivo del Estado. Su desconocimiento viola el debido proceso y el derecho de defensa que le asiste a los individuos.

En virtud del principio de legalidad se exige que (i) el señalamiento de la falta y la sanción sean realizados por el legislador; (ii) el señalamiento de la falta y la sanción sea previo a la comisión de la infracción, y (iii) el señalamiento de la falta y la sanción sean determinados plenamente y no determinables.

En la órbita del derecho disciplinario como parte del derecho sancionador o *ius puniendi* para la aplicación del principio de tipicidad como categoría dogmática y expresión del principio de legalidad se debe definir el (i) sujeto activo de la conducta sancionable; (ii) los deberes o funciones propios del cargo; (iii) la prescripción de los elementos básicos de la conducta infringida teniendo en consideración que al utilizar normas en blanco se debe hacer la remisión normativa precisa, y establecer criterios para determinar con claridad la conducta; y a partir de allí proceder a hacer la adecuación típica o la subsunción de la conducta frente al deber funcional infringido y la comisión de la falta disciplinaria sancionable, que constituiría el nexo para comprobar la imputación objetiva.

Así las cosas y dado que el desarrollo dogmático del derecho disciplinario se edifica en la *infracción del deber* y que a través de este régimen se busca la protección de la correcta marcha de la administración pública, siendo el servidor público el principal protagonista para ejecutar la misión encomendada por el Estado, se determinará en cada caso los deberes funcionales a partir de los cuales se sustenta el reproche a cada uno de los investigados.

Ahora bien, el Consejo de Estado ha sido reiterativo en definir las pautas para la realización de un adecuado juicio de tipicidad, así:¹³⁹

“El proceso de subsunción típica de la conducta es una de las piezas fundamentales de todo acto que manifiesta el poder represor del Estado y constituye uno de los prerrequisitos necesarios de legalidad y juridicidad de toda sanción¹⁴⁰ La decisión sancionatoria debe incluir en su motivación un proceso de subsunción típica de la conducta de la persona investigada bajo la norma sancionatoria aplicable. Se trata de un razonamiento que permite establecer la relación directa entre el supuesto descrito en la norma que establece la falta imputada y las circunstancias fácticas

¹³⁹ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Radicado: 110010325000201400360 00. No. Interno: 1131-2014 Demandante: Gustavo Francisco Petro Urrego Demandado: Nación - Procuraduría General de la Nación Medio de Control: Nulidad y restablecimiento del derecho.

¹⁴⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda, Subsección A. Radicación Núm. 11001 03 25 000 2013 00117 00 (0263-13). Actor: Fabio Alonso Salazar Jaramillo contra la Nación - Procuraduría General de la Nación.

Expediente: IUS E - 2017 - 19229 / IUC D-2017-651-927370
Fallo de primera instancia sancionatorio.

plenamente acreditadas, de cuyo análisis y verificación se establezca con certeza si encuadran o no en el componente descriptivo de la norma.

(...)

Ese proceso de adecuación típica implica un juicio de inmersión del hecho probado en cada uno de los elementos integrantes de la norma, a través de una interpretación bajo los criterios textual, sistemático y teleológico, que en forma razonada y razonable lleve a la certeza de que la conducta asumida por el disciplinado encuadra en los supuestos o componentes normativos de la falta disciplinaria. La motivación del acto sancionatorio debe comprender una descripción completa, precisa y clara de cada uno de los supuestos de hecho a partir de los cuales la entidad realiza el proceso de adecuación típica, inclusive desde la imputación formulada en el pliego de cargos, lo que significa que esa descripción no puede obviarse bajo la premisa de que en el pliego se hizo con suficiente argumentación. El pliego de cargos, como acto de trámite, no integra el acto sancionatorio”.

Ahora dado que, para todos los cargos formulados, se imputa la falta disciplinaria por violación de los principios de la contratación estatal, es preciso señalar que al momento de tipificar la falta en atención a lo consagrado en la Sentencia C-818 de 2015¹⁴¹, se deben señalar las reglas legales que desarrollan y dan alcance en concreto a cada uno de los principios de la contratación estatal vulnerados y a través de un proceso de integración normativa dotar a cada uno de valor y sentido, situación que corresponde verificar frente al análisis de normas violadas y concepto de la violación que se estableció en el pliego de cargos para cada uno de los investigados, respecto de cada cargo.

Hechas las anteriores precisiones de carácter general, se procede al análisis en concreto frente a cada uno de los investigados;

8.1.1 Para el Disciplinado LUIS FERNANDO ANDRADE MORENO

8.1.1.1 Cargo primero:

Se consideró que LUIS FERNANDO ANDRADE MORENO en su condición de Presidente de la ANI pudo haber incurrido en la falta disciplinaria prevista en el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, al haber participado en la actividad contractual con violación del principio de transparencia que comporta el deber de selección objetiva y el principio de responsabilidad, al haber suscrito el Otrosí No. 03 al Contrato de concesión No. 001 de 2010, toda vez que el objeto del Otrosí no tenía

¹⁴¹ Para la configuración de una falta disciplinaria, se deben describir en términos absolutos, precisos e incondicionales las conductas que impliquen la existencia de una obligación, deber, prohibición, incompatibilidad o inhabilidad que impidan que el juzgamiento de una persona quede sometido al arbitrio del funcionario investigador. Ahora bien, los principios como norma jurídica también pueden ser objeto de complementación mediante la integración jurídica de su contenido normativo, ya sea a través de disposiciones constitucionales de aplicación directa o de normas de rango legal (o en términos generales: reglas), que permitan concretar de manera clara e inequívoca, las conductas prohibidas en materia disciplinaria. Se trata de acudir al empleo de la técnica de remisión del tipo disciplinario en blanco o abierto que exige para la constitucionalidad de la descripción de una infracción disciplinaria, la definición de un contenido normativo específico mínimo que garantice a los destinatarios de la norma, protección contra la aplicación arbitraria de la misma.



relación con el objeto del contrato de concesión, omitiendo adelantar entonces el proceso selectivo de concurso de méritos.

Como ha quedado señalado a lo largo de la providencia, el Otrosí No. 03, tuvo por objeto adicionar el contrato de concesión No. 001 de 2010 para que el concesionario elaborará los Estudios y Diseños Fase III del Tramo Aguaclara – Gamarra – Puerto Capulco, así como la estructuración jurídica, técnica y financiera del Proyecto, conforme a las situaciones señaladas en el numeral **“7.5.2 Adición al contrato de concesión No. 001 de 2010 a través del Otrosí No. 3”**.

Se indicó que en virtud del **principio de transparencia**, la escogencia del contratista se debe efectuar por regla general a través del procedimiento establecido para la licitación pública, salvo las excepciones que cita el numeral 1° del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007, dentro de estas el concurso de méritos, proceso de selección a partir del cual se busca escoger al contratista que pueda desarrollar actividades propias de una consultoría, tales como la elaboración de estudios para la ejecución de proyectos de inversión, entre otros, y como quiera que para el caso se omitió adelantar este proceso de selección al haberse suscrito directamente a través de una adición al contrato, se consideró transgredido este principio.

Para la fecha de los hechos esta modalidad se encontraba prevista en el Decreto 734 de 2012, en el artículo 3.1.1. que señalaba las modalidades de selección y el artículo 3.3.1.1. que aludía a la procedencia del concurso de méritos.

Se citó a su vez el **deber de selección objetiva** contenido en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 por cuanto al no ser viable jurídicamente su celebración de manera directa utilizando la figura de la adición, su adjudicación no fue objetiva, en tanto el deber le obligaba a escoger el ofrecimiento más favorable para la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva, a través de unas reglas claras, que permitieran la libre concurrencia de oferentes.

De igual forma se consideró que pudo transgredir el **principio de responsabilidad**, conforme lo previsto en los numerales 1, 2, 4 y 5 del artículo 26 de la Ley 80 de 1993, toda vez que estas normas establecen que los servidores públicos están obligados a buscar el cumplimiento de los fines de la contratación estatal, e igualmente que responden por sus actuaciones y omisiones las cuales deben estar presididas por las reglas sobre administración de bienes ajenos y por los mandatos y postulados que gobiernan una conducta ajustada a la ética y a la justicia, mandatos que se consideraron desconocidos por el investigado en la medida que no procuró los fines de la contratación al haber suscrito el Otrosí No. 03 omitiendo acudir a un proceso de selección objetiva del contratista, en este caso de concurso de méritos, máxime que en su condición de representante legal de la Agencia era el responsable de la dirección y manejo de la actividad contractual la cual no le era viable eludir, ni trasladar a los comités asesores de la entidad.

Se soporta el reproche, en la medida que el objeto del Otrosí, no tiene perfecta relación de exégesis con el objeto del contrato primigenio, requisito indispensable

para adicionar a este la realización de los estudios del nuevo tramo, en la medida que se trataba de corredores viales, sectores y tramos diferentes, que no dependían del correspondiente a Puerto Salgar – San Roque; esto, unido a que no se trataba de obras adicionales, y en tal sentido los estudios previos debieron haberse contratado a través del respectivo mecanismo de selección.

La falta imputada se encuentra descrita como falta gravísima, contenida en el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002;

"Participar en la etapa precontractual o en la actividad contractual (...) con desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal (...) contemplados en (...) la Ley.

De lo antes expuesto, se determina que al momento de tipificar la falta se señalaron las reglas legales que desarrollaban y daban alcance en concreto a cada uno de estos principios, como consta en el análisis realizado en el acápite de normas violadas y concepto de la violación.

Para el caso del **principio de transparencia** se consideraron las siguientes normas; artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, Artículos 3.1.1 y 3.3.1.1 de Decreto 734 de 2002, vigente para cuando se suscribió el Otrosí No. 03, y el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 del **deber de selección objetiva**; y para el caso del **principio de responsabilidad**, lo dispuesto en los numerales 1, 2, 4 y 5 del artículo 26 de la Ley 80 de 1993, al desconocerse el artículo 28 de la Ley 1150 de 2007 aplicable al contrato de concesión No. 001 de 2010, teniendo en consideración las funciones asignadas como Presidente de la ANI, conforme a lo previsto en la Resolución No. 576 de 13 de junio de 2013. – Manual Específico de Funciones y Competencias Laborales para los empleados de la ANI.

Acreditación de los elementos típicos de la conducta endilgada en el pliego de cargos:

Como quedo señalado en las consideraciones generales frente a la tipicidad, corresponde entrar a determinar la acreditación de los elementos típicos de la conducta endilgada al tenor de lo establecido en el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, así:

1. Participar en la etapa precontractual o en la actividad contractual
2. Con desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal

- **Participar en la etapa precontractual o en la actividad contractual**

Respecto al primero de los elementos de la tipicidad de la falta, esto es la participación en la etapa precontractual o en la actividad contractual se consideró que el disciplinado participó en la actividad contractual, situación que se demuestra a través de la suscripción del Otrosí No. 03 del 15 de julio de 2013, actuar que desplegó en su condición de Presidente de la agencia, y que se demuestra a través del



respectivo documento, donde consta su firma, y cuyo contenido ha quedado expuesto previamente.

- **Desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal (transparencia, responsabilidad y el deber de selección objetiva).**

Frente al segundo de los elementos de la tipicidad, el desconocimiento de los principios, en este caso de transparencia, responsabilidad y el deber de selección objetiva se advierte de la conducta endilgada que el disciplinado los desconoció al haber adicionado al contrato de concesión la elaboración de los estudios respecto de un nuevo tramo, obviando adelantar el respectivo proceso de selección.

Se confirma en esta instancia la violación de los enunciados principios, conforme a las normas previstas y las consideraciones realizadas por el funcionario de instrucción, de suerte que se desconoció que en virtud del *principio de transparencia* ha previsto el legislador para la escogencia del contratista diversas modalidades, que, para el caso conforme al objeto, correspondía a través de un concurso de méritos, desconociendo con ello el *deber de selección objetiva*, y que en virtud del *principio de responsabilidad* como jefe de la entidad era el responsable de la dirección y manejo de la actividad contractual, por lo cual debía procurar por el cumplimiento de los fines de la contratación, en tal sentido era su deber garantizar que se aplicaran los respectivos procedimientos de selección previstos en el estatuto contractual.

Dicho desconocimiento se encuentra acreditado, conforme quedo expuesto en el respectivo análisis probatorio, contenido en el numeral **"7.5.6 Las obras adicionadas a través de los Otrosíes 3 y 6 no estaban directamente relacionadas con el objeto concesionado, y no se referían al mismo corredor vial"**, del cual se determina que el tramo Ocaña – Gamarra adicionado al objeto del contrato de concesión inicial esto es el tramo comprendido entre Puerto Salgar y San Roque, no cumplía con los requisitos dispuestos en el artículo 28 de la Ley 1150 de 2007, al tenor de la exequibilidad condicionada en la Sentencia C – 300 de 2012, de ahí entonces que la Procuraduría ha cumplido con la carga de demostrar los hechos sobre los cuales se hizo la imputación.

En virtud del **principio de transparencia de la contratación estatal**, como se adujo en el pliego de cargos, se señala que la escogencia del contratista se debe efectuar por regla general a través del procedimiento establecido para la licitación pública, salvo las excepciones que cita el numeral 1° del artículo 2° de la ley 1150 de 2007, como en el caso del concurso de méritos, situación que fue también desconocida por parte del Presidente de la Agencia Nacional de Infraestructura aquí investigado con la suscripción del otrosí Nos. 3 al contrato de concesión No. 001 de 2010, toda vez que en este caso se daba la causal exceptiva para suscribir de manera directa este contrato con la Concesionaria Ruta del Sol 2; es decir, violó las normas citadas por la inaplicación de la mismas, veamos:

En el **concurso de méritos** se pretende escoger al contratista que pueda desarrollar actividades propias de una consultoría, tales como la elaboración de estudios para la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, estudios de

prefactibilidad o factibilidad, asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión, interventorías, asesoría o gerencia de obras o proyectos, dirección, programación y ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos.

El aspecto central que justificó la suscripción del otrosí No. 3, tiene que ver con que para la Agencia Nacional de Infraestructura y en ese caso para quien con su firma comprometió la voluntad de dicha entidad estatal, con las adiciones se estaba afectando el mismo corredor vial, en el sentido de: "(...) *proyección, ejecución, conservación, reposición, reparación de: (a) obras complementarias necesarias para que la obra principal cumpla su finalidad y sea debidamente aprovechada, (b) obras necesarias para adaptar y modernizar la obra principal a nuevas exigencias técnicas y funcionales; y (c) obras para la reparación y reposición de las obra principal, cuando sea necesario.*" (Ver cuaderno original n.º 4, folio 32, DVD n.º 1, carpeta Disco 1, subcarpeta, Documentos Bitácoras PDF, archivo denominado otrosí 3).

Ahora, como el mismo objeto del contrato de concesión No. 01 del 2010 lo señala, su objeto era el otorgamiento de una concesión para que de conformidad con lo previsto en el numeral 4 del artículo 32 de la ley 80 de 1993, el concesionario, por su cuenta y riesgo elabore los diseños, financie, obtenga las licencias ambientales y demás permisos, adquiera los predios, rehabilite, construya, mejore, opere y mantenga el Sector, que en este caso corresponde al **comprendido entre Puerto Salgar y San Roque, cuyas especificaciones de identificación y referencia se detallan en el apéndice técnico y sobre el cual se llevarán a cabo las obligaciones de resultado a cargo del concesionario.**

Y, más adelante también dice el mismo contrato primigenio:

*"Literal b de la Sección 13.01: Sin embargo, si durante la ejecución del presente contrato fuese necesario realizar actividades adicionales a las previstas en el alcance inicial del presente contrato **relacionadas con el sector**, el concesionario deberá (i) contratar la elaboración de los Estudios y Diseños de las actividades adicionales. El costo de estos diseños deberá ser previamente acordado con el INCO y será asumido por el Concesionario y reconocido por el INCO en los términos del presente literal."*

Nótese, si bien el mismo negocio jurídico literal preveía la posible necesidad de contratar actividades adicionales, estas DEBÍAN estar relacionadas con el sector entregado al concesionario: PUERTO SALGAR – SAN ROQUE.

Empero, sin mayor análisis, en el concepto suscrito por la Gerente de Gestión Contractual 2 ALEXANDRA LOZANO VERGARA, el 21 de enero de 2013 arriba citado, se concluyó, de manera irresponsable, que la adición que **le ofreció** LUIS FERNANDO ANDRADE MORENO al Concesionario Ruta del Sol 2 (recuérdese que fue el investigado de quien provino el interés inicial, al menos documentalmente – Ver su oficio No. 2012-305-08705-1 del 13 de julio de 2012), era viable, conforme lo siguiente:

"(...)



Siguiendo las reglas del Contrato de Concesión No. 001 de 2010 y los preceptos y argumentos contenidos en la Sentencia C-300, se concluye que es procedente la adición del Contrato de Concesión, proyecto vial Ruta del Sol Sector 2, para que el Concesionario ejecute obras de rehabilitación y mejoramiento y posterior operación y mantenimiento del trayecto Ocaña – Aguas Claras – Gamarra – Puerto Capulco, siempre que técnicamente se trate de obras directamente relacionadas con el objeto concesionado, en este caso el “Sector” esto es el trayecto comprendido entre Puerto Salgar y San Roque cuyas especificaciones de identificación y referencias se detallan en el Apéndice Técnica del Contrato de Concesión.”

Esta justificación fue incorporada en el estudio previo que justificó este otrosí No. 3, suscrito por CAMILO MENDOZA ROZO y ALEXANDRA LOZANO VERGARA; así mismo, el documento del otrosí No. 3 del 15 de julio del 2013, suscrito por LUIS FERNANDO ANDRADE MORENO, Presidente de la Agencia Nacional de Infraestructura para la época de los hechos.

Entonces, conforme a lo expuesto, y aquí, en este fallo, con grado de certeza, el alcance del objeto de estos otrosíes, **no tiene perfecta relación de exégesis** con el objeto del contrato primigenio, requisito indispensable para poder adicional esta nueva vía al contrato de marras, conforme a la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, por lo que no era jurídicamente posible adicionar el contrato de Concesión No. 001 del 2010 a través del otrosí No. 3, en la medida que se trataba de corredores viales, sectores y tramos diferentes, que, al parecer, no dependían del correspondiente a Puerto Salgar – San Roque; esto, unido a que al no tratarse de obras adicionales al alcance del contrato primigenio¹⁴², los estudios previos debieron haberse contratado a través del mecanismo de selección correspondiente al **concurso de méritos**.

De manera que, como quedó ampliamente expuesto, y con las explicaciones y argumentos sustentados y probados, se ratifica lo expuesto en el concepto de violación del pliego de cargos cuando señala que:

“Sobre este punto la Corte Constitucional¹⁴³ precisó lo siguiente (...). Así las cosas, a juicio de este Despacho, la nueva vía que incluso estaba a cargo de la Gobernación del Cesar, que no estaba priorizada, que tampoco estaba incluida en el CONPES que consideró de importancia estratégica la Ruta del Sol¹⁴⁴, era un corredor vial completamente independiente de la Ruta del Sol, Sector 2; que tan sólo se tocaban en un punto, y que por ende, en manera alguna podría tenerse como una obra accesorio que permitiera el adecuado funcionamiento del corredor que iba desde Puerto Salgar a San Roque; en manera alguna se trataba de un desarrollo progresivo de dicha vía, era una transversal que era ajena a la concesión, por lo que el proyecto, para que fuera integral y completo no requirió de dicha vía

Sobre el punto el Consejo de Estado¹⁴⁵ también ha conceptuado lo siguiente:

(...)

¹⁴² Conforme a la Sección 13.01, literal b) del contrato de concesión bajo análisis.

¹⁴³ C-300 de 2012

¹⁴⁴ Documento Conpes 3760 de agosto 20 de 2013, visible a folios 80 y siguientes del anexo No. 4 – Proyectos viales bajo el esquema de asociación público privada – cuarta generación de concesiones viales.

¹⁴⁵ Concepto Sala de Consulta C.E. 2149 de 2013. Consejo de Estado – Sala de Consulta y Servicio Civil.

Expediente: IUS E - 2017 - 19229 / IUC D-2017-651-927370

Fallo de primera instancia sancionatorio.

Con toda claridad lo dijo el Consejo de Estado: si el objeto de un contrato de concesión es la construcción, mantenimiento y operación de un corredor vial entre los puntos A y B (en nuestro caso Puerto Salgar – San Roque – Ruta del Sol 2), es claro que cualquier obra que esté por fuera de los límites espaciales de dicho corredor, como su extensión hasta un punto geográfico C (Ocaña – Gamarra – Aguacalara – Puerto Capulco), no podía pactarse ni ejecutarse como una adición al contrato de que se trate; pero tampoco podía adicionarse dicho contrato con la realización de obras o la prestación de servicios que, aun cuando se ejecuten dentro de los límites geográficos del corredor vial, ninguna relación tienen con la construcción, mantenimiento y operación de dicho corredor, como sería, entre otras, la construcción de acueductos, hospitales, escuelas, parques, viviendas, edificios públicos ajenos al mantenimiento y operación del corredor vial etc.

Y por esta misma argumentación es que es imperativo mencionar que si bien en su versión libre del 17 de abril del 2017, ANDRADE MORENO argumentó que la razón para haber adicionado esta vía era porque una nueva licitación para la Transversal implicaba la disposición de nuevos recursos (toda vez que con los peajes no se alcanzaba a cubrir la su costo), por lo que al ponerlo en la Ruta del Sol se podían usar los recursos excedentarios de la misma (argumento sin sustento, toda vez que no se debe olvidar que se trajeron vigencias futuras para tal fin), sencillamente no tiene sustento jurídico; no es argumento legal esta consideración financiera, más aún que esta vía originalmente no estaba a cargo de la ANI, sino de la Gobernación del Cesar; lo que, según JUAN SEBASTIÁN CORREA, ocasionó malestar en el Gobernador de la época, ante la solicitud reiterada de no objeción que le presentó LUIS FERNANDO ANDRADE MORENO.

Porque, nótese, ANDRADE MORENO afirmó que si no se hacía esta adición, ellos, la ANI hubiesen tenido que haber hecho inversión de recursos públicos por un monto de 3 billones de pesos; sin embargo, no se entiende esa argumentación de inversión de recursos y trámites de aprobación, cuando lo que está probado en el expediente es que él le ofreció esta adición a la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. el 13 de junio de 2012, siendo que la solicitud que le elevó a la Gobernación del Cesar fue el 7 de mayo de 2013. Es decir, (...) se preocupó por priorizar esta vía, ingresar recursos, contratarla, sin que estuviera a cargo de la Agencia Nacional de Infraestructura.

Por tanto, es dable concluir (...) que LUIS FERNANDO ANDRADE MORENO puso en funcionamiento todo el aparato que tenía a su disposición en la ANI para lograr la justificación técnica, financiera y especialmente JURÍDICA que argumentara esta adición, con el fin de entregarle un tramo completamente diferente al concesionado a la Concesionada Ruta del Sol 2, que no tenía nada que ver con el corredor vial que iba de Puerto Salgar a San Roque (Ruta del Sol – Sector 2), de manera directa, incluso llegando a solicitarle a la Gobernación del Cesar que hiciera entrega el nuevo corredor vial a la ANI para poder entregárselo directamente a la Concesionara Ruta del Sol 2. De esto dan cuenta los documentos contractuales analizados, así como (y especialmente) las declaraciones bajo la gravedad de juramento que se han traído a colación, todo esto unido a que fue él quien le solicitó a la Concesionaria que hiciera esta Transversal, y su interés para que la Gobernación del Cesar se la cediera a la ANI”.

Ahora bien, en lo atinente a la transgresión del **deber de selección objetiva**, ha quedado plenamente evidenciado que no era viable jurídicamente que la Agencia Nacional de Infraestructura entregara de manera directa (utilizando la figura de las adiciones al contrato de concesión), los estudios y diseños de la Ruta que iba desde Ocaña – Gamarra – Aguacalara – Puerto Capulco a la Concesionaria Ruta del Sol 2, toda vez que su adjudicación no fue objetiva.

Por tanto, para este despacho está demostrado a cabalidad que LUIS FERNANDO ANDRADE MORENO desconoció el deber de selección objetiva que tenía, con lo cual debió haber sometido esta contratación a un proceso selectivo de concurso de

méritos (en el caso del otrosí 3), que hubiera observado este deber, escogiendo el ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva, a través de unas reglas claras, equilibradas y que honraran la libre concurrencia de oferentes, donde se escogiera al contratista con base en el cumplimiento de requisitos y condiciones equilibradas que se hubiesen incorporado en un pliego de condiciones.

Y en lo atinente al **principio de responsabilidad** de la contratación estatal, consagrado en el artículo 26 de la ley 80 de 1993, este fue conculcado por el disciplinable, como le fue enrostrado preliminarmente y en grado de probabilidad en el pliego de cargos y aquí, en este fallo de instancia, demostrado en grado de certeza, por cuanto las normas reprochadas demandaban que LUIS FERNANDO ANDRADE MORENO, como servidor público buscara el cumplimiento de los fines de la contratación estatal, siendo llamado a responder por sus actuaciones y omisiones que deben estar presididas por las reglas sobre administración de bienes ajenos y por los mandatos y postulados que gobiernan una conducta ajustada a la ética y a la justicia; y en el presente caso, estos postulados fueron abiertamente desconocidos en la medida en que el disciplinable en su condición de Presidente de la ANI para la época de los hechos, no procuró los fines de la contratación al haber suscrito el otrosí No. 3, omitiendo haber acudido a un proceso de selección objetiva del contratista, por las razones que ya han quedado consignadas.

Eso, unido a que en su condición de representante legal la Agencia y por ende como director máximo de la actividad contractual de la entidad pública, no le era permitido eludir, ni trasladar la responsabilidad disciplinaria que le cabe en el presente caso, que como se ha visto, no buscó proteger los intereses del Estado, sino los intereses irregulares de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S.

Así las cosas, y como se anotó al inicio de este capítulo en virtud de los principios de legalidad y tipicidad en el análisis de la configuración de la falta disciplinaria se debe proceder al análisis de la *infracción del deber*; para lo cual se encuentra acreditado que LUIS FERNANDO ANDRADE MORENO en su condición de Presidente de la ANI, tenía a cargo los siguientes **deberes, y funciones**;

De conformidad con la Resolución No. 576 del 13 de junio del 2013 – Manual Específico de Funciones y Competencias Laborales para los empleos de la ANI – Presidente, se establecen las siguientes funciones que fueron consideradas en el pliego de cargos;

"FUNCIONES ESENCIALES

1. *Dirigir, orientar, vigilar y supervisar el desarrollo de las funciones a cargo de la Agencia.*
2. *Dirigir las actividades administrativas, financieras y presupuestales y establecer las normas y procedimientos internos necesarios para el funcionamiento y prestación de los servicios de la Agencia.*

(...)

8. *Orientar y dirigir el seguimiento al desarrollo de los contratos de concesión a su cargo y en caso de incumplimiento de cualquier obligación, adoptar de acuerdo con la ley las acciones necesarias.*

(...).

De lo anterior queda demostrado que ANDRADE MORENO, tenía el deber por mandato legal y reglamentario de dirigir el manejo contractual de la entidad y en virtud de ello adecuar los procedimientos a las normas y requisitos previstos, en este caso referente a las adiciones a los contratos de concesión, razón por la cual su comportamiento se adecua a la falta gravísima que le ha sido endilgada.

De otra parte, respecto del numeral 1 del artículo 34 de la Ley 734 de 2002, que a su vez fue considerada por el funcionario instructor como norma infringida dado el desconocimiento de las normas que regulan la contratación estatal, por cuanto la misma consagra como deberes de los servidores públicos, el cumplir y hacer que se cumplan la Constitución, las leyes, los decretos, y desempeñar con diligencia, eficiencia e imparcialidad el servicio encomendado, se considera en esta instancia de juzgamiento que la conducta reprochada se adecua de manera única a la previsión del numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, como quedo antes expuesto, en tanto el incumplimiento del deber se entiende subsumido en este comportamiento.

En este caso, el comportamiento genera la apariencia de enmarcarse en varios tipos disciplinarios excluyentes, a pesar de que, en realidad, únicamente genera la configuración de uno de ellos, es lo que se conoce como concurso aparente de infracciones disciplinarias, eventos en los cuales no hay un verdadero concurso, razón por la que en garantía del principio del non bis in ídem, se deberán excluir las infracciones disciplinarias que en realidad no se tipifican por medio de la aplicación de los principios de especialidad, subsidiaridad y consunción.

Hecha la anterior precisión se confirma la violación de las normas consideradas por el funcionario de instrucción, a su vez con fundamento en los argumentos expuestos quedan resueltos los argumentos de la defensa en torno a la tipicidad.

8.1.1.2 Cargo Segundo:

Se consideró que LUIS FERNANDO ANDRADE MORENO en su condición de Presidente de la ANI pudo haber incurrido en la falta disciplinaria prevista en el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, al haber participado en la actividad contractual con violación del principio de transparencia que comporta el deber de selección objetiva y el principio de responsabilidad, al haber suscrito el Otrosí No. 06 al Contrato de concesión No. 001 de 2010, toda vez que el objeto del Otrosí no tenía relación con el contrato de concesión, omitiendo adelantar el proceso de selección a través de licitación pública.

Como ha quedado ampliamente expuesto, el Otrosí No. 6 tuvo por objeto adicionar el contrato de concesión No. 001 de 2010, para que el concesionario elabore los



diseños, financie, obtenga las licencias ambientales y demás permisos, adquiera predios, rehabilite, construya, mejore, opere y mantenga el Tramo denominado "Transversal Rio de Oro — Aguaclara — Gamarra, conforme a las situaciones señaladas en el numeral **"7.5.3 Adición al contrato de concesión No. 001 de 2010 a través del Otrosí No. 6"**.

Se señaló que en virtud del **principio de transparencia**, la escogencia del contratista se debe efectuar por regla general a través del procedimiento establecido para la licitación pública, salvo las excepciones previstas en el numeral 1° del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007, y dado que el objeto del Otrosí No. 6 no tenía perfecta relación de exégesis con el objeto del contrato primigenio, requisito indispensable para poder adicionar el nuevo tramo al contrato principal, en la medida que se trataba de corredores viales, sectores y tramos diferentes, que no dependían del correspondiente a Puerto Salgar – San Roque, y no tratándose de obras adicionales, el objeto pactado a través del Otrosí 6 no podía adicionarse de manera directa al concesionario, de ahí que se consideró la transgresión de este principio.

Se consideró infringido además el **deber de selección objetiva** contenido en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 por cuanto al no ser viable jurídicamente celebrarlo de manera directa, utilizando la figura de la adición, su adjudicación no fue objetiva, deber que le obligaba a escoger el ofrecimiento más favorable para la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva, a través de unas reglas claras, que permitieran la libre concurrencia de oferentes.

De igual forma se consideró que pudo transgredir el **principio de responsabilidad**, conforme lo previsto en los numerales 1, 2, 4 y 5 del artículo 26 de la Ley 80 de 1993, toda vez que estas normas establecen que los servidores públicos están obligados a buscar el cumplimiento de los fines de la contratación estatal, e igualmente que responden por sus actuaciones y omisiones las cuales deben estar presididas por las reglas sobre administración de bienes ajenos y por los mandatos y postulados que gobiernan una conducta ajustada a la ética y a la justicia, mandatos que se consideraron desconocidos por el investigado en la medida que no procuró los fines de la contratación al haber suscrito el Otrosí No. 06 omitiendo acudir a un proceso de licitación pública, máxime que en su condición de representante legal de la Agencia era el responsable de la dirección y manejo de la actividad contractual la cual no le era viable eludir, ni trasladar a los comités asesores de la entidad.

Se soporta el reproche, en la medida que el objeto del *Otrosí* no tiene perfecta relación de exégesis con el objeto del contrato primigenio, requisito indispensable para adicionar a este la ejecución del nuevo tramo, en la medida que se trataba de corredores viales y sectores, que no dependían del correspondiente a Puerto Salgar – San Roque; esto, unido a que no se trataba de obras adicionales.

La falta imputada se encuentra descrita como falta gravísima, contenida en el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002;



"Participar en la etapa precontractual o en la actividad contractual (...) con desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal (...) contemplados en (...) la Ley.

De lo expuesto se determina que al momento de tipificar la falta se señalaron las reglas legales que desarrollaban y daban alcance en concreto a cada uno de estos principios de la contratación estatal, como consta en el análisis realizado en el acápite de normas violadas y concepto de la violación.

En el caso del principio de transparencia se consideraron las siguientes normas; artículos 2 y 5 de la Ley 1150 de 2007, este último del deber de selección objetiva, y para el caso del principio de responsabilidad, lo dispuesto en los numerales 1, 2, 4 y 5 del artículo 26 de la Ley 80 de 1993, al desconocerse el artículo 28 de la Ley 1150 de 2007 aplicable al contrato de concesión 001 de 2010, teniendo en consideración las funciones asignadas como Presidente de la ANI, conforme a lo previsto en la Resolución No. 576 de 13 de junio de 2013. – Manual Específico de Funciones y Competencias Laborales para los empleados de la ANI.

Acreditación de los elementos típicos de la conducta endilgada en el pliego de cargos:

Como quedo señalado en las consideraciones generales frente a la tipicidad, corresponde entrar a determinar la acreditación de los elementos típicos de la conducta endilgada al tenor de lo establecido en el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, así:

1. Participar en la etapa precontractual o en la actividad contractual
 2. Con desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal
- **Participar en la etapa precontractual o en la actividad contractual**

Respecto al primero de los elementos de la tipicidad de la falta, esto es la **participación en la etapa precontractual o en la actividad contractual** se consideró que el disciplinado participó en la actividad contractual, situación que se demuestra a través de la suscripción del Otrosí No. 06 del 14 de marzo de 2014, actuar que desplegó en su condición de Presidente de la agencia, y que consta en el respectivo documento, donde obra su firma, y cuyo contenido ha quedado expuesto previamente.

- **Desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal (transparencia y responsabilidad).**

Frente al segundo de los elementos de la tipicidad, el desconocimiento de los principios, en este caso de transparencia y responsabilidad, se advierte de la conducta endilgada que el disciplinado los desconoció al haber adicionado al contrato de concesión la ejecución del tramo Ocaña – Gamarra, obviando adelantar el respectivo proceso de selección de licitación pública.

Se confirma en esta instancia la violación de los enunciados principios, conforme a las normas previstas y las consideraciones realizadas por el funcionario de instrucción, de suerte que se desconoció que en virtud del *principio de transparencia* ha previsto el legislador para la escogencia del contratista diversas modalidades, que, para el caso conforme al objeto, correspondía a través licitación pública, desconociendo con ello el *deber de selección objetiva*, y que en virtud del *principio de responsabilidad* como jefe de la entidad era el responsable de la dirección y manejo de la actividad contractual, por lo cual debía procurar por el cumplimiento de los fines de la contratación, en tal sentido era su deber garantizar que se aplicaran los respectivos procedimientos de selección previstos en el estatuto contractual.

Dicho desconocimiento se encuentra acreditado, conforme quedo expuesto en el respectivo análisis probatorio, contenido en el numeral **“7.5.6 Las obras adicionadas a través de los Otrosíes 3 y 6 no estaban directamente relacionadas con el objeto concesionado, y no se referían al mismo corredor vial”**, del cual se determina que el tramo Ocaña – Gamarra adicionado al objeto del contrato de concesión inicial esto es el tramo comprendido entre Puerto Salgar y San Roque, no cumplía con los requisitos dispuestos en el artículo 28 de la Ley 1150 de 2007, al tenor de la exequibilidad condicionada en la Sentencia C – 300 de 2012, de ahí entonces que la Procuraduría ha cumplido con la carga de demostrar los hechos sobre los cuales se hizo la imputación.

Las normas que le fueron citadas en el pliego de cargo como violadas, frente al desarrollo del **principio de transparencia** de la contratación estatal disponen que este principio señala que la escogencia del contratista se debe efectuar por regla general a través del procedimiento establecido para la licitación pública, salvo las excepciones que cita el numeral 1° del artículo 2° de la ley 1150 de 2007, situación que fue desconocida por parte del Presidente de la Agencia Nacional de Infraestructura aquí investigado con la suscripción del otrosí No. 6 al contrato de concesión No. 001 de 2010, toda vez que en este caso, menos aún se deba la causal exceptiva para suscribir de manera directa este contrato con la Concesionaria Ruta del Sol 2; veamos:

Ya está claro que la licitación pública es el procedimiento de selección principal y aplicable en todos los casos de escogencia de contratistas el Estado, a excepción de los casos expresamente dispuestos por la ley; a través de este procedimiento, públicamente las entidades realizan invitación a todas las personas que puedan y tengan interés en ejecutar un contrato, para que en igualdad de condiciones, objetivas y verificables, se presenten varias ofertas entre las cuales se escogerá la más favorable al interés público.

El aspecto central que justificó la suscripción del otrosí No. 6 al cual nos hemos venido refiriendo tiene que ver con que para la Agencia Nacional de Infraestructura y en ese caso para quien con su firma comprometió la voluntad de dicha entidad estatal, con las adiciones se estaba afectando el mismo corredor vial, en el sentido de: “(...) proyección, ejecución, conservación, reposición, reparación de: (a) obras complementarias necesarias para que la obra principal cumpla su finalidad y sea debidamente aprovechada, (b) obras necesarias para adaptar y modernizar la obra principal a nuevas exigencias técnicas y funcionales; y

(c) obras para la reparación y reposición de las obra principal, cuando sea necesario.” (Ver cuaderno original n.º 4, folio 32, DVD n.º 1, carpeta Disco 1, subcarpeta, Documentos Bitácoras PDF, archivo denominado otrosí 3 y otrosí 6).

De manera similar a como se anotó frente al análisis de la tipicidad en el cargo formulado con el otro sí No. 3, también sucedió con las justificaciones previas a la suscripción del otrosí No. 6, (y en el mismo otrosí No. 6 del 14 de marzo de 2014), en cuyo estudio de conveniencia se indicó que el Sector Ruta del Sol 2 comprende, entre otros, el Tramo San Alberto – Aguachica, correspondiente a la Ruta Nacional 4514, que incluye en su trayecto **LA INTERSECCIÓN A DESNIVEL EN EL SITIO DENOMINADO AGUACLARA**, a partir de la cual se desprende de un lado la Ruta Nacional 70 que conduce al municipio de Ocaña en el departamento de Norte de Santander y del otro la vía que conecta con el municipio de Gamarra – César – y de allí a Puerto Capulco a orillas del Río Magdalena.

Nótese, el Sector 2 de la Ruta del Sol y la ruta que se adicionó SOLAMENTE se “focan” en una INTERSECCIÓN A DESNIVEL en Aguaclara.

Entonces, conforme a lo expuesto con grado de certeza se aduce que el alcance del objeto de estos *otrosíes*, **no tiene perfecta relación de exégesis** con el objeto del contrato primigenio, requisito indispensable para poder adicional esta nueva vía al contrato de marras, conforme a la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, por lo que no era jurídicamente posible adicionar el contrato de Concesión No. 001 del 2010 a través del otrosí No. 6, en la medida que se trataba de corredores viales, sectores y tramos diferentes, que, al parecer, no dependían del correspondiente a Puerto Salgar – San Roque; esto, unido a que al no tratarse de obras adicionales al alcance del contrato primigenio¹⁴⁶, el objeto pactado a través del otrosí 6, debió haberse realizado a través de la licitación pública

En punto a la transgresión del **deber de selección objetiva** de la contratación estatal y acorde con el material probatorio y la normatividad vigente analizada se acredita plenamente que LUIS FERNANDO ANDRADE MORENO desconoció el deber de selección objetiva que tenía, con lo cual debió haber sometido esta contratación a un proceso selectivo de licitación pública (en el caso del otrosí 6), que hubiera observado este deber, escogiendo el ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva, a través de unas reglas claras, equilibradas y que honraran la libre concurrencia de oferentes, donde se escogiera al contratista con base en el cumplimiento de requisitos y condiciones equilibradas que se hubiesen incorporado en un pliego de condiciones.

Y en lo tocante con el **principio de responsabilidad** de la contratación estatal cabe afirmar que estas normas establecen que los servidores públicos están obligados a buscar el cumplimiento de los fines de la contratación estatal, e igualmente que los servidores públicos responden por sus actuaciones y omisiones ya que, deben estar presididas por las reglas sobre administración de bienes ajenos y por los mandatos y

¹⁴⁶ Conforme a la Sección 13.01, literal b) del contrato de concesión bajo análisis.
Expediente: IUS E - 2017 - 19229 / IUC D-2017-651-927370
Fallo de primera instancia sancionatorio.



postulados que gobiernan una conducta ajustada a la ética y a la justicia. Por ello es por lo que se demuestra que, en el presente caso, estos postulados fueron desconocidos en la medida en que el investigado, en su condición de Presidente de la ANI para la época de los hechos, no procuró los fines de la contratación al haber suscrito el otro sí No 6, omitiendo haber acudido a un proceso de selección objetiva del contratista, por las razones que ya han quedado consignadas.

Eso, unido a que en su condición de representante legal la Agencia y por ende como director máximo de la actividad contractual del ente territorial, no les viable eludir, ni trasladar la responsabilidad disciplinaria que le cabe en el presente caso, más en un caso que como se ha visto, presuntamente no buscó proteger los intereses del Estado, sino los intereses irregulares de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S.

Ahora bien, como se anotó al inicio de este capítulo en virtud de los principios de legalidad y tipicidad en el análisis de la configuración de la falta disciplinaria se debe proceder al análisis de la *infracción del deber*; para lo cual se encuentra acreditado que LUIS FERNANDO ANDRADE MORENO en su condición de Presidente de la Agencia Nacional de Infraestructura, tenía a cargo los siguientes **deberes, y funciones**:

Al tenor de lo previsto en la Resolución No. 576 del 13 de junio del 2013 – Manual Específico de Funciones y Competencias Laborales para los empleos de la ANI, le competían al Presidente, las siguientes funciones;

"FUNCIONES ESENCIALES

1. *Dirigir, orientar, vigilar y supervisar el desarrollo de las funciones a cargo de la Agencia.*

2. *Dirigir las actividades administrativas, financieras y presupuestales y establecer las normas y procedimientos internos necesarios para el funcionamiento y prestación de los servicios de la Agencia.*

(...)

8. *Orientar y dirigir el seguimiento al desarrollo de los contratos de concesión a su cargo y en caso de incumplimiento de cualquier obligación, adoptar de acuerdo con la ley las acciones necesarias.*

(...)

Queda así demostrado que LUIS FERNANDO ANDRADE, tenía el deber por mandato legal y reglamentario de dirigir el manejo contractual de la entidad y en virtud de ello adecuar los procedimientos a las normas y requisitos previstos en este caso frente a las adiciones a los contratos de concesión, razón por la cual su comportamiento se adecua a la falta gravísima que le ha sido endilgada.

De otra parte, respecto del numeral 1 del artículo 34 de la Ley 734 de 2002, que a su vez fue considerada por el funcionario instructor como norma infringida dado el desconocimiento de las normas que regulan la contratación estatal, por cuanto la

misma consagra como deberes de los servidores públicos, el cumplir y hacer que se cumplan la Constitución, las leyes, los decretos, y desempeñar con diligencia, eficiencia e imparcialidad el servicio encomendado, se considera en esta instancia de juzgamiento que la conducta reprochada se adecua de manera única a la previsión del numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, como quedo antes expuesto, en tanto el incumplimiento del deber se entiende subsumido en este comportamiento.

El comportamiento genera la apariencia de enmarcarse en varios tipos disciplinarios excluyentes, a pesar de que, en realidad, únicamente genera la configuración de uno de ellos, es lo que se conoce como concurso aparente de infracciones disciplinarias, eventos en los cuales no hay un verdadero concurso, razón por la que en garantía del principio del *non bis in idem*, se deberán excluir las infracciones disciplinarias que en realidad no se tipifican por medio de la aplicación de los principios de especialidad, subsidiaridad y consunción.

8.1.1.3 Respuesta a los argumentos de defensa referentes al análisis de la tipicidad frente a los cargos primero y segundo

Con fundamento en las anteriores consideraciones se confirma la violación de las normas consideradas por el funcionario de instrucción, y se desvirtúan a su vez las consideraciones de la defensa, dado que el disciplinado si incurrió en la violación de las normas que le han sido reprochadas al descartarse la justificación de su actuar en el sentido que el tramo adicionado no hacia parte del sector 2 de la Ruta del sol y por ende debía llevarse a cabo un nuevo proceso de selección pública.

Señala la defensa que las reglas que debían aplicarse para la adición eran las contenidas en el artículo 28 de la Ley 1150 de 2007 y no las previstas en el artículo 2 de la Ley 1150 ibidem; al respecto se reitera como quedo antes expuesto que en efecto era aplicable el citado artículo 28 que establecía al tenor de la exequibilidad condicionada que solamente se autorizaba la adición de obras adicionales siempre que fueran excepcional y necesariamente requeridas para el cumplir el objeto inicial, y al no acreditarse dicha condición resulta transgredida esta norma, al igual que resulta transgredido el artículo 2 que establece las modalidades de selección de contratistas, y a la que por ende debía darse aplicación, para el caso del otrosí 3 a través de concurso de méritos y en el caso del otrosí 6 a través de licitación pública.

De manera que contrario a lo señalado por la defensa ha quedado demostrado en esta instancia la transgresión de los principios antes referidos, con fundamento en las normas que han sido consideradas.

8.1.2 Para la Disciplinada ALEXANDRA LOZANO VERGARA

8.1.2.1 Cargo primero:

Se consideró que ALEXANDRA LOZANO VERGARA en su condición de Gerente de proyectos funcional, código G2, grado 09 de la planta del despacho del Presidente, ubicado en la Vicepresidencia Jurídica, área de desempeño asesoría legal gestión



contractual 2 de la ANI puede ver comprometida su responsabilidad disciplinaria, al haber violado el principio de transparencia que comporta el deber de selección objetiva y el principio de responsabilidad de la contratación estatal, al haber proferido el concepto radicado bajo el No. 2013-704-000532-2 del 21 de enero del 2013, al haber colocado su visto bueno de revisión jurídica al documento de Estudio de Conveniencia y Oportunidad del 11 de julio de 2013 y al haber dado su visto bueno de revisión jurídica al Otrosí No. 3, con lo cual posibilitó su suscripción, pese a que el objeto de éste Otrosí no tenía relación con el objeto del contrato de concesión No. 001 de 2010; sin embargo, con sustento en su aval desde el punto de vista jurídico, el Presidente de la Agencia tuvo argumentos jurídicos para celebrarlo directamente con la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S, omitiendo adelantar el proceso selectivo de concurso de méritos.

Como ha quedado señalado a lo largo de la providencia, el Otrosí No. 03 tuvo como objeto adicionar los estudios y diseños fase III del Tramo Aguacalara – Gamarra – Puerto Capulco; así como la estructuración jurídica, técnica y financiera del Proyecto, conforme a las situaciones señaladas en el numeral **“7.5.2 Adición al contrato de concesión No. 001 de 2010 a través del Otrosí No. 3”**.

Se indicó que, en virtud del **principio de transparencia**, la escogencia del contratista se debe efectuar por regla general a través del procedimiento establecido para la licitación pública, salvo las excepciones que cita el numeral 1° del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007, dentro de estas el concurso de méritos, situación desconocida por parte de la investigada en las actuaciones que desplegó, toda vez que no se daba la causal exceptiva para suscribir de manera directa esta adición, tratándose de la elaboración de estudios y diseños de una vía, objeto propio de un contrato de consultoría y como quiera que para el caso se otorgó el aval jurídico en diferentes oportunidades, en el sentido de adicionar el contrato de concesión con este objeto, su actuar incidió en la estructuración de este procedimiento.

Para la fecha de los hechos esta modalidad se encontraba prevista en el Decreto 734 de 2012, en el artículo 3.1.1. que señalaba las modalidades de selección y el artículo 3.3.1.1. que aludía a la procedencia del concurso de méritos.

Así mismo se consideró desconocido el deber de selección objetiva contenido en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 por cuanto, no era viable jurídicamente que la ANI adicionará de manera directa al contrato de concesión el tramo Ocaña – Gamarra – Aguacalara – Puerto Capulco, para que el mismo concesionario lo ejecutara, de ahí que su adjudicación no fue objetiva, afectando sus finalidades en procura de la libre concurrencia y el escogimiento del ofrecimiento más favorable a la entidad sin consideración a factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva.

De igual forma se consideró transgredido el **principio de responsabilidad**, conforme lo previsto en los numerales 1, 2 y 4 del artículo 26 de la Ley 80 de 1993, toda vez que estas normas establecen que los servidores públicos están obligados a buscar el cumplimiento de los fines de la contratación estatal, e igualmente que responden por sus actuaciones y omisiones ya que, deben estar presididas por las

reglas sobre administración de bienes ajenos y por los mandatos y postulados que gobiernan una conducta ajustada a la ética y a la justicia, mandatos que se consideraron desconocidos por la investigada en la medida que no procuró los fines de la contratación al haber dado el aval desde el punto de vista jurídico, justificando no acudir a un proceso de selección objetiva del contratista.

Se soporta el reproche, en la medida que el objeto del *Otrosí*, no tiene perfecta relación de exégesis con el objeto del contrato primigenio, requisito indispensable para adicionar a este la realización de los estudios del nuevo tramo, en la medida que se trataba de corredores viales, sectores y tramos diferentes, que no dependían del correspondiente a Puerto Salgar – San Roque; esto, unido a que no se trataba de obras adicionales, y en tal sentido los estudios previos debieron haberse contratado a través del mecanismo de selección correspondiente al concurso de méritos.

La falta imputada se encuentra descrita como falta gravísima, contenida en el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002;

“Participar en la etapa precontractual o en la actividad contractual (...) con desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal (...) contemplados en (...) la Ley.

De lo antes señalado, se determina que al momento de tipificar la falta se señalaron las reglas legales que desarrollaban y daban alcance en concreto a cada uno de estos principios de la contratación estatal, como consta en el análisis en el acápite de normas violadas y concepto de la violación.

Así para el caso del *principio de transparencia* se consideraron las siguientes normas; artículo 2 y artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, este último del deber de selección objetiva y Artículos 3.1.1 y 3.3.1.1 de Decreto 734 de 2002, vigente para cuando se suscribió el *Otrosí* No. 03, y para el caso del *principio de responsabilidad*, lo dispuesto en los numerales 1, 2 y 4 del artículo 26 de la Ley 80 de 1993, al desconocerse el artículo 28 de la Ley 1150 de 2007 aplicable al contrato de concesión No. 001 de 2010, teniendo en consideración las funciones asignadas como Gerente de proyectos, conforme a lo previsto en la Resolución No. 475 de 24 de agosto de 2012 y Resolución No. 576 de 13 de junio de 2013. – Manual Específico de Funciones y Competencias Laborales para los empleados de la ANI- Gerente de proyectos de la Vicepresidencia Jurídica – asesoría legal gestión contractual, vigentes para el momento en que se desplegaron las actuaciones de su parte.

Acreditación de los elementos típicos de la conducta endilgada en el pliego de cargos:

Como quedo señalado en las consideraciones generales frente a la tipicidad, corresponde entrar a determinar la acreditación de los elementos típicos de la conducta endilgada al tenor de lo establecido en el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, así:

1. Participar en la etapa precontractual o en la actividad contractual



2. Con desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal

- **Participar en la etapa precontractual o en la actividad contractual**

Respecto al primero de los elementos de la tipicidad de la falta, se determinó que la investigada desplegó las siguientes actuaciones;

- Profirió el concepto radicado bajo el No. 2013-704-000532-2 el 21 de enero del 2013;

- Colocó su visto bueno de revisión jurídica al documento de Estudio de Conveniencia y Oportunidad del 11 de julio de 2013 y;

- Colocó su visto bueno de revisión jurídica al Otrosí No. 3, que fue suscrito el 15 de julio de 2013.

Situación que se encuentra claramente demostrada a través de los respectivos documentos, donde consta su firma, y cuyo contenido ha quedado expuesto previamente, por lo cual se advierte que a través de estas actuaciones participó en etapa precontractual con ocasión del trámite de adición al contrato de concesión No. 001 de 2010, que se concretó a través del Otrosí No. 03.

- **Desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal (transparencia y responsabilidad y el deber de selección objetiva).**

Frente al segundo de los elementos de la tipicidad, se advierte el desconocimiento de los principios de transparencia y responsabilidad, a partir de sus diferentes actuaciones, que dieron el aval desde el punto de vista jurídico para adicionar el contrato de concesión, obviando la selección a través del concurso de méritos.

Se confirma en esta instancia la violación de los enunciados principios, conforme a las consideraciones realizadas por el funcionario de instrucción, de suerte que se desconoció que en virtud del *principio de transparencia* se ha previsto para la escogencia del contratista diversas modalidades, que, para el caso conforme al objeto, correspondía a través de un concurso de méritos, y en ese sentido conforme a sus funciones se debía orientar la estructuración del proceso desde el punto de vista jurídico, desconociendo con ello el deber de selección objetiva, y a su vez el *principio de responsabilidad* conforme a las funciones que le competían en relación con la contratación estatal, en particular la de emitir concepto jurídico sobre las modificaciones a los contratos de concesión, en virtud de la cual estaba llamada a procurar el cumplimiento de los fines de la contratación, en tal sentido era su deber garantizar desde la revisión y aprobación jurídica que se aplicaran los respectivos procedimientos de selección previstos en el estatuto contractual, que le señalaban en este caso se debía adelantar un concurso de méritos.

El desconocimiento que se reprocha se encuentra acreditado, conforme quedo expuesto en el respectivo análisis probatorio, contenido en el numeral "7.5.6 Las

obras adicionales a través de los Otrosíes 3 y 6 no estaban directamente relacionadas con el objeto concesionado, y no se referían al mismo corredor vial", del cual se determina que el tramo Ocaña – Gamarra adicionado al objeto del contrato de concesión inicial esto es el tramo comprendido entre Puerto Salgar y San Roque, no cumplía con los requisitos dispuestos en el artículo 28 de la Ley 1150 de 2007, al tenor de la exequibilidad condicionada en la Sentencia C – 300 de 2012, por lo que se concluye que la Procuraduría ha cumplido con la carga de demostrar los hechos sobre los cuales se hizo la imputación.

Las normas que le fueron citadas en el pliego de cargos como violadas, desarrollan el **principio de transparencia de la contratación estatal**. Este principio señala que la escogencia del contratista se debe efectuar por regla general a través del procedimiento establecido para la licitación pública, salvo las excepciones que cita el numeral 1° del artículo 2° de la ley 1150 de 2007 (como en el caso del concurso de méritos, situación que en este fallo queda demostrado que fueron desconocidas por parte de la Gerente de Proyectos Funcional Código G2, Grado 09 de la Planta del Despacho del Presidente, ubicado en la Vicepresidencia Jurídica, área de desempeño Asesoría Legal Gestión Contractual 2 de la Agencia Nacional de Infraestructura aquí investigada, al haber proferido el concepto radicado bajo el No. 2013-704-000532-2 del 21 de enero del 2013¹⁴⁷, haber firmado con su visto bueno el documento de Estudio de Conveniencia y Oportunidad del 11 de julio de 2013, haber estampado su visto bueno de revisión al Otrosí No. 3 al contrato de concesión No. 001 de 2010, toda vez que no se deba la causal exceptiva para suscribir de manera directa estos contratos con la Concesionaria Ruta del Sol 2; veamos:

En el concurso de méritos se pretende escoger al contratista que pueda desarrollar actividades propias de una consultoría, tales como la elaboración de estudios para la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, estudios de prefactibilidad o factibilidad, asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión, interventorías, asesoría o gerencia de obras o proyectos, dirección, programación y ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos.

El aspecto central que justificó tanto la suscripción del otrosí No. 3, como el No. 6 al cual nos referiremos más adelante, tiene que ver con que para la Agencia Nacional de Infraestructura y en ese caso para quien con su aval desde el punto de vista jurídico, permitió que se comprometiera la voluntad de dicha entidad estatal, con las adiciones se estaba afectando el mismo corredor vial, en el sentido de: "(...) *proyección, ejecución, conservación, reposición, reparación de: (a) obras complementarias necesarias para que la obra principal cumpla su finalidad y sea debidamente aprovechada, (b) obras necesarias para adaptar y modernizar la obra principal a nuevas exigencias técnicas y funcionales; y (c) obras para la reparación y reposición de las obra principal, cuando sea necesario.*"

Ahora, como el mismo objeto del contrato de concesión No. 01 del 2010 lo señala, su objeto era el otorgamiento de una concesión para que de conformidad con lo previsto en el numeral 4 del artículo 32 de la ley 80 de 1993, el concesionario, por su cuenta

¹⁴⁷ El cual iba dirigido a CAMILO MENDOZA ROZO, Vicepresidente de Gestión Contractual de la ANI, donde afirmó que era procedente la adición del contrato de Concesión – Proyecto Vial Ruta del Sol Sector 2, para que el concesionario ejecutara las obras de rehabilitación y mejoramiento y posterior operación y mantenimiento del trayecto Ocaña – Aguas Clara – Gamarra – Puerto Capuico.
Expediente: IUS E - 2017 - 19229 / IUC D-2017-651-927370
Fallo de primera instancia sancionatorio.

y riesgo elabore los diseños, financie, obtenga las licencias ambientales y demás permisos, adquiera los predios, rehabilite, construya, mejore, opere y mantenga el Sector. ¿Cuál sector? Pues el comprendido entre **Puerto Salgar y San Roque**, cuyas especificaciones de identificación y referencia se detallan en el apéndice técnico y sobre el cual se llevarán a cabo las obligaciones de resultado a cargo del concesionario.

Y, más adelante también dice el contrato:

"Literal b de la Sección 13.01: Sin embargo, si durante la ejecución del presente contrato fuese necesario realizar actividades adicionales a las previstas en el alcance inicial del presente contrato relacionadas con el sector, el concesionario deberá (i) contratar la elaboración de los Estudios y Diseños de las actividades adicionales. El costo de estos diseños deberá ser previamente acordado con el INCO y será asumido por el Concesionario y reconocido por el INCO en los términos del presente literal."

Nótese, si bien el mismo negocio jurídico literal preveía la posible necesidad de contratar actividades adicionales, estas DEBÍAN estar relacionadas con el sector entregado al concesionario.

Empero, sin mayor análisis, en el concepto suscrito por la Gerente de Gestión Contractual 2 ALEXANDRA LOZANO VERGARA, el 21 de enero de 2013 arriba citado, se concluyó, de manera irresponsable, que la adición que le ofreció LUIS FERNANDO ANDRADE MORENO al Concesionario Ruta del Sol 2 (recuérdese que fue el investigado de quien provino el interés inicial – Ver su oficio No. 2012-305-08705-1 del 13 de julio de 2012), era viable, conforme lo siguiente:

"(...)

Siguiendo las reglas del Contrato de Concesión No. 001 de 2010 y los preceptos y argumentos contenidos en la Sentencia C-300, se concluye que es procedente la adición del Contrato de Concesión, proyecto vial Ruta del Sol Sector 2, para que el Concesionario ejecute obras de rehabilitación y mejoramiento y posterior operación y mantenimiento del trayecto Ocaña – Aguas Claras – Gamarra – Puerto Capulco, siempre que técnicamente se trate de obras directamente relacionadas con el objeto concesionado, en este caso el "Sector" esto es el trayecto comprendido entre Puerto Salgar y San Roque cuyas especificaciones de identificación y referencias se detallan en el Apéndice Técnica del Contrato de Concesión."

Esta justificación fue incorporada en el estudio previo que justificó este otrosí No. 3, suscrito por CAMILO MENDOZA ROZO y ALEXANDRA LOZANO VERGARA; así mismo, el documento del otrosí No. 3 del 15 de julio del 2013, suscrito por LUIS FERNANDO ANDRADE MORENO, Presidente de la Agencia Nacional de Infraestructura para la época de los hechos.

Entonces, conforme a lo expuesto, con grado de certeza, el alcance del objeto de este otrosí, **no tiene perfecta relación de exégesis** con el objeto del contrato primigenio, requisito que, conforme a la jurisprudencia del Consejo de Estado, ni de la Corte Constitucional, por lo que no era jurídicamente posible adicionar el contrato de Concesión No. 001 del 2010 a través de los otrosíes No. 3 y 6, en la medida que se trataba de corredores viales, sectores y tramos diferentes, que, no dependían del

correspondiente a Puerto Salgar – San Roque; esto, unido a que al no tratarse de obras adicionales al alcance del contrato primigenio¹⁴⁸, estos estudios debieron haberse contratado a través del mecanismo de selección correspondiente al concurso de méritos, lo cual no se verificó, por tanto esta adición contractual era irregular.

Sobre este punto es pertinente traer a colación lo expresado párrafos arriba, en cuanto a las precisiones que desarrolló la Corte Constitucional y el Consejo de Estado; empero, por economía procesal y por cuanto el tema fue desarrollado con suficiencia, nos remitimos y se remite a los sujetos procesales, a las consideraciones hechas en el numeral relacionados con el análisis de la tipicidad de las normas presuntamente vulneradas en el primer cargo por LUIS FERNANDO ANDRADE MORENO.

En tal sentido, como se indicó en dicho acápite, con toda claridad lo dijo el Consejo de Estado: si el objeto de un contrato de concesión es la construcción, mantenimiento y operación de un corredor vial entre los puntos A y B (Puerto Salgar – San Roque – Ruta del Sol 2), es claro que cualquier obra que esté por fuera de los límites espaciales de dicho corredor, como su extensión hasta un punto geográfico C (Ocaña – Gamarra – Aguacalara – Puerto Capulco), no podía pactarse ni ejecutarse como una adición al contrato de que se trate; pero tampoco podía adicionarse dicho contrato con la realización de obras o la prestación de servicios que, aun cuando se ejecuten dentro de los límites geográficos del corredor vial, ninguna relación tienen con la construcción, mantenimiento y operación de dicho corredor, como sería, entre otras, la construcción de acueductos, hospitales, escuelas, parques, viviendas, edificios públicos ajenos al mantenimiento y operación del corredor vial etc.

Por tanto, es dable concluir que LOZANO VERGARA hizo parte del engranaje jurídico que puso en funcionamiento el Presidente de la Agencia Nacional de Infraestructura, siendo que la Gerente investigada justificó JURÍDICAMENTE las adiciones previamente analizadas, con el fin de entregarle un tramo completamente diferente al concesionado a la Concesionada Ruta del Sol 2, que no tenía nada que ver con el corredor vial que iba de Puerto Salgar a San Roque (Ruta del Sol – Sector 2). La responsabilidad de darle viabilidad jurídica a esta adición fue de la investigada, contrario a cómo pretendió hacerlo ver su escrito de versión libre, dónde se le da una interpretación distinta a la que legalmente le corresponde a esta adición y las precisiones jurisprudenciales que han quedado debidamente señaladas.

Ahora bien, como se anotó al inicio de este capítulo en virtud de los principios de legalidad y tipicidad en el análisis de la configuración de la falta disciplinaria se debe proceder al análisis de la *infracción del deber*; para lo cual se encuentra acreditado que ALEXANDRA LOZANO VERGARA en su condición de Gerente de Gestión Contractual, tenía a cargo los siguientes **deberes, y funciones**:

¹⁴⁸ Conforme a la Sección 13.01, literal b) del contrato de concesión bajo análisis.
Expediente: IUS E - 2017 - 19229 / IUC D-2017-651-927370
Fallo de primera instancia sancionatorio.



Como quiera que el concepto a que se ha hecho alusión fue emitido el 21 de enero de 2013, respecto de esta actuación se encontraba vigente, la **Resolución No. 475 del 24 de agosto del 2012 – Manual Específico de Funciones y Competencias Laborales para los empleos de la ANI – GERENTE DE PROYECTOS – de la Vicepresidencia Jurídica – Asesoría Legal Gestión Contractual**, dentro de las cuales tenía a su cargo las siguientes funciones;

"FUNCIONES ESENCIALES

3. Supervisar en materia jurídica los contratos de interventoría, concesión y demás formas de asociación público privada de acuerdo con las normas vigentes en la materia y los contratos de interventoría respectiva.

4. Emitir concepto jurídico sobre las modificaciones propuestas a los contratos de interventoría, concesión y demás formas de asociación público privada, de acuerdo con las normas vigentes y las directrices institucionales.

(...)"

Respecto de las demás actuaciones desplegadas de su parte, se encontraba vigente la **Resolución No. 576 del 13 de junio del 2013 – Manual Específico de Funciones y Competencias Laborales para los empleos de la Agencia Nacional de Infraestructura – GERENTE DE PROYECTOS – de la Vicepresidencia Jurídica – Asesoría Legal Gestión Contractual**, en la cual se establecen las siguientes funciones;

"FUNCIONES ESENCIALES

3. Supervisar en materia jurídica los contratos de interventoría, concesión y demás formas de asociación público privada de acuerdo con las normas vigentes en la materia.

4. Emitir concepto jurídico sobre las modificaciones propuestas a los contratos de interventoría, concesión y demás formas de asociación público privada, de acuerdo con las normas vigentes y las directrices institucionales.

(...)"

De lo anterior queda demostrado que LOZANO VERGARA, tenía el deber por mandato reglamentario de emitir concepto jurídico sobre las modificaciones a los contratos de concesión de acuerdo con las normas vigentes, y como quiera que la interpretación que realizó en las diferentes actuaciones desconoció el alcance de la norma que facultaba las adiciones, su comportamiento se adecua a la falta gravísima que le ha sido endilgada.

De otra parte, respecto del numeral 1 del artículo 34 de la Ley 734 de 2002, que a su vez fue considerado por el funcionario instructor como norma infringida dado el desconocimiento de las normas que regulan la contratación estatal, por cuanto la misma consagra como deberes de los servidores públicos, el cumplir y hacer que se cumplan la Constitución, las leyes, los decretos, y desempeñar con diligencia, eficiencia e imparcialidad el servicio encomendado, se considera en esta instancia de juzgamiento que la conducta reprochada se adecua de manera única a la previsión

del numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, como quedo antes expuesto, en tanto el incumplimiento del deber se entiende subsumido en este comportamiento.

De manera que el comportamiento genera la apariencia de enmarcarse en varios tipos disciplinarios excluyentes, a pesar de que, en realidad, únicamente genera la configuración de uno de ellos, es lo que se conoce como concurso aparente de infracciones disciplinarias, eventos en los cuales no hay un verdadero concurso, razón por la que en garantía del principio del *non bis in idem*, se deberán excluir las infracciones disciplinarias que en realidad no se tipifican por medio de la aplicación de los principios de especialidad, subsidiaridad y consunción.

Hecha la anterior precisión se confirma la violación de las normas consideradas por el funcionario de instrucción, a su vez con fundamento en los argumentos expuestos quedan resueltos los argumentos de la defensa en torno a la tipicidad.

8.1.2.2 Cargo Segundo:

Se consideró que ALEXANDRA LOZANO VERGARA, Gerente de Proyectos Funcional Código G2, Grado 09 de la Planta del Despacho del Presidente, ubicado en la Vicepresidencia Jurídica, área de desempeño Asesoría Legal Gestión Contractual 2, puede ver comprometida su responsabilidad disciplinaria, al desconocer el principio de transparencia que comporta el deber de selección objetiva y el principio de responsabilidad de la contratación estatal, al haber firmado el estudio de conveniencia y oportunidad para la suscripción del Otrosí No. 6 del 13 de marzo del 2014, y colocar su visto bueno de revisión al Otrosí No. 6 del 14 de marzo del 2014 al contrato de concesión No. 001 de 2010, con lo cual habilitó su suscripción, toda vez que el objeto de este Otrosí no tenía relación con el objeto del contrato de concesión No. 001 de 2010; sin embargo, con sustento en su aval desde el punto de vista jurídico, el Presidente de la Agencia tuvo argumentos jurídicos para celebrarlo directamente con el concesionario, omitiendo adelantar el proceso de licitación pública.

Como ha quedado ampliamente expuesto, el Otrosí No. 6 tuvo por objeto adicionar el contrato de concesión No. 001 de 2010, para que el concesionario elabore los diseños, financie, obtenga las licencias ambientales y demás permisos, adquiera predios, rehabilite, construya, mejore, opere y mantenga el Tramo denominado "Transversal Rio de Oro — Aguacalara — Gamarra, conforme a las situaciones señaladas en el numeral **“7.5.3 Adición al contrato de concesión No. 001 de 2010 a través del Otrosí No. 6”**.

Se indicó que, en virtud del **principio de transparencia**, la escogencia del contratista se debe efectuar por regla general a través del procedimiento establecido para la licitación pública, salvo las excepciones que cita el numeral 1° del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007, y dado que el objeto del Otrosí No. 6 no tiene perfecta relación de exégesis con el objeto del contrato primigenio, requisito indispensable para poder adicionar el nuevo tramo al contrato principal, en la medida que se trataba de corredores viales, sectores y tramos diferentes, que no dependían del correspondiente a Puerto Salgar — San Roque, y no tratándose de obras adicionales,

el objeto pactado a través del Otrosí 6 debió haberse realizado a través de licitación pública.

Se consideró infringido además el **deber de selección objetiva** contenido en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 por cuanto al no ser viable jurídicamente celebrarlo de manera directa, utilizando la figura de la adición, su adjudicación no fue objetiva, deber que le obligaba a esgrimir los argumentos jurídicos, para que se escogiera el ofrecimiento más favorable para la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva, a través de unas reglas claras, que permitieran la libre concurrencia de oferentes.

Así mismo se consideró que pudo transgredir el **principio de responsabilidad**, conforme lo previsto en los numerales 1, 2 y 4 del artículo 26 de la Ley 80 de 1993, de suerte que estas normas establecen que los servidores públicos están obligados a buscar el cumplimiento de los fines de la contratación estatal, e igualmente que responden por sus actuaciones y omisiones ya que, deben estar presididas por las reglas sobre administración de bienes ajenos y por los mandatos y postulados que gobiernan una conducta ajustada a la ética y a la justicia, y en ese sentido la disciplinada en el marco de sus responsabilidades debía emitir las directrices jurídicas en procura de los fines de la contratación, de manera específica orientar el procedimiento conforme a las modalidades previstas en el estatuto contractual.

Se soporta el reproche, en la medida que el objeto del *Otrosí* no tiene perfecta relación de exégesis con el objeto del contrato primigenio, requisito indispensable para adicionar a este la ejecución del nuevo tramo, en la medida que se trataba de corredores viales y sectores, que no dependían del correspondiente a Puerto Salgar – San Roque; esto, unido a que no se trataba de obras adicionales.

La falta imputada se encuentra descrita como falta gravísima, contenida en el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002;

"Participar en la etapa precontractual o en la actividad contractual (...) con desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal (...) contemplados en (...) la Ley.

De lo antes señalado, se determina que al momento de tipificar la falta se señalaron las reglas legales que desarrollaban y daban alcance en concreto a cada uno de estos principios de la contratación estatal, como consta en el análisis en el acápite de normas violadas y concepto de la violación.

En el caso del principio de transparencia se consideraron las siguientes normas; artículo 2 y artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, este último del deber de selección objetiva, y para el caso del principio de responsabilidad, lo dispuesto en los numerales 1, 2 y 4 del artículo 26 de la Ley 80 de 1993, al desconocerse el artículo 28 de la Ley 1150 de 2007 aplicable al contrato de concesión No. 001 de 2010, en atención a las funciones asignadas como Gerente de Proyectos de la Vicepresidencia jurídica – Asesoría Legal Gestión Contractual de la ANI, conforme a lo previsto en la Resolución No. 576 de 13 de junio de 2013. – Manual Específico de Funciones y Competencias



Laborales para los empleados de la ANI - Gerente de proyectos de la Vicepresidencia Jurídica – Asesoría Legal Gestión Contractual.

Acreditación de los elementos típicos de la conducta endilgada en el pliego de cargos:

Como quedo señalado en las consideraciones generales frente a la tipicidad, corresponde entrar a determinar la acreditación de los elementos típicos de la conducta endilgada al tenor de lo establecido en el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, así:

1. Participar en la etapa precontractual o en la actividad contractual
 2. Con desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal
- **Participar en la etapa precontractual o en la actividad contractual**

Respecto al primero de los elementos de la tipicidad de la falta, se determinó que la investigada desplegó las siguientes actuaciones;

- Firmó el Estudio de Conveniencia y Oportunidad para la Suscripción del Otrosí No. 6 del 13 de marzo del 2014
- Colocó su visto bueno de revisión al Otrosí No. 6 del 14 de marzo del 2014 al contrato de concesión No. 001 de 2010;

Situación que se encuentra claramente demostrada a través de los respectivos documentos, donde consta su firma, y cuyo contenido ha quedado expuesto previamente, por lo cual se advierte que a través de estas actuaciones participó en la etapa precontractual, en relación con el trámite de adición al contrato de concesión No. 001 de 2010, que se concretó con la suscripción del Otrosí No. 06.

- **Desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal (transparencia y responsabilidad y el deber de selección objetiva).**

Frente al segundo de los elementos de la tipicidad, se determina que con su actuar desconoció los principios de transparencia y responsabilidad, a partir de sus diferentes actuaciones, que dieron el aval desde el punto de vista jurídico para adicionar al contrato de concesión la ejecución de un nuevo tramo, obviando la selección a través de licitación pública.

Se confirma en esta instancia la violación de los enunciados principios, conforme a las consideraciones realizadas por el funcionario de instrucción, de suerte que se desconoció que en virtud del *principio de transparencia* ha previsto el legislador para la escogencia del contratista diversas modalidades, que, para el caso conforme al objeto, correspondía a través de un proceso de licitación pública, desconociendo con ello el *deber de selección objetiva*, y que en virtud del *principio de responsabilidad* de acuerdo a las funciones que le competían en relación con la contratación estatal,

referentes a emitir desde el punto de vista jurídico el concepto sobre las modificaciones a los contratos de concesión, estaba llamada a procurar por el cumplimiento de los fines de la contratación, en tal sentido era su deber garantizar desde la revisión y aprobación jurídica que se aplicaran los respectivos procedimientos de selección previstos en el estatuto contractual, que le señalaban en este caso se debía adelantar una licitación pública.

Dicho desconocimiento se encuentra acreditado, conforme quedo expuesto en el respectivo análisis probatorio, contenido en el numeral ***“7.5.6 Las obras adicionadas a través de los Otrosíes 3 y 6 no estaban directamente relacionadas con el objeto concesionado, y no se referían al mismo corredor vial”***, del cual se determina que el tramo Ocaña – Gamarra adicionado al objeto del contrato de concesión inicial esto es el tramo comprendido entre Puerto Salgar y San Roque, no cumplía con los requisitos dispuestos en el artículo 28 de la Ley 1150 de 2007, al tenor de la exequibilidad condicionada en la Sentencia C – 300 de 2012, de ahí entonces que la Procuraduría ha cumplido con la carga de demostrar los hechos sobre los cuales se hizo la imputación.

Referente al **principio de transparencia** se encuentra acreditada la transgresión de las normas endilgadas en el pliego de cargos y en la forma como le fue explicado en el concepto de violación al haber firmado el Estudio de Conveniencia y Oportunidad para la Suscripción del Otrosí No. 6 del 13 de marzo del 2014, y haber estampó su visto bueno de revisión al Otrosí No. 6 del 14 de marzo del 2014 al contrato de concesión No. 001 de 2010, toda vez que en este caso tampoco se deba la causal exceptiva para suscribir de manera directa estos contratos con la Concesionaria Ruta del Sol 2; veamos:

Es claro que la licitación pública es el procedimiento de selección principal y aplicable en todos los casos de escogencia de contratistas el Estado, a excepción de los casos expresamente dispuestos por la ley; a través de este procedimiento, públicamente las entidades realizan invitación a todas las personas que puedan y tengan interés en ejecutar un contrato, para que en igualdad de condiciones, objetivas y verificables, se presenten varias ofertas entre las cuales se escogerá la más favorable al interés público.

El aspecto central que justificó la suscripción del otrosí No. 6 al cual nos hemos venido refiriendo tiene que ver con que para la Agencia Nacional de Infraestructura y en ese caso para quien con su firma comprometió la voluntad de dicha entidad estatal, con las adiciones se estaba afectando el mismo corredor vial, en el sentido de: *“(...) proyección, ejecución, conservación, reposición, reparación de: (a) obras complementarias necesarias para que la obra principal cumpla su finalidad y sea debidamente aprovechada, (b) obras necesarias para adaptar y modernizar la obra principal a nuevas exigencias técnicas y funcionales; y (c) obras para la reparación y reposición de las obra principal, cuando sea necesario.”*

Ahora, como el mismo objeto del contrato de concesión No. 01 del 2010 lo señala, su objeto era el otorgamiento de una concesión para que de conformidad con lo previsto en el numeral 4 del artículo 32 de la ley 80 de 1993, el concesionario, por su cuenta y riesgo elabore los diseños, financie, obtenga las licencias ambientales y demás permisos, adquiera los predios, rehabilite, construya, mejore, opere y mantenga el

Expediente: IUS E - 2017 - 19229 / IUC D-2017-651-927370
Fallo de primera instancia sancionatorio.

163

Sector. ¿Cuál sector? Pues el comprendido entre **Puerto Salgar y San Roque**, cuyas especificaciones de identificación y referencia se detallan en el apéndice técnico y sobre el cual se llevarán a cabo las obligaciones de resultado a cargo del concesionario.

Y, más adelante también dice el contrato:

"Literal b de la Sección 13.01: Sin embargo, si durante la ejecución del presente contrato fuese necesario realizar actividades adicionales a las previstas en el alcance inicial del presente contrato relacionadas con el sector, el concesionario deberá (i) contratar la elaboración de los Estudios y Diseños de las actividades adicionales. El costo de estos diseños deberá ser previamente acordado con el INCO y será asumido por el Concesionario y reconocido por el INCO en los términos del presente literal."

Nótese, si bien el mismo negocio jurídico literal preveía la posible necesidad de contratar actividades adicionales, estas DEBÍAN estar relacionadas con el sector entregado al concesionario.

Empero, sin mayor análisis, en el concepto suscrito por la Gerente de Gestión Contractual 2 ALEXANDRA LOZANO VERGARA, el 21 de enero de 2013 arriba citado, se concluyó, de manera irresponsable, que la adición que le ofreció LUIS FERNANDO ANDRADE MORENO al Concesionario Ruta del Sol 2 (recuérdese que fue el investigado de quien provino el interés inicial – Ver su oficio No. 2012-305-08705-1 del 13 de julio de 2012), era viable, conforme lo siguiente:

"(...)

Siguiendo las reglas del Contrato de Concesión No. 001 de 2010 y los preceptos y argumentos contenidos en la Sentencia C-300, se concluye que es procedente la adición del Contrato de Concesión, proyecto vial Ruta del Sol Sector 2, para que el Concesionario ejecute obras de rehabilitación y mejoramiento y posterior operación y mantenimiento del trayecto Ocaña – Aguas Claras – Gamarra – Puerto Capulco, siempre que técnicamente se trate de obras directamente relacionadas con el objeto concesionado, en este caso el "Sector" esto es el trayecto comprendido entre Puerto Salgar y San Roque cuyas especificaciones de identificación y referencias se detallan en el Apéndice Técnica del Contrato de Concesión."

Esta justificación fue incorporada en el estudio previo que justificó este otrosí No. 3, suscrito por CAMILO MENDOZA ROZO y ALEXANDRA LOZANO VERGARA; así mismo, el documento del otrosí No. 3 del 15 de julio del 2013, suscrito por LUIS FERNANDO ANDRADE MORENO, Presidente de la Agencia Nacional de Infraestructura para la época de los hechos.

Igual situación sucedió con las justificaciones previas a la suscripción del otrosí No. 6, (y en el mismo otrosí No. 6 del 14 de marzo de 2014) (ambos documentos suscritos y con el visto bueno de revisión desde el punto de vista jurídico por parte de ANDRÉS FIGUEREDO SERPA y ALEXANDRA LOZANO VERGARA), en cuyo estudio de conveniencia se indicó que el Sector Ruta del Sol 2 comprende, entre otros, el Tramo San Alberto – Aguachica, correspondiente a la Ruta Nacional 4514, que incluye en su trayecto **LA INTERSECCIÓN A DESNIVEL EN EL SITIO DENOMINADO AGUACLARA**, a partir de la cual se desprende de un lado la Ruta Nacional 70 que

conduce al municipio de Ocaña en el departamento de Norte de Santander y del otro la vía que conecta con el municipio de Gamarra – César – y de allí a Puerto Capulco a orillas del Río Magdalena.

Nótese el Sector 2 de la Ruta del Sol y la ruta que se adicionó SOLAMENTE se “tocan” en una INTERSECCIÓN A DESNIVEL en Aguaclara.

Entonces, conforme a lo expuesto con grado de certeza es perfectamente procedente concluir que el alcance del objeto de estos *otrosíes*, **no tiene perfecta relación de exégesis** con el objeto del contrato primigenio, requisito que, conforme a la jurisprudencia del Consejo de Estado, ni de la Corte Constitucional, por lo que no era jurídicamente posible adicionar el contrato de Concesión No. 001 del 2010 a través de los *otrosíes* No. 3 y 6, en la medida que se trataba de corredores viales, sectores y tramos diferentes, que, no dependían del correspondiente a Puerto Salgar – San Roque; esto, unido a que al no tratarse de obras adicionales al alcance del contrato primigenio¹⁴⁹, estos estudios debieron haberse contratado a través del mecanismo de selección correspondiente, lo cual no se verificó.

Sobre este punto es pertinente traer a colación lo expresado párrafos arriba, en cuanto a las precisiones que desarrolló la Corte Constitucional y el Consejo de Estado; empero, por economía procesal y por cuanto el tema fue desarrollado con suficiencia, nos remitimos y se remite a los sujetos procesales, a las consideraciones hechas en el numeral relacionado con el análisis de tipicidad en el primer cargo para LUIS FERNANDO ANDRADE MORENO.

En tal sentido, como se indicó en dicho acápite, con toda claridad lo dijo el Consejo de Estado: si el objeto de un contrato de concesión es la construcción, mantenimiento y operación de un corredor vial entre los puntos A y B (Puerto Salgar – San Roque – Ruta del Sol 2), es claro que cualquier obra que esté por fuera de los límites espaciales de dicho corredor, como su extensión hasta un punto geográfico C (Ocaña – Gamarra – Aguaclara – Puerto Capulco), no podía pactarse ni ejecutarse como una adición al contrato de que se trate; pero tampoco podía adicionarse dicho contrato con la realización de obras o la prestación de servicios que, aun cuando se ejecuten dentro de los límites geográficos del corredor vial, ninguna relación tienen con la construcción, mantenimiento y operación de dicho corredor, como sería, entre otras, la construcción de acueductos, hospitales, escuelas, parques, viviendas, edificios públicos ajenos al mantenimiento y operación del corredor vial etc.

Por tanto, es dable concluir que LOZANO VERGARA hizo parte del engranaje jurídico que puso en funcionamiento el Presidente de la Agencia Nacional de Infraestructura, siendo que la Gerente investigada justificó JURÍDICAMENTE las adiciones previamente analizadas, con el fin de entregarle un tramo completamente diferente al concesionado a la Concesionada Ruta del Sol 2, que no tenía nada que ver con el corredor vial que iba de Puerto Salgar a San Roque (Ruta del Sol – Sector 2).

¹⁴⁹ Conforme a la Sección 13.01, literal b) del contrato de concesión bajo análisis.
Expediente: IUS E - 2017 - 19229 / IUC D-2017-651-927370
Fallo de primera instancia sancionatorio.

Ahora bien, en cuanto a la vulneración del deber de selección objetiva, es dable concluir que del material probatorio analizado y de conformidad con la normatividad vigente, no era viable jurídicamente que la Agencia Nacional de Infraestructura entregara de manera directa (utilizando la figura de las adiciones al contrato de concesión), la Ruta que iba desde Ocaña – Gamarra – Aguacalara – Puerto Capulco a la Concesionaria Ruta del Sol 2, toda vez que su adjudicación no fue objetiva.

Por tanto, ALEXANDRA LOZANO VERGARA desconoció el deber de selección objetiva que tenía, con lo cual debió haber conceptuado que era necesario haber sometido esta contratación a un proceso selectivo de licitación pública (en el caso del otrosí 6) que hubiera observado este deber, escogiendo el ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva, a través de unas reglas claras, equilibradas y que honraran la libre concurrencia de oferentes, donde se escogiera al contratista con base en el cumplimiento de requisitos y condiciones equilibradas que se hubiesen incorporado en un pliego de condiciones.

Y en lo atinente al principio de responsabilidad consagrado en el artículo 26 de la Ley 80 de 1993, este fue desconocido en la medida en que la investigada, en su condición de Gerente de Proyectos Funcional Código G2, Grado 09 de la Planta del Despacho del Presidente, ubicado en la Vicepresidencia Jurídica, área de desempeño Asesoría Legal Gestión Contractual 2 de la ANI para la época de los hechos, no procuró los fines de la contratación al haberle dado el aval desde el punto de vista jurídico (en los términos que se ha expuesto y en las condiciones previamente analizadas) al otrosí que hemos venido analizado en este cargo, justificando no haber acudido a un proceso de selección objetiva del contratista, por las razones que ya han quedado consignadas.

Ahora bien, como se expuso al momento de dar inicio a este acápite, en virtud de los principios de legalidad y tipicidad en el análisis de la configuración de la falta disciplinaria se debe proceder al análisis de la *infracción del deber*; para lo cual se encuentra acreditado que ALEXANDRA LOZANO VERGARA en su condición de Gerente de Gestión Contractual, tenía a cargo los siguientes deberes, funciones y obligaciones, previstas en la **Resolución No. 576 del 13 de junio del 2013 – Manual Específico de Funciones y Competencias Laborales para los empleos de la Agencia Nacional de Infraestructura – GERENTE DE PROYECTOS – de la Vicepresidencia Jurídica – Asesoría Legal Gestión Contractual**, vigente para las actuaciones que desplegó con ocasión de este Otrosí.

"FUNCIONES ESENCIALES

8. Supervisar en materia jurídica los contratos de interventoría, concesión y demás formas de asociación público privada de acuerdo con las normas vigentes en la materia.

9. Emitir concepto jurídico sobre las modificaciones propuestas a los contratos de interventoría, concesión y demás formas de asociación público privada, de acuerdo con las normas vigentes y las directrices institucionales.

(...)"



De lo expuesto queda demostrado que LOZANO VERGARA, tenía el deber por mandato reglamentario de emitir concepto jurídico sobre las modificaciones a los contratos de concesión de acuerdo con las normas vigentes, y como quiera que la interpretación que realizó en las diferentes actuaciones desconoció el alcance de la norma que se refería a las adiciones a los contratos de concesión, su comportamiento se adecua a la falta gravísima que le ha sido endilgada.

Respecto del numeral 1 del artículo 34 de la Ley 734 de 2002, que a su vez fue considerada por el funcionario instructor como norma infringida dado el desconocimiento de las normas que regulan la contratación estatal, por cuanto la misma consagra como deberes de los servidores públicos, el cumplir y hacer que se cumplan la Constitución, las leyes, los decretos, y desempeñar con diligencia, eficiencia e imparcialidad el servicio encomendado, se considera en esta instancia de juzgamiento que la conducta reprochada se adecua de manera única a la previsión del numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, como quedo antes expuesto, en tanto el incumplimiento del deber se entiende subsumido en este comportamiento.

En este caso, el comportamiento genera la apariencia de enmarcarse en varios tipos disciplinarios excluyentes, a pesar de que, en realidad, únicamente genera la configuración de uno de ellos, es lo que se conoce como concurso aparente de infracciones disciplinarias, eventos en los cuales no hay un verdadero concurso, razón por la que en garantía del principio del non bis in ídem, se deberán excluir las infracciones disciplinarias que en realidad no se tipifican por medio de la aplicación de los principios de especialidad, subsidiaridad y consunción.

8.1.2.3 Respuesta a los argumentos de defensa referentes al análisis de la tipicidad frente a los cargos primero y segundo

Con fundamento en las anteriores consideraciones se confirma la violación de las normas consideradas por el funcionario de instrucción, y se desvirtúan a su vez las consideraciones de la defensa, teniendo en cuenta que la disciplinada incurrió en la violación de las normas que le han sido reprochadas al descartarse la justificación de su actuar en el sentido que el tramo adicionado no hacía parte del sector 2 de la Ruta del sol y por ende debía llevarse a cabo un nuevo proceso de selección pública.

Para la defensa el funcionario de instrucción ha confundido las causales de contratación directa con las modificaciones contractuales al afirmarse que se omitió adelantar los respectivos procesos de selección pública; pues bien al respecto a quedado establecido conforme al objeto de la adición y su relación frente al objeto inicial que no se trataba de una modificación, sino de un objeto nuevo al que por ende correspondía un nuevo proceso de selección, de ahí que le ha sido reprochado que se hubiera realizado de manera directa la adición evadiendo los procedimientos de selección objetiva, y es claro que la aplicación del artículo 28 de la Ley 1150 de 2007 consagraba de manera específica los requisitos para la adición al contrato de concesión que en el caso no se acreditaban, por lo cual resulta errado considerar que se inaplicó el contenido de esta disposición.

Contrario a lo señalado por la defensa ha quedado demostrada en esta instancia la transgresión de los principios de la contratación estatal antes referidos, con fundamento en las normas que han sido consideradas.

8.1.3 Para el Disciplinado CAMILO MENDOZA ROZO

8.1.3.1 Cargo único:

Se consideró que CAMILO MENDOZA ROZO en su condición de Vicepresidente de Gestión Contractual de la ANI pudo haber incurrido en la falta disciplinaria prevista en el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, al desconocer el principio de transparencia que comporta el deber de selección objetiva y el principio de responsabilidad de la contratación estatal, al haber certificado el 22 de noviembre del 2013 que la modificación contractual del Otrosí No. 3 del proyecto Ruta del Sol – Sector 2, se había adelantado con la debida diligencia, ajustadas todas sus actuaciones al marco legal aplicable; al haber firmado el estudio de conveniencia y oportunidad para la suscripción del Otrosí No. 3 del 11 de julio del 2013 y al haber estampado su visto bueno de revisión jurídica al Otrosí No. 3 del 15 de julio del 2013 al contrato de concesión No. 001 de 2010, pese a que el objeto de este Otrosí no tenía relación con el objeto del contrato de concesión No. 001 de 2010; sin embargo, con sustento en su aval el Presidente de la Agencia tuvo argumentos jurídicos para celebrarlo directamente con el concesionario, omitiendo adelantar el proceso selectivo de concurso de méritos.

Como ha quedado señalado a lo largo de la providencia, el Otrosí No. 03, tuvo por objeto adicionar el contrato de concesión No. 001 de 2010 para que el concesionario elaborará los Estudios y Diseños Fase III del Tramo Aguacalara – Gamarra – Puerto Capulco, así como la estructuración jurídica, técnica y financiera del Proyecto, conforme a las situaciones señaladas en el numeral ***“7.5.2 Adición al contrato de concesión No. 001 de 2010 a través del Otrosí No. 3”***.

Se indicó que en virtud del **principio de transparencia**, la escogencia del contratista se debe efectuar por regla general a través del procedimiento establecido para la licitación pública, salvo las excepciones que cita el numeral 1° del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007, dentro de estas el concurso de méritos, proceso de selección a partir del cual se busca escoger al contratista que pueda desarrollar actividades propias de una consultoría, tales como la elaboración de estudios para la ejecución de proyectos de inversión, entre otros, y como quiera que para el caso con su actuar permitió la aplicación indebida de las normas de contratación directa que dieron lugar a que se adicionara el contrato, sin adelantar el respectivo proceso de selección, se consideró transgredido este principio.

Para la fecha de los hechos esta modalidad se encontraba prevista en el Decreto 734 de 2012, en el artículo 3.1.1. que señalaba las modalidades de selección y el artículo 3.3.1.1. que aludía a la procedencia del concurso de méritos.

Se citó a su vez el deber de selección objetiva contenido en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 por cuanto al no ser viable jurídicamente celebrarlo de manera directa, utilizando la figura de la adición, su adjudicación no fue objetiva, deber que en su caso le obligaba en el marco de sus funciones a conceptuar que era necesario adelantar el respectivo proceso de selección pública en aras de escoger el ofrecimiento más favorable para la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva, a través de unas reglas claras, que permitieran la libre concurrencia de oferentes.

De igual forma se consideró que pudo transgredir el **principio de responsabilidad**, conforme lo previsto en los numerales 1, 2 y 4 del artículo 26 de la Ley 80 de 1993, toda vez que estas normas establecen que los servidores públicos están obligados a buscar el cumplimiento de los fines de la contratación estatal, e igualmente que responden por sus actuaciones y omisiones ya que, deben estar presididas por las reglas sobre administración de bienes ajenos y por los mandatos y postulados que gobiernan una conducta ajustada a la ética y a la justicia, mandatos que se consideraron desconocidos por el investigado en la medida que inaplicó indebidamente las normas de la contratación directa, al dar viabilidad a la adición al contrato de concesión, evadiendo el respectivo concurso de méritos.

Se soporta el reproche, en la medida que el objeto del *Otrosí*, no tiene perfecta relación de exégesis con el objeto del contrato primigenio, requisito indispensable para adicionar a este la realización de los estudios del nuevo tramo, en la medida que se trataba de corredores viales, sectores y tramos diferentes, que no dependían del correspondiente a Puerto Salgar – San Roque; esto, unido a que no se trataba de obras adicionales, y en tal sentido los estudios previos debieron haberse contratado a través del respectivo mecanismo de selección.

La falta imputada se encuentra descrita como falta gravísima, contenida en el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002;

"Participar en la etapa precontractual o en la actividad contractual (...) con desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal (...) contemplados en (...) la Ley.

De lo antes señalado, se determina que al momento de tipificar la falta se señalaron las reglas legales que desarrollaban y daban alcance en concreto a cada uno de estos principios de la contratación estatal, como consta en el análisis en el acápite de normas violadas y concepto de la violación.

Así para el caso del *principio de transparencia* se consideraron las siguientes normas; artículo 2 y 5 de la Ley 1150 de 2007, este último del deber de selección objetiva, y artículos 3.1.1 y 3.3.1.1 del Decreto 734 de 2002, vigente para cuando se suscribió el *Otrosí* No. 03, y para el caso del *principio de responsabilidad*, lo dispuesto en los numerales 1, 2 y 4 del artículo 26 de la Ley 80 de 1993, al desconocerse el artículo 28 de la Ley 1150 de 2007 aplicable al contrato de concesión No. 001 de 2010, en atención a las funciones asignadas como Vicepresidente de Gestión Contractual de la ANI, conforme a lo previsto en la Resolución No. 576 de 13 de junio de 2013. –

Manual Específico de Funciones y Competencias Laborales para los empleados de la ANI.

Acreditación de los elementos típicos de la conducta endilgada en el pliego de cargos:

Como quedo señalado en las consideraciones generales frente a la tipicidad, corresponde entrar a determinar la acreditación de los elementos típicos de la conducta endilgada al tenor de lo establecido en el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, así:

1. Participar en la etapa precontractual o en la actividad contractual
 2. Con desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal
- **Participar en la etapa precontractual o en la actividad contractual**

Respecto al primero de los elementos de la tipicidad de la falta, se determinó que el disciplinado desplegó las siguientes actuaciones;

- Firmó el Estudio de Conveniencia y Oportunidad para la suscripción del Otrosí No. 3 del 11 de julio del 2013.

- Certificó el 22 de noviembre del 2013 que la modificación contractual del Otrosí No. 3 del proyecto Ruta del Sol – Sector 2, se había adelantado con la debida diligencia, ajustadas todas sus actuaciones al marco legal aplicable;

Situación que se encuentra claramente demostrada a través de los respectivos documentos, donde consta su firma, y cuyo contenido ha quedado expuesto previamente, por lo cual se advierte que a través de estas actuaciones participó en la etapa precontractual, en relación con el trámite de adición al contrato de concesión No. 001 de 2010, que dio lugar a la suscripción del Otrosí No. 03, y en cuanto a la certificación que expidió con posterioridad al Otrosí su participación se dio en la actividad contractual.

Se precisa en esta instancia que no obra prueba que determine que el disciplinado, hubiera dado su visto bueno de revisión jurídica al Otrosí No. 03, como se indicó en el pliego de cargos, como quiera que en el cuerpo del documento no obra constancia en tal sentido; no obstante, su participación está demostrada en las actuaciones antes referidas.

- **Desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal (transparencia, responsabilidad y deber de selección objetiva).**

Frente al segundo de los elementos de la tipicidad, se determina que desconoció los principios de transparencia y responsabilidad, a partir de sus diferentes actuaciones, en particular a través de la suscripción del Estudio de Conveniencia y Oportunidad que soportó el Otrosí No. 03 en el cual se plasmaron los fundamentos técnicos,



legales y jurídicos que soportaron la adición, y que en tal medida sirvió de sustento para la suscripción del Otrosí.

Se confirma en esta instancia la violación de los enunciados principios, conforme a las consideraciones realizadas por el funcionario de instrucción, de suerte que se desconoció que en virtud del *principio de transparencia* ha previsto el legislador para la escogencia del contratista diversas modalidades, que, para el caso conforme al objeto, correspondía a través de un concurso de méritos, y en ese sentido se debió orientar el estudio de conveniencia y oportunidad, por el contrario se justificó la adición directa evadiendo el respectivo proceso de selección, desconociendo con ello *el deber de selección objetiva*, y en virtud del *principio de responsabilidad* en su condición de Vicepresidente de Gestión Contractual de la ANI para la época de los hechos, no procuró los fines de la contratación estatal al haber estructurado los estudios de conveniencia con base en dichas justificaciones que no se atenían a las condiciones de procedibilidad dispuestas en la norma.

Dicho desconocimiento se encuentra acreditado, conforme quedo expuesto en el respectivo análisis probatorio, contenido en el numeral ***“7.5.6 Las obras adicionadas a través de los Otrosíes 3 y 6 no estaban directamente relacionadas con el objeto concesionado, y no se referían al mismo corredor vial”***, del cual se determina que el tramo Ocaña – Gamarra adicionado al objeto del contrato de concesión inicial esto es el tramo comprendido entre Puerto Salgar y San Roque, no cumplía con los requisitos dispuestos en el artículo 28 de la Ley 1150 de 2007, al tenor de la exequibilidad condicionada en la Sentencia C – 300 de 2012, de ahí entonces que la Procuraduría ha cumplido con la carga de demostrar los hechos sobre los cuales se hizo la imputación.

En efecto, como lo indicó el despacho de instrucción, en grado de probabilidad en su momento, y actualmente ratificado por parte de esta instancia de juzgamiento a través de este fallo y en grado de certeza, se desconocieron las normas que rigen el **principio de transparencia** de la contratación estatal, citada en el pliego de cargos, teniendo en consideración que este principio señala que la escogencia del contratista se debe efectuar por regla general a través del procedimiento establecido para la licitación pública, salvo las excepciones que cita el numeral 1° del artículo 2° de la ley 1150 de 2007 (como en el caso del concurso de méritos, situación que fue desconocida por parte Vicepresidente de Gestión Contractual de la Agencia Nacional de Infraestructura aquí investigado, al certificar el 22 de noviembre del 2013 que la modificación contractual del otrosí No. 3 del proyecto Ruta del Sol – Sector 2, se había adelantado con la debida diligencia, ajustadas todas sus actuaciones al marco legal aplicable; haber firmado el Estudio de Conveniencia y Oportunidad para la suscripción del otrosí No. 3 del 11 de julio del 2013 y haber estampado su visto bueno de revisión al Otrosí No. 3 del 15 de julio del 2013 al contrato de concesión No. 001 de 2010, toda vez que el objeto de éste otrosí no tenía relación con el objeto del contrato de concesión No. 001 de 2010 y por tanto, no debió celebrarse con el concesionario, sino que se debió adelantar el proceso selección concurso de méritos; veamos:

Es claro que la licitación pública es el procedimiento de selección principal y aplicable en todos los casos de escogencia de contratistas el Estado, a excepción de los casos expresamente dispuestos por la ley; a través de este procedimiento, públicamente las entidades realizan invitación a todas las personas que puedan y tengan interés en ejecutar un contrato, para que en igualdad de condiciones, objetivas y verificables, se presenten varias ofertas entre las cuales se escogerá la más favorable al interés público.

Ahora bien, en el concurso de méritos se pretende escoger al contratista que pueda desarrollar actividades propias de una consultoría, tales como la elaboración de estudios para la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, estudios de prefactibilidad o factibilidad, asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión, interventorías, asesoría o gerencia de obras o proyectos, dirección, programación y ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos.

El aspecto central que justificó tanto la suscripción del otrosí No. 3 (que es el que le aplica a CAMILO MENDOZA ROZO), como el No. 6 al cual nos hemos venido refiriendo tiene que ver con que para la Agencia Nacional de Infraestructura y en ese caso para quien con su firma comprometió la voluntad de dicha entidad estatal, con las adiciones se estaba afectando el mismo corredor vial, en el sentido de: "(...) *proyección, ejecución, conservación, reposición, reparación de: (a) obras complementarias necesarias para que la obra principal cumpla su finalidad y sea debidamente aprovechada, (b) obras necesarias para adaptar y modernizar la obra principal a nuevas exigencias técnicas y funcionales; y (c) obras para la reparación y reposición de las obra principal, cuando sea necesario.*"

Ahora, como el mismo objeto del contrato de concesión No. 01 del 2010 lo señala, su objeto era el otorgamiento de una concesión para que de conformidad con lo previsto en el numeral 4 del artículo 32 de la ley 80 de 1993, el concesionario, por su cuenta y riesgo elabore los diseños, financie, obtenga las licencias ambientales y demás permisos, adquiera los predios, rehabilite, construya, mejore, opere y mantenga el Sector. ¿Cuál sector? Pues el comprendido entre Puerto Salgar y San Roque, cuyas especificaciones de identificación y referencia se detallan en el apéndice técnico y sobre el cual se llevarán a cabo las obligaciones de resultado a cargo del concesionario.

Y, más adelante también dice el contrato:

"Literal b de la Sección 13.01: Sin embargo, si durante la ejecución del presente contrato fuese necesario realizar actividades adicionales a las previstas en el alcance inicial del presente contrato relacionadas con el sector, el concesionario deberá (i) contratar la elaboración de los Estudios y Diseños de las actividades adicionales. El costo de estos diseños deberá ser previamente acordado con el INCO y será asumido por el Concesionario y reconocido por el INCO en los términos del presente literal."

Nótese, si bien el mismo negocio jurídico literal preveía la posible necesidad de contratar actividades adicionales, estas DEBÍAN estar relacionadas con el sector entregado al concesionario.

Empero, sin mayor análisis, en el concepto suscrito por la Gerente de Gestión Contractual 2 ALEXANDRA LOZANO VERGARA, el 21 de enero de 2013 arriba

Expediente: IUS E - 2017 - 19229 / IUC D-2017-651-927370
Fallo de primera instancia sancionatorio.

172

citado, se concluyó, de manera irresponsable, que la adición que le ofreció LUIS FERNANDO ANDRADE MORENO al Concesionario Ruta del Sol 2 (recuérdese que fue el investigado de quien provino el interés inicial – Ver su oficio No. 2012-305-08705-1 del 13 de julio de 2012), era viable, conforme lo siguiente:

"(...)

Siguiendo las reglas del Contrato de Concesión No. 001 de 2010 y los preceptos y argumentos contenidos en la Sentencia C-300, se concluye que es procedente la adición del Contrato de Concesión, proyecto vial Ruta del Sol Sector 2, para que el Concesionario ejecute obras de rehabilitación y mejoramiento y posterior operación y mantenimiento del trayecto Ocaña – Aguas Claras – Gamarra – Puerto Capulco, siempre que técnicamente se trate de obras directamente relacionadas con el objeto concesionado, en este caso el "Sector" esto es el trayecto comprendido entre Puerto Salgar y San Roque cuyas especificaciones de identificación y referencias se detallan en el Apéndice Técnica del Contrato de Concesión."

Esta justificación fue incorporada en el estudio previo que justificó este otrosí No. 3, suscrito por CAMILO MENDOZA ROZO y ALEXANDRA LOZANO VERGARA; así mismo, el documento del otrosí No. 3 del 15 de julio del 2013, suscrito por LUIS FERNANDO ANDRADE MORENO, Presidente de la Agencia Nacional de Infraestructura para la época de los hechos, con lo cual permitió la elusión de las normas relacionadas con el principio de transparencia de la contratación estatal por parte del Presidente de la Agencia, ya que se permitió la indebida aplicación de las causales de contratación directa.

Entonces, conforme a lo expuesto con grado de certeza, el alcance del objeto de estos otrosíes, **no tiene perfecta relación de exégesis** con el objeto del contrato primigenio, requisito que, conforme a la jurisprudencia del Consejo de Estado, ni de la Corte Constitucional, por lo que no era jurídicamente posible adicionar el contrato de Concesión No. 001 del 2010 a través de los otrosíes No. 3 y 6, en la medida que se trataba de corredores viales, sectores y tramos diferentes, que, al parecer, no dependían del correspondiente a Puerto Salgar – San Roque; esto, unido a que al no tratarse de obras adicionales al alcance del contrato primigenio¹⁵⁰, estos estudios debieron haberse contratado a través del mecanismo de selección correspondiente al concurso de méritos, lo cual no se verificó.

Sobre este punto es pertinente traer a colación lo expresado párrafos arriba, en cuanto a las precisiones que desarrolló la Corte Constitucional y el Consejo de Estado; empero, por economía procesal y por cuanto el tema fue desarrollado con suficiencia, nos remitimos y se remite a los sujetos procesales, a las consideraciones ya hechas.

En tal sentido, como se indicó en dicho acápite, con toda claridad lo dijo el Consejo de Estado: si el objeto de un contrato de concesión es la construcción, mantenimiento y operación de un corredor vial entre los puntos A y B (Puerto Salgar – San Roque – Ruta del Sol 2), es claro que cualquier obra que esté por fuera de los límites espaciales de dicho corredor, como su extensión hasta un punto geográfico C (Ocaña

¹⁵⁰ Conforme a la Sección 13.01, literal b) del contrato de concesión bajo análisis.
Expediente: IUS E - 2017 - 19229 / IUC D-2017-651-927370
Fallo de primera instancia sancionatorio.

– Gamarra – Aguacalara – Puerto Capulco), no podía pactarse ni ejecutarse como una adición al contrato de que se trate; pero tampoco podía adicionarse dicho contrato con la realización de obras o la prestación de servicios que, aun cuando se ejecuten dentro de los límites geográficos del corredor vial, ninguna relación tienen con la construcción, mantenimiento y operación de dicho corredor, como sería, entre otras, la construcción de acueductos, hospitales, escuelas, parques, viviendas, edificios públicos ajenos al mantenimiento y operación del corredor vial etc.

Por tanto, es dable concluir definitivamente que CAMILO MENDOZA ROZO hizo parte del engranaje jurídico que puso en funcionamiento el Presidente de la Agencia Nacional de Infraestructura, siendo que el Vicepresidente investigado justificó JURÍDICAMENTE la adición previamente analizada, con el fin de entregarle, en últimas, un tramo completamente diferente al concesionado a la Concesionada Ruta del Sol 2, que no tenía nada que ver con el corredor vial que iba de Puerto Salgar a San Roque (Ruta del Sol – Sector 2).

En lo atinente al **deber de selección objetiva**, se ratifica lo señalado en la acusación disciplinaria formulada, por cuanto del material probatorio analizado y de conformidad con la normatividad vigente, no era viable jurídicamente que la Agencia Nacional de Infraestructura entregara de manera directa (utilizando la figura de las adiciones al contrato de concesión), la Ruta que iba desde Ocaña – Gamarra – Aguacalara – Puerto Capulco a la Concesionaria Ruta del Sol 2, toda vez que su adjudicación no fue objetiva.

Por tanto, CAMILO MENDOZA ROZO desconoció el deber de selección objetiva que tenía, con lo cual debió conceptuar que era necesario haber sometido esta contratación a un proceso selectivo de concurso de méritos (en el caso del otrosí 3), que hubiera observado este deber, escogiendo el ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva, a través de unas reglas claras, equilibradas y que honraran la libre concurrencia de oferentes, donde se escogiera al contratista con base en el cumplimiento de requisitos y condiciones equilibradas que se hubiesen incorporado en un pliego de condiciones.

Y en lo atinente al **principio de responsabilidad** ha quedado demostrado que fue desconocido en la medida en que el investigado, en su condición de Vicepresidente de Gestión Contractual de la ANI para la época de los hechos, no procuró los fines de la contratación al haberle dado el aval desde el punto de vista jurídico (en los términos que se ha expuesto) al otrosí que analizado –el No. 3-, justificando no haber acudido a un proceso de selección objetiva del contratista, por las razones que ya han quedado consignada; como se ha dicho, inaplicó indebidamente estas normas de la contratación directa, con lo cual viola por inaplicación las normas que sí correspondían a esta causal de selección objetiva: las relativas al concurso de méritos.

Ahora bien, como se anotó al inicio de este capítulo en virtud de los principios de legalidad y tipicidad en el análisis de la configuración de la falta disciplinaria se debe



proceder al análisis de la *infracción del deber*; para lo cual se encuentra acreditado que CAMILO MENDOZA ROZO, en su condición de Vicepresidente de gestión contractual de la ANI, tenía a cargo los siguientes **deberes, y funciones**:

De conformidad con la **Resolución No. 576 del 13 de junio del 2013 – Manual Específico de Funciones y Competencias Laborales para los empleos de la Agencia Nacional de Infraestructura – Vicepresidente**:

"FUNCIONES ESENCIALES

2. Dirigir y responder por la evaluación y control de los contratos de concesión y demás formas de asociación público privada y por los contratos de interventoría inherentes a estos de la Agencia Nacional de Infraestructura, de acuerdo con lo estipulado en los contratos mencionados.

(...)

7. Dirigir y responder por los estudios relacionados con las modificaciones pertinentes a los contratos de concesión y demás formas de asociación público privada de la Entidad, de acuerdo con los análisis de viabilidad técnica, legal y financiera realizados según las normas y directrices pertinentes, para ser propuestas al Presidente de la Agencia

(...)

10. Dirigir y responder por los asuntos relacionados con la verificación del cumplimiento de los aspectos técnicos, legales y financieros de los contratos de concesión y demás formas de asociación público privada, así como los de interventoría y consultoría inherentes a los mismos.

(...)

13. Evaluar, controlar y hacer seguimiento a la ejecución de los planes, programas y proyectos en materia de gestión contractual de la infraestructura concesionada y demás formas de asociación público privada, orientado hacia el mejoramiento continuo de la Entidad.

(...)"

De lo anterior queda demostrado que MENDOZA ROZO, tenía el deber por mandato reglamentario de dirigir y responder por los estudios relacionados con las modificaciones pertinentes a los contratos de concesión de acuerdo con los análisis de viabilidad técnica, legal y financiera realizados según las normas y directrices pertinentes, y en la medida en que los estudios que dirigió no tuvieron en cuenta el alcance de la norma respecto de los requisitos para la adición al contrato de concesión, su actuar contribuyó a que el Comité Asesor de Contratación aprobara y posteriormente el Presidente suscribiera la adición, por lo cual su comportamiento se adecua a la falta gravísima que le ha sido endilgada.

De otra parte, respecto del numeral 1 del artículo 34 de la Ley 734 de 2002, que a su vez fue considerada por el funcionario instructor como norma infringida dado el desconocimiento de las normas que regulan la contratación estatal, por cuanto la misma consagra como deberes de los servidores públicos, el cumplir y hacer que se cumplan la Constitución, las leyes, los decretos, y desempeñar con diligencia,

eficiencia e imparcialidad el servicio encomendado, se considera en esta instancia de juzgamiento que la conducta reprochada se adecua de manera única a la previsión del numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, como quedo antes expuesto, en tanto el incumplimiento del deber se entiende subsumido en este comportamiento.

Así entonces, el comportamiento genera la apariencia de enmarcarse en varios tipos disciplinarios excluyentes, a pesar de que, en realidad, únicamente genera la configuración de uno de ellos, es lo que se conoce como concurso aparente de infracciones disciplinarias, eventos en los cuales no hay un verdadero concurso, razón por la que en garantía del principio del *non bis in idem*, se deberán excluir las infracciones disciplinarias que en realidad no se tipifican por medio de la aplicación de los principios de especialidad, subsidiaridad y consunción.

8.1.3.2 Respuesta a los argumentos de defensa referentes al análisis de la tipicidad

Con fundamento en las anteriores consideraciones se confirma la violación de las normas consideradas por el funcionario de instrucción, y se desvirtúan a su vez las consideraciones de la defensa, teniendo en cuenta que el disciplinado incurrió en la violación de las normas que le han sido reprochadas al descartarse la justificación de su actuar en el sentido que el tramo adicionado no hacía parte del sector 2 de la Ruta del sol y por ende debía llevarse a cabo un nuevo proceso de selección pública, en este caso a través de un concurso de méritos.

Señaló la defensa que la contratación directa constituye uno de los modos previstos en la ley para la escogencia de los contratistas lo cual no contraría la selección objetiva considerando que en este caso la oferta presentada por la concesionaria era la más favorable; al respecto el despacho se remite a los argumentos ya expuestos a partir de los cuales se concluyó conforme al objeto adicionado que al no acreditarse los requisitos se debía adelantar un nuevo proceso de selección.

Han quedado expuestas por el funcionario de instrucción y corroboradas en esta etapa las razones por las cuales se considerados infringidos los principios de transparencia y responsabilidad con fundamento en las normas que han sido consideradas.

8.1.3.3 En relación con el defecto técnico del cargo formulado.

Se indicó que el pliego de cargos tiene una deficiencia técnica derivada del incumplimiento del requisito contenido en el numeral 6 del artículo 163 de la Ley 734 de 2002 por no contener una exposición fundada de los criterios tenidos en cuenta para determinar la gravedad o levedad de la falta conforme lo establecido en el artículo 43 ibidem al no haberse establecido ninguno de estos para determinar el grado de culpabilidad de la falta.

Referente a este argumento corresponde señalar que los criterios previstos en el citado artículo 43 del CDU¹⁵¹, permiten determinar si la falta es grave o leve, de suerte que tratándose de una falta gravísima se encuentran taxativamente señaladas en el artículo 48, como en este caso, que se endilgó la comisión de la falta disciplinaria gravísima contenida en el núm. 31 *“Participar en la etapa precontractual o en la actividad contractual, en detrimento del patrimonio público, o con desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal y la función administrativa contemplados en la Constitución y en la ley”*, razón por la cual no correspondía analizar los criterios que permiten al operador disciplinario determinar si una falta es grave o leve, en tanto que para determinadas faltas fue el legislador quien dada su trascendencia las clasificó como gravísimas.

8.1.4 Para el Disciplinado ANDRÉS FIGUEREDO SERPA

8.1.4.1 Cargo único:

Se consideró que ANDRES FIGUEREDO SERPA en su condición de Vicepresidente de Gestión Contractual de la ANI pudo haber incurrido en la falta disciplinaria prevista en el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, al desconocer el principio de transparencia que comporta el deber de selección objetiva y el principio de responsabilidad de la contratación estatal, al haber certificado el 12 de marzo del 2014 que la modificación contractual del Otrosí No. 6 del proyecto Ruta del Sol –

¹⁵¹ ARTÍCULO 43. CRITERIOS PARA DETERMINAR LA GRAVEDAD O LEVEDAD DE LA FALTA. <Artículo derogado a partir del 29 de marzo de 2022, por el artículo 265 de la Ley 1952 de 2019> Las faltas gravísimas están taxativamente señaladas en este código. Se determinará si la falta es grave o leve de conformidad con los siguientes criterios:

1. El grado de culpabilidad.
2. La naturaleza esencial del servicio.
3. El grado de perturbación del servicio.
4. La jerarquía y mando que el servidor público tenga en la respectiva institución.
5. La trascendencia social de la falta o el perjuicio causado.
6. Las modalidades y circunstancias en que se cometió la falta, que se apreciarán teniendo en cuenta el cuidado empleado en su preparación, el nivel de aprovechamiento de la confianza depositada en el investigado o de la que se derive de la naturaleza del cargo o función, el grado de participación en la comisión de la falta, si fue inducido por un superior a cometerla, o si la cometió en estado de ofuscación originado en circunstancias o condiciones de difícil prevención y gravedad extrema, debidamente comprobadas.
7. Los motivos determinantes del comportamiento.
8. Cuando la falta se realice con la intervención de varias personas, sean particulares o servidores públicos.
9. La realización típica de una falta objetivamente gravísima cometida con culpa grave, será considerada falta grave.

Sector 2 se había adelantado con la debida diligencia, ajustadas todas sus actuaciones al marco legal aplicable; así mismo suscribir el Estudio de Conveniencia y Oportunidad para la celebración del Otrosí No. 6 del 13 de marzo del 2014 y estampar su visto bueno de revisión al Otrosí No. 6 del 14 de marzo del 2014 al contrato de concesión No. 001 de 2010, dando con ello su aval para que el Presidente de la Agencia tuviera los argumentos para celebrarlo directamente con el concesionario, omitiendo el proceso de licitación pública.

Como ha quedado señalado a lo largo de la providencia, el Otrosí No. 06 tuvo como finalidad adicionar el contrato de concesión No. 001 de 2010 para la ejecución del Tramo Aguacalara – Gamarra – Puerto Capulco, conforme a las situaciones señaladas en el numeral **“7.5.3 Adición al contrato de concesión No. 001 de 2010 a través del Otrosí No. 6”**.

Se indicó que, en virtud del **principio de transparencia**, la escogencia del contratista se debe efectuar por regla general a través del procedimiento establecido para la licitación pública, salvo las excepciones que cita el numeral 1° del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007, situación desconocida por parte del Vicepresidente de Gestión Contractual, por cuanto en las actuaciones que desplegó justificó la adición aun cuando no se dan los requisitos para adoptar la causal exceptiva para suscribir de manera directa esta adición con la Concesionaria Ruta del Sol 2.

Se citó a su vez el deber de selección objetiva contenido en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 por cuanto al no ser viable jurídicamente celebrarlo de manera directa, utilizando la figura de la adición, su adjudicación no fue objetiva, deber que en su caso lo obligaba en el marco de sus funciones a conceptuar que era necesario adelantar el respectivo proceso de selección pública en aras de escoger el ofrecimiento más favorable para la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva, a través de unas reglas claras, que permitieran la libre concurrencia de oferentes.

De igual forma se consideró que pudo transgredir el **principio de responsabilidad**, conforme lo previsto en los numerales 1, 2 y 4 del artículo 26 de la Ley 80 de 1993, normas que establecen que los servidores públicos están obligados a buscar el cumplimiento de los fines de la contratación estatal, e igualmente que responden por sus actuaciones y omisiones las cuales deben estar presididas por las reglas sobre administración de bienes ajenos y por los mandatos y postulados que gobiernan una conducta ajustada a la ética y a la justicia, mandatos que se consideraron desconocidos por el investigado en la medida que inaplicó indebidamente las normas de la contratación directa, al dar viabilidad a la adición al contrato de concesión, y con ello a que se evadiera el proceso de licitación pública.

Se soporta el reproche, en la medida que el objeto del *Otrosí*, no tiene perfecta relación de exégesis con el objeto del contrato primigenio, requisito indispensable para adicionar a este la ejecución del nuevo tramo, en la medida que se trataba de corredores viales, sectores y tramos diferentes, que no dependían del



correspondiente a Puerto Salgar – San Roque; esto, unido a que no se trataba de obras adicionales.

La falta imputada se encuentra descrita como falta gravísima, contenida en el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002;

"Participar en la etapa precontractual o en la actividad contractual (...) con desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal (...) contemplados en (...) la Ley.

De lo antes señalado, se determina que al momento de tipificar la falta se señalaron las reglas legales que desarrollaban y daban alcance en concreto a cada uno de estos principios de la contratación estatal vulnerados, como consta en el análisis en el acápite de normas violadas y concepto de la violación.

Así para el caso del principio de transparencia se consideraron las siguientes normas; artículo 2 y 5 de la Ley 1150 de 2007, este último del deber de selección objetiva, y para el caso del principio de responsabilidad, lo dispuesto en los numerales 1, 2 y 4 del artículo 26 de la Ley 80 de 1993, al desconocerse el artículo 28 de la Ley 1150 de 2007 aplicable al contrato de concesión No. 001 de 2010, en atención a las funciones asignadas como Vicepresidente de Gestión Contractual contenidas en la Resolución No. 576 de 13 de junio de 2013. – Manual Específico de Funciones y Competencias Laborales para los empleados de la ANI-

Acreditación de los elementos típicos de la conducta endilgada en el pliego de cargos:

Como quedo señalado en las consideraciones generales frente a la tipicidad, corresponde entrar a determinar la acreditación de los elementos típicos de la conducta endilgada al tenor de lo establecido en el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, así:

1. Participar en la etapa precontractual o en la actividad contractual
 2. Con desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal
- **Participar en la etapa precontractual o en la actividad contractual**

Respecto al primero de los elementos de la tipicidad de la falta, se determinó que el disciplinado desplegó las siguientes actuaciones;

- Firmó el Estudio de Conveniencia y Oportunidad para la suscripción del Otrosí No. 6 del 13 de marzo del 2014.
- Dio su visto bueno de revisión jurídica al Otrosí No. 6 del 14 de marzo del 2014 al contrato de concesión No. 001 de 2010.

- Certificó el 12 de marzo del 2014 que la modificación contractual del Otrosí No. 6 del proyecto Ruta del Sol – Sector 2 se había adelantado con la debida diligencia, ajustadas todas sus actuaciones al marco legal aplicable.

Situación que se encuentra claramente demostrada a través de los respectivos documentos, donde consta su firma, y cuyo contenido ha quedado expuesto previamente, por lo cual se advierte que a través de estas actuaciones participó en la etapa precontractual, en relación con el trámite de adición al contrato de concesión No. 001 de 2010 que dio lugar a la suscripción del Otrosí No. 06, y respecto de la certificación su contenido da cuenta que fue posterior a la celebración del acto contractual, de suerte que participó con ello en la actividad contractual.

- **Desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal (transparencia, responsabilidad y deber de selección objetiva).**

Frente al segundo de los elementos de la tipicidad, se advierte el desconocimiento de los principios de transparencia y responsabilidad, a partir de sus diferentes actuaciones, que dieron el aval para adicionar el contrato de concesión, obviando la selección a través de licitación pública.

Se confirma en esta instancia la violación de los enunciados principios, conforme a las consideraciones realizadas por el funcionario de instrucción, de suerte que se desconoció que en virtud del *principio de transparencia* se ha previsto para la escogencia del contratista diversas modalidades, que, para el caso conforme al objeto, correspondía a través de un proceso de licitación pública, y en ese sentido conforme a sus funciones se debía orientar la estructuración del proceso, en particular del Estudio de Conveniencia y Oportunidad, en el cual se plasmaron justificaciones de orden técnico y legal de conformidad con el alcance de la norma en cuanto a la posibilidad para adiciones a los contratos de concesión; no obstante a partir de este momento se planteó la posibilidad de realizar la adición de manera directa desconociendo con ello el deber de selección objetiva, y a su vez el *principio de responsabilidad* en tanto en su condición de Vicepresidente de Gestión Contractual no procuró los fines de la contratación al haber justificado la adición sin acudir al respectivo proceso de selección objetiva del contratista.

El desconocimiento que se reprocha se encuentra acreditado, conforme quedo expuesto en el respectivo análisis probatorio, contenido en el numeral “**7.5.6 Las obras adicionadas a través de los Otrosíes 3 y 6 no estaban directamente relacionadas con el objeto concesionado, y no se referían al mismo corredor vial**”, del cual se determina que el tramo Ocaña – Gamarra adicionado al objeto del contrato de concesión inicial esto es el tramo comprendido entre Puerto Salgar y San Roque, no cumplía con los requisitos dispuestos en el artículo 28 de la Ley 1150 de 2007, al tenor de la exequibilidad condicionada en la Sentencia C – 300 de 2012, de ahí entonces que la Procuraduría ha cumplido con la carga de demostrar los hechos sobre los cuales se hizo la imputación.

Es así como se encuentra acreditada la transgresión del principio de transparencia reprochada en el pliego de cargos por parte del disciplinable en su condición de Vicepresidente de Gestión Contractual de la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA, al haber certificado el **12 de marzo del 2014** que la modificación contractual del otrosí No. 6 del proyecto Ruta del Sol – Sector 2, se había adelantado con la debida diligencia, ajustadas todas sus actuaciones al marco legal aplicable; haber firmado el Estudio de Conveniencia y Oportunidad para la suscripción del otrosí No. 6 del **13 de marzo del 2014** y haber estampado su visto bueno de revisión al Otrosí No. 6 del **14 de marzo del 2014** al contrato de concesión No. 001 de 2010, toda vez que no se deba la causal exceptiva para suscribir de manera directa esta adición con la Concesionaria Ruta del Sol 2; veamos:

Es claro que la licitación pública es el procedimiento de selección principal y aplicable en todos los casos de escogencia de contratistas el Estado, a excepción de los casos expresamente dispuestos por la ley; a través de este procedimiento, públicamente las entidades realizan invitación a todas las personas que puedan y tengan interés en ejecutar un contrato, para que en igualdad de condiciones, objetivas y verificables, se presenten varias ofertas entre las cuales se escogerá la más favorable al interés público.

El aspecto central que justificó tanto la suscripción del otrosí No. 3, como el No. 6 al cual nos hemos venido refiriendo tiene que ver con que para la Agencia Nacional de Infraestructura y en ese caso para quien con su firma comprometió la voluntad de dicha entidad estatal, con las adiciones se estaba afectando el mismo corredor vial, en el sentido de: “(...) proyección, ejecución, conservación, reposición, reparación de: (a) obras complementarias necesarias para que la obra principal cumpla su finalidad y sea debidamente aprovechada, (b) obras necesarias para adaptar y modernizar la obra principal a nuevas exigencias técnicas y funcionales; y (c) obras para la reparación y reposición de las obra principal, cuando sea necesario.”

Ahora, como el mismo objeto del contrato de concesión No. 01 del 2010 lo señala, su objeto era el otorgamiento de una concesión para que de conformidad con lo previsto en el numeral 4 del artículo 32 de la ley 80 de 1993, el concesionario, por su cuenta y riesgo elabore los diseños, financie, obtenga las licencias ambientales y demás permisos, adquiera los predios, rehabilite, construya, mejore, opere y mantenga el Sector. ¿Cuál sector? Pues el comprendido entre Puerto Salgar y San Roque, cuyas especificaciones de identificación y referencia se detallan en el apéndice técnico y sobre el cual se llevarán a cabo las obligaciones de resultado a cargo del concesionario.

Y, más adelante también dice el contrato:

“Literal b de la Sección 13.01: Sin embargo, si durante la ejecución del presente contrato fuese necesario realizar actividades adicionales a las previstas en el alcance inicial del presente contrato relacionadas con el sector, el concesionario deberá (i) contratar la elaboración de los Estudios y Diseños de las actividades adicionales. El costo de estos diseños deberá ser previamente acordado con el INCO y será asumido por el Concesionario y reconocido por el INCO en los términos del presente literal.”

Nótese, si bien el mismo negocio jurídico literal preveía la posible necesidad de contratar actividades adicionales, estas DEBÍAN estar relacionadas con el sector entregado al concesionario.

Empero, sin mayor análisis, en el concepto suscrito por la Gerente de Gestión Contractual 2 ALEXANDRA LOZANO VERGARA, el 21 de enero de 2013 arriba citado, se concluyó, de manera irresponsable, que la adición que le ofreció LUIS FERNANDO ANDRADE MORENO al Concesionario Ruta del Sol 2 (recuérdese que fue el investigado de quien provino el interés inicial – Ver su oficio No. 2012-305-08705-1 del 13 de julio de 2012), era viable, conforme lo siguiente:

"(...)

Siguiendo las reglas del Contrato de Concesión No. 001 de 2010 y los preceptos y argumentos contenidos en la Sentencia C-300, se concluye que es procedente la adición del Contrato de Concesión, proyecto vial Ruta del Sol Sector 2, para que el Concesionario ejecute obras de rehabilitación y mejoramiento y posterior operación y mantenimiento del trayecto Ocaña – Aguas Claras – Gamarra – Puerto Capulco, siempre que técnicamente se trate de obras directamente relacionadas con el objeto concesionado, en este caso el "Sector" esto es el trayecto comprendido entre Puerto Salgar y San Roque cuyas especificaciones de identificación y referencias se detallan en el Apéndice Técnica del Contrato de Concesión."

Esta justificación fue incorporada en el estudio previo que justificó este otrosí No. 3, suscrito por CAMILO MENDOZA ROZO, JOSÉ ANDRÉS TORRES RODRÍGUEZ y ALEXANDRA LOZANO VERGARA; así mismo, el documento del otrosí No. 3 del 15 de julio del 2013, suscrito por LUIS FERNANDO ANDRADE MORENO, Presidente de la Agencia Nacional de Infraestructura para la época de los hechos.

Ahora, hay que destacar que aunque lo relativo a este otrosí No. 3 no es reprochable al señor FIGUEREDO SERPA; se trae solo a título ilustrativo; sin embargo, sí lo es lo relacionado con el otrosí No. 6; veamos:

Las irregularidades planteadas son replicables a las justificaciones previas a la suscripción del otrosí No. 6, (y en el mismo otrosí No. 6 del 14 de marzo de 2014) (ambos documentos suscritos y con el visto bueno de revisión desde el punto de vista jurídico por parte de ANDRÉS FIGUEREDO SERPA y ALEXANDRA LOZANO VERGARA), en cuyo estudio de conveniencia se indicó que el Sector Ruta del Sol 2 comprende, entre otros, el Tramo San Alberto – Aguachica, correspondiente a la Ruta Nacional 4514, que incluye en su trayecto **LA INTERSECCIÓN A DESNIVEL EN EL SITIO DENOMINADO AGUACLARA**, a partir de la cual se desprende de un lado la Ruta Nacional 70 que conduce al municipio de Ocaña en el departamento de Norte de Santander y del otro la vía que conecta con el municipio de Gamarra – César – y de allí a Puerto Capulco a orillas del Río Magdalena.

Nótese el Sector 2 de la Ruta del Sol y la ruta que se adicionó SOLAMENTE se "tocar" en una INTERSECCIÓN A DESNIVEL en el Aguaclara.

Entonces, conforme a lo expuesto con grado de certeza se concluye sin lugar a dudas que, el alcance del objeto de estos otrosíes, **no tiene perfecta relación de exégesis**

con el objeto del contrato primigenio, requisito que, conforme a la jurisprudencia del Consejo de Estado, ni de la Corte Constitucional, por lo que no era jurídicamente posible adicionar el contrato de Concesión No. 001 del 2010 a través de los otrosíes No. 3 y 6, en la medida que se trataba de corredores viales, sectores y tramos diferentes, que, no dependían del correspondiente a Puerto Salgar – San Roque; esto, unido a que al no tratarse de obras adicionales al alcance del contrato primigenio.

Sobre este punto es pertinente traer a colación lo expresado párrafos arriba, en cuanto a las precisiones que desarrolló la Corte Constitucional y el Consejo de Estado; empero, por economía procesal y por cuanto el tema fue desarrollado con suficiencia, nos remitimos y se remite a los sujetos procesales, a las consideraciones ya hechas con antelación.

En tal sentido, como se indicó en dicho acápite, con toda claridad lo dijo el Consejo de Estado: si el objeto de un contrato de concesión es la construcción, mantenimiento y operación de un corredor vial entre los puntos A y B (Puerto Salgar – San Roque – Ruta del Sol 2), es claro que cualquier obra que esté por fuera de los límites espaciales de dicho corredor, como su extensión hasta un punto geográfico C (Ocaña – Gamarra – Aguaclara – Puerto Capulco), no podía pactarse ni ejecutarse como una adición al contrato de que se trate; pero tampoco podía adicionarse dicho contrato con la realización de obras o la prestación de servicios que, aun cuando se ejecuten dentro de los límites geográficos del corredor vial, ninguna relación tienen con la construcción, mantenimiento y operación de dicho corredor, como sería, entre otras, la construcción de acueductos, hospitales, escuelas, parques, viviendas, edificios públicos ajenos al mantenimiento y operación del corredor vial etc.

Por tanto, es dable concluir definitivamente que ANDRÉS FIGUEREDO SERPA hizo parte del engranaje jurídico que puso en funcionamiento el Presidente de la Agencia Nacional de Infraestructura, siendo que el Vicepresidente de la Agencia justificó JURÍDICAMENTE las adiciones previamente analizadas, con el fin de entregarle un tramo completamente diferente al concesionado a la Concesionada Ruta del Sol 2, que no tenía nada que ver con el corredor vial que iba de Puerto Salgar a San Roque (Ruta del Sol – Sector 2).

En lo atinente al **deber de selección objetiva**, también se encuentra acreditada la vulneración de las normas reprochadas como vulneradas, por cuanto del material probatorio analizado y de conformidad con la normatividad vigente, no era viable jurídicamente que la Agencia Nacional de Infraestructura entregara de manera directa (utilizando la figura de las adiciones al contrato de concesión), la Ruta que iba desde Ocaña – Gamarra – Aguaclara – Puerto Capulco a la Concesionaria Ruta del Sol 2, toda vez que su adjudicación no fue objetiva.

Por tanto, ANDRÉS FIGUEREDO SERPA en efecto desconoció el deber de selección objetiva que tenía, con lo cual debió conceptuar que era necesario haber sometido esta contratación a un proceso selectivo de licitación pública (en el caso del otrosí 6), que hubiera observado este deber, escogiendo el ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o

de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva, a través de unas reglas claras, equilibradas y que honraran la libre concurrencia de oferentes, donde se escogiera al contratista con base en el cumplimiento de requisitos y condiciones equilibradas que se hubiesen incorporado en un pliego de condiciones.

Asimismo se encuentra establecido de manera fehaciente que el disciplinable desconoció el **principio responsabilidad** de la contratación estatal, consagrado en el artículo 26 de la ley 80 de 1993, toda vez que estas normas establecen que los servidores públicos están obligados a buscar el cumplimiento de los fines de la contratación estatal, e igualmente que los servidores públicos responden por sus actuaciones y omisiones ya que, deben estar presididas por las reglas sobre administración de bienes ajenos y por los mandatos y postulados que gobiernan una conducta ajustada a la ética y a la justicia; y en el presente caso, estos postulados fueron desconocidos en la medida en que el investigado, en su condición de Vicepresidente de Gestión Contractual de la ANI para la época de los hechos, no procuró los fines de la contratación al haberle dado el aval desde el punto de vista jurídico (en los términos que se ha expuesto) al otorgar que hemos venido analizado, justificando no haber acudido a un proceso de selección objetiva del contratista, por las razones que ya han quedado consignadas.

Ahora bien, como se anotó al inicio de este capítulo en virtud de los principios de legalidad y tipicidad en el análisis de la configuración de la falta disciplinaria se debe proceder al análisis de la *infracción del deber*; para lo cual se encuentra acreditado que ANDRES FIGUEREDO SERPA en su condición de Vicepresidente de gestión contractual de la ANI, tenía a cargo los siguientes **deberes, y funciones**;

De conformidad con lo dispuesto en la **Resolución No. 576 del 13 de junio del 2013 – Manual Específico de Funciones y Competencias Laborales para los empleos de la ANI – Vicepresidente de Agencia – de la Vicepresidencia Gestión Contractual**

"FUNCIONES ESENCIALES

3. Dirigir y responder por la evaluación y control de los contratos de concesión y demás formas de asociación público privada y por los contratos de interventoría inherentes a estos de la Agencia Nacional de Infraestructura, de acuerdo con lo estipulado en los contratos mencionados.

(...)

8. Dirigir y responder por los estudios relacionados con las modificaciones pertinentes a los contratos de concesión y demás formas de asociación público privada de la Entidad, de acuerdo con los análisis de viabilidad técnica, legal y financiera realizados según las normas y directrices pertinentes, para ser propuestas al Presidente de la Agencia

(...)

10. Dirigir y responder por los asuntos relacionados con la verificación del cumplimiento de los aspectos técnicos, legales y financieros de los contratos de concesión y demás formas de asociación público privada, así como los de interventoría y consultoría inherentes a los mismos.

(...)

13. Evaluar, controlar y hacer seguimiento a la ejecución de los planes, programas y proyectos en materia de gestión contractual de la infraestructura concesionada y demás formas de asociación público privada, orientado hacia el mejoramiento continuo de la Entidad.

(...)"

De lo anterior queda demostrado que FIGUEREDO SERPA, tenía el deber por mandato reglamentario de dirigir y responder por los estudios relacionados con las modificaciones pertinentes a los contratos de concesión de acuerdo con los análisis de viabilidad técnica, legal y financiera realizados según las normas y directrices pertinentes, y en la medida en que los estudios que dirigió no tuvieron en cuenta el alcance de la norma respecto de los requisitos para la adición al contrato de concesión, su actuar contribuyó a la aprobación en el Comité de Contratación y posterior suscripción por el Presidente, de ahí que su comportamiento se adecua a la falta gravísima que le ha sido endilgada.

De otra parte, respecto del numeral 1 del artículo 34 de la Ley 734 de 2002, que a su vez fue considerada por el funcionario instructor como norma infringida dado el desconocimiento de las normas que regulan la contratación estatal, por cuanto la misma consagra como deberes de los servidores públicos, el cumplir y hacer que se cumplan la Constitución, las leyes, los decretos, y desempeñar con diligencia, eficiencia e imparcialidad el servicio encomendado, se considera en esta instancia de juzgamiento que la conducta reprochada se adecua de manera única a la previsión del numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, como quedo antes expuesto, en tanto el incumplimiento del deber se entiende subsumido en este comportamiento.

Así entonces, el comportamiento genera la apariencia de enmarcarse en varios tipos disciplinarios excluyentes, a pesar de que, en realidad, únicamente genera la configuración de uno de ellos, es lo que se conoce como concurso aparente de infracciones disciplinarias, eventos en los cuales no hay un verdadero concurso, razón por la que en garantía del principio del non bis in ídem, se deberán excluir las infracciones disciplinarias que en realidad no se tipifican por medio de la aplicación de los principios de especialidad, subsidiaridad y consunción.

Hecha la anterior precisión se confirma la violación de las normas consideradas por el funcionario de instrucción, a su vez con fundamento en los argumentos expuestos quedan resueltos los argumentos de la defensa en torno a la tipicidad.

8.1.4.2 Respuesta a los argumentos de defensa referentes al análisis de la tipicidad

Con fundamento en las anteriores consideraciones se confirma la violación de las normas consideradas por el funcionario de instrucción, y se desvirtúan a su vez las consideraciones de la defensa, teniendo en cuenta que el disciplinado incurrió en la violación de las normas que le han sido reprochadas al descartarse la justificación de su actuar en el sentido que el tramo adicionado no hacía parte del sector 2 de la Ruta

del sol y por ende debía llevarse a cabo un nuevo proceso de selección pública, en este caso a través de una licitación pública.

Señaló la defensa que la contratación directa constituye uno de los modos previstos en la ley para la escogencia de los contratistas lo cual no contraria la selección objetiva considerando que en este caso la oferta presentada por la concesionaria era la más favorable; al respecto el despacho se remite a los argumentos ya expuestos a partir de los cuales se concluyó conforme al objeto adicionado que al no acreditarse los requisitos se debía adelantar un nuevo proceso de selección.

Han quedado expuestas por el funcionario de instrucción y corroboradas en esta etapa las razones por las cuales se considerados infringidos los principios de transparencia y responsabilidad con fundamento en las normas que han sido consideradas.

8.1.4.3 En relación con el defecto técnico del cargo formulado.

Se indicó por parte de la defensa que el pliego de cargos tiene una deficiencia técnica derivada del incumplimiento del requisito contenido en el numeral 6 del artículo 163 de la Ley 734 de 2002 por no contener una exposición fundada de los criterios tenidos en cuenta para determinar la gravedad o levedad de la falta conforme lo establecido en el artículo 43 ibidem al no haberse establecido ninguno de estos para determinar el grado de culpabilidad de la falta.

Referente a este argumento corresponde señalar que los criterios previstos en el citado artículo 43 del CDU¹⁵², permiten determinar si la falta es grave o leve, de suerte

¹⁵² ARTÍCULO 43. CRITERIOS PARA DETERMINAR LA GRAVEDAD O LEVEDAD DE LA FALTA. <Artículo derogado a partir del 29 de marzo de 2022, por el artículo 265 de la Ley 1952 de 2019> Las faltas gravísimas están taxativamente señaladas en este código. Se determinará si la falta es grave o leve de conformidad con los siguientes criterios:

1. El grado de culpabilidad.
 2. La naturaleza esencial del servicio.
 3. El grado de perturbación del servicio.
 4. La jerarquía y mando que el servidor público tenga en la respectiva institución.
 5. La trascendencia social de la falta o el perjuicio causado.
 6. Las modalidades y circunstancias en que se cometió la falta, que se apreciarán teniendo en cuenta el cuidado empleado en su preparación, el nivel de aprovechamiento de la confianza depositada en el investigado o de la que se derive de la naturaleza del cargo o función, el grado de participación en la comisión de la falta, si fue inducido por un superior a cometerla, o si la cometió en estado de ofuscación originado en circunstancias o condiciones de difícil prevención y gravedad extrema, debidamente comprobadas.
 7. Los motivos determinantes del comportamiento.
 8. Cuando la falta se realice con la intervención de varias personas, sean particulares o servidores públicos.
- Expediente: IUS E - 2017 - 19229 / IUC D-2017-651-927370
Fallo de primera instancia sancionatorio.

que tratándose de una falta gravísima se encuentran taxativamente señaladas en el artículo 48, como en este caso, que se endilgó la comisión de la falta disciplinaria gravísima contenida en el núm. 31 *“Participar en la etapa precontractual o en la actividad contractual, en detrimento del patrimonio público, o con desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal y la función administrativa contemplados en la Constitución y en la ley”*, razón por la cual no correspondía analizar los criterios que permiten al operador disciplinario determinar si una falta es grave o leve, en tanto que para determinadas faltas fue el legislador quien dada su trascendencia las clasificó como gravísimas.

8.1.5 Para el Disciplinado DAVID LEONARDO MONTAÑO GARCÍA

8.1.5.1 Cargo primero:

Se consideró que DAVID LEONARDO MONTAÑO GARCIA en su condición de Experto Código G3 Grado 07 de la Vicepresidencia Jurídica, del área de desempeño Asesoría Legal Gestión Contractual 2, puede ver comprometida su responsabilidad disciplinaria, por desconocimiento del principio de transparencia que comporta el deber de selección objetiva y el principio de responsabilidad de la contratación estatal, al haber dado su visto bueno de revisión jurídica al estudio de conveniencia y oportunidad del 11 de julio de 2013 y dar su visto bueno de proyección del Otrosí No. 3, pese a que el objeto de éste Otrosí no tenía relación con el objeto del contrato de concesión No. 001 de 2010; permitiendo con su actuación la aplicación indebida de las normas de contratación estatal eludiendo las propias del concurso de méritos, que eran aplicables para el caso.

Como ha quedado señalado a lo largo de la providencia, el Otrosí No. 03 tuvo como finalidad adicionar el contrato de concesión No. 001 de 2010 para elaborar los Estudios y Diseños Fase III del Tramo Aguacalara – Gamarra – Puerto Capulco; así como la estructuración jurídica, técnica y financiera del Proyecto, conforme a las situaciones señaladas en el numeral **“7.5.2 Adición al contrato de concesión No. 001 de 2010 a través del Otrosí No. 3”**.

Se indicó que, en virtud del **principio de transparencia**, la escogencia del contratista se debe efectuar por regla general a través del procedimiento establecido para la licitación pública, salvo las excepciones que cita el numeral 1° del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007, dentro de estas el concurso de méritos, situación desconocida por el investigado, en las actuaciones que desplegó, toda vez que no se deba la causal exceptiva para justificar de manera directa esta adición, pues tratándose de la elaboración de estudios y diseños de una vía, era propio de un contrato de consultoría.

9. La realización típica de una falta objetivamente gravísima cometida con culpa grave, será considerada falta grave.

Para la fecha de los hechos esta modalidad se encontraba prevista en el Decreto 734 de 2012, en el artículo 3.1.1. que señalaba las modalidades de selección y el artículo 3.3.1.1. que aludía a la procedencia del concurso de méritos.

Así mismo se consideró desconocido el deber de selección objetiva contenido en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 por cuanto, no era viable jurídicamente que la ANI adicionará de manera directa al contrato de concesión el tramo Ocaña – Gamarra – Aguacalara – Puerto Capulco, para que el mismo concesionario lo ejecutara, razón por la que su adjudicación no fue objetiva, afectando sus finalidades en procura de la libre concurrencia y la escogencia del ofrecimiento más favorable a la entidad sin consideración a factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva.

De igual forma se consideró transgredido el **principio de responsabilidad**, conforme lo previsto en los numerales 1, 2 y 4 del artículo 26 de la Ley 80 de 1993, toda vez que estas normas establecen que los servidores públicos están obligados a buscar el cumplimiento de los fines de la contratación estatal, e igualmente que responden por sus actuaciones y omisiones ya que, deben estar presididas por las reglas sobre administración de bienes ajenos y por los mandatos y postulados que gobiernan una conducta ajustada a la ética y a la justicia, mandatos que se consideraron desconocidos por el investigado en la medida que en el marco de sus funciones no procuró los fines de la contratación al haber participado dando aval jurídico a la justificación de no acudir a un proceso de selección objetiva del contratista.

Se soporta el reproche, en la medida que el objeto del *Otrosí*, no tiene perfecta relación de exégesis con el objeto del contrato primigenio, requisito indispensable para adicionar a este la realización de los estudios del nuevo tramo, en la medida que se trataba de corredores viales, sectores y tramos diferentes, que no dependían del correspondiente a Puerto Salgar – San Roque; esto, unido a que no se trataba de obras adicionales, y en tal sentido los estudios previos debieron haberse contratado a través del mecanismo de selección correspondiente al concurso de méritos.

La falta imputada se encuentra descrita como falta gravísima, contenida en el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002;

“Participar en la etapa precontractual o en la actividad contractual (...) con desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal (...) contemplados en (...) la Ley.

De lo antes señalado, se determina que al momento de tipificar la falta se señalaron las reglas legales que desarrollaban y daban alcance en concreto a cada uno de estos principios de la contratación estatal, como consta en el análisis en el acápite de normas violadas y concepto de la violación en el pliego de cargos.

Así para el caso del *principio de transparencia* se consideraron las siguientes normas; artículo 2 y 5 de la Ley 1150 de 2007 este último del deber de selección objetiva y los Artículos 3.1.1 y 3.3.1.1 de Decreto 734 de 2002, vigente para cuando se suscribió el *Otrosí* No. 03, y para el caso del *principio de responsabilidad*, lo dispuesto en los



numerales 1, 2 y 4 del artículo 26 de la Ley 80 de 1993, al desconocerse el artículo 28 de la Ley 1150 de 2007 aplicable al contrato de concesión No. 001 de 2010, esto en atención a las funciones asignadas como EXPERTO G3 – GRADO 07 – de la Vicepresidencia Jurídica – Asesoría Legal Gestión Contractual, conforme a lo previsto en la Resolución No. 576 de 13 de junio de 2013. – Manual Específico de Funciones y Competencias Laborales para los empleados de la ANI, vigente para cuando se desplegaron las actuaciones de su parte.

Acreditación de los elementos típicos de la conducta endilgada en el pliego de cargos:

Como quedo señalado en las consideraciones generales frente a la tipicidad, corresponde entrar a determinar la acreditación de los elementos típicos de la conducta endilgada al tenor de lo establecido en el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, así:

1. Participar en la etapa precontractual o en la actividad contractual
2. Con desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal

Participar en la etapa precontractual o en la actividad contractual

Respecto al primero de los elementos de la tipicidad de la falta, se determinó que el investigado desplegó las siguientes actuaciones;

- Dio su visto bueno de revisión jurídica al Estudio de Conveniencia y Oportunidad del 11 de julio de 2013 y
- Proyectó el Otrosí No. 3

Situación que se encuentra claramente demostrada a través de los respectivos documentos, donde consta su firma, y cuyo contenido ha quedado expuesto previamente, por lo cual se advierte que a través de estas actuaciones participó en la etapa precontractual, en relación con el trámite de adición al contrato de concesión No. 001 de 2010, que dio lugar a la suscripción del Otrosí No. 03.

Desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal (transparencia, responsabilidad y deber de selección objetiva).

Frente al segundo de los elementos de la tipicidad, se advierte el desconocimiento de los principios de transparencia y responsabilidad, a partir de sus diferentes actuaciones, que dieron el aval desde el punto de vista jurídico para adicionar el contrato de concesión, obviando la selección a través del concurso de méritos.

Se confirma en esta instancia la violación de los enunciados principios, conforme a las consideraciones realizadas por el funcionario de instrucción, de suerte que se desconoció que en virtud del *principio de transparencia* se ha previsto para la escogencia del contratista diversas modalidades, que, para el caso conforme al

objeto, correspondía a través de un concurso de méritos, y en ese sentido conforme a sus funciones se debía orientar la estructuración del proceso desde el punto de vista jurídico, desconociendo con ello el *deber de selección objetiva*, y a su vez el *principio de responsabilidad* por cuanto en virtud de las funciones que le competían en relación con la contratación estatal, en particular la de emitir concepto jurídico sobre las modificaciones a los contratos de concesión, estaba llamado a procurar por el cumplimiento de los fines de la contratación, en tal sentido era su deber garantizar desde la revisión y aprobación jurídica que se aplicaran los respectivos procedimientos de selección previstos en el estatuto contractual, que le señalaban en este caso se debía adelantar un concurso de méritos.

El desconocimiento que se reprocha se encuentra acreditado, conforme quedo expuesto en el respectivo análisis probatorio, contenido en el numeral ***“7.5.6 Las obras adicionadas a través de los Otrosíes 3 y 6 no estaban directamente relacionadas con el objeto concesionado, y no se referían al mismo corredor vial”***, del cual se determina que el tramo Ocaña – Gamarra adicionado al objeto del contrato de concesión inicial esto es el tramo comprendido entre Puerto Salgar y San Roque, no cumplía con los requisitos dispuestos en el artículo 28 de la Ley 734 de 2002, al tenor de la exequibilidad condicionada en la Sentencia C – 300 de 2012, de ahí entonces que la Procuraduría ha cumplido con la carga de demostrar los hechos sobre los cuales se hizo la imputación.

En cuanto al **principio de transparencia de la contratación estatal** se acreditó que fue desconocido por parte del Experto de la Vicepresidencia Jurídica – Asesoría Legal Gestión Contractual 2, al haber firmado con su visto bueno de revisión jurídica el documento de Estudio de Conveniencia y Oportunidad del 11 de julio de 2013, y haber estampado su visto bueno de proyección del Otrosí No. 3; toda vez que el objeto de éste otrosíes no tenían relación con el objeto del contrato de concesión No. 001 de 2010 y por tanto, no debió celebrarse con el concesionario, sino que se debió adelantar el proceso selección concurso de méritos; es decir, con su actuación permitió la aplicación indebida de las normas de la contratación directa, con cual se eludieron las normas propias del concurso de méritos, con lo cual permitió la violación por inaplicación de las normas que realmente correspondían a este caso.

Nuevamente hay que decirlo que con el concurso de méritos se pretende escoger al contratista que pueda desarrollar actividades propias de una consultoría, tales como la elaboración de estudios para la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, estudios de prefactibilidad o factibilidad, asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión, interventorías, asesoría o gerencia de obras o proyectos, dirección, programación y ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos.

El aspecto central que justificó tanto la suscripción del otrosí No. 3, como el No. 6 al cual nos hemos venido refiriendo tiene que ver con que para la Agencia Nacional de Infraestructura y en ese caso para quien con su firma comprometió la voluntad de dicha entidad estatal, con las adiciones se estaba afectando el mismo corredor vial, en el sentido de: *“(...) proyección, ejecución, conservación, reposición, reparación de: (a) obras complementarias necesarias para que la obra principal cumpla su finalidad y sea debidamente*

aprovechada, (b) obras necesarias para adaptar y modernizar la obra principal a nuevas exigencias técnicas y funcionales; y (c) obras para la reparación y reposición de las obra principal, cuando sea necesario."

Ahora, como el mismo objeto del contrato de concesión No. 01 del 2010 lo señala, su objeto era el otorgamiento de una concesión para que de conformidad con lo previsto en el numeral 4 del artículo 32 de la ley 80 de 1993, el concesionario, por su cuenta y riesgo elabore los diseños, financie, obtenga las licencias ambientales y demás permisos, adquiera los predios, rehabilite, construya, mejore, opere y mantenga el Sector. ¿Cuál sector? Pues el comprendido entre Puerto Salgar y San Roque, cuyas especificaciones de identificación y referencia se detallan en el apéndice técnico y sobre el cual se llevarán a cabo las obligaciones de resultado a cargo del concesionario.

Y, más adelante también dice el contrato:

"Literal b de la Sección 13.01: Sin embargo, si durante la ejecución del presente contrato fuese necesario realizar actividades adicionales a las previstas en el alcance inicial del presente contrato relacionadas con el sector, el concesionario deberá (i) contratar la elaboración de los Estudios y Diseños de las actividades adicionales. El costo de estos diseños deberá ser previamente acordado con el INCO y será asumido por el Concesionario y reconocido por el INCO en los términos del presente literal."

Nótese, si bien el mismo negocio jurídico literal preveía la posible necesidad de contratar actividades adicionales, estas DEBÍAN estar relacionadas con el sector entregado al concesionario.

Empero, sin mayor análisis, en el concepto suscrito por la Gerente de Gestión Contractual 2 ALEXANDRA LOZANO VERGARA, el 21 de enero de 2013 arriba citado, se concluyó, posiblemente de manera irresponsable, que la adición que le ofreció LUIS FERNANDO ANDRADE MORENO al Concesionario Ruta del Sol 2 (recuérdese que fue el investigado de quien provino el interés inicial – Ver su oficio No. 2012-305-08705-1 del 13 de julio de 2012), era viable, conforme lo siguiente:

"(...)

Siguiendo las reglas del Contrato de Concesión No. 001 de 2010 y los preceptos y argumentos contenidos en la Sentencia C-300, se concluye que es procedente la adición del Contrato de Concesión, proyecto vial Ruta del Sol Sector 2, para que el Concesionario ejecute obras de rehabilitación y mejoramiento y posterior operación y mantenimiento del trayecto Ocaña – Aguas Claras – Gamarra – Puerto Capulco, siempre que técnicamente se trate de obras directamente relacionadas con el objeto concesionado, en este caso el "Sector" esto es el trayecto comprendido entre Puerto Salgar y San Roque cuyas especificaciones de identificación y referencias se detallan en el Apéndice Técnica del Contrato de Concesión."

Esta justificación fue incorporada en el estudio previo que justificó este otrosí No. 3, suscrito por CAMILO MENDOZA ROZO y ALEXANDRA LOZANO VERGARA, con el visto bueno jurídico de DAVID LEONARDO MONTAÑO GARCÍA; así mismo, el documento del otrosí No. 3 del 15 de julio del 2013, suscrito por LUIS FERNANDO

ANDRADE MORENO, Presidente de la Agencia Nacional de Infraestructura para la época de los hechos.

Entonces, conforme a lo expuesto, con grado de certeza probatoria y jurídica, el alcance del objeto de estos *otrosíes*, **no tiene perfecta relación de exégesis** con el objeto del contrato primigenio, requisito que, conforme a la jurisprudencia del Consejo de Estado, ni de la Corte Constitucional, por lo que no era jurídicamente posible adicionar el contrato de Concesión No. 001 del 2010 a través de los otrosíes No. 3 y 6, en la medida que se trataba de corredores viales, sectores y tramos diferentes, que, al parecer, no dependían del correspondiente a Puerto Salgar – San Roque; esto, unido a que al no tratarse de obras adicionales al alcance del contrato primigenio¹⁵³, estos estudios debieron haberse contratado a través del mecanismo de selección correspondiente al concurso de méritos, lo cual al parecer no se verificó.

Sobre este punto es pertinente traer a colación lo expresado párrafos arriba, en cuanto a las precisiones que desarrolló la Corte Constitucional y el Consejo de Estado; empero, por economía procesal y por cuanto el tema fue desarrollado con suficiencia, nos remitimos y se remite a los sujetos procesales, a las consideraciones ya hechas en precedencia.

En tal sentido, como se indicó en dicho acápite, con toda claridad lo dijo el Consejo de Estado: si el objeto de un contrato de concesión es la construcción, mantenimiento y operación de un corredor vial entre los puntos A y B (Puerto Salgar – San Roque – Ruta del Sol 2), es claro que cualquier obra que esté por fuera de los límites espaciales de dicho corredor, como su extensión hasta un punto geográfico C (Ocaña – Gamarra – Aguacalara – Puerto Capulco), no podía pactarse ni ejecutarse como una adición al contrato de que se trate; pero tampoco podía adicionarse dicho contrato con la realización de obras o la prestación de servicios que, aun cuando se ejecuten dentro de los límites geográficos del corredor vial, ninguna relación tienen con la construcción, mantenimiento y operación de dicho corredor, como sería, entre otras, la construcción de acueductos, hospitales, escuelas, parques, viviendas, edificios públicos ajenos al mantenimiento y operación del corredor vial etc.

Por tanto, es dable concluir definitivamente que MONTAÑO GARCÍA hizo parte del engranaje jurídico que puso en funcionamiento el Presidente de la Agencia Nacional de Infraestructura, frente a las adiciones previamente analizadas, con el fin de entregarle un tramo completamente diferente al concesionado a la Concesionada Ruta del Sol 2, que no tenía nada que ver con el corredor vial que iba de Puerto Salgar a San Roque (Ruta del Sol – Sector 2).

En lo atinente al **deber de selección objetiva**, se encuentra acredita su vulneración, respecto de las normas reprochadas en el pliego de cargos, por cuanto del material probatorio analizado y de conformidad con la normatividad vigente, no era viable jurídicamente que la Agencia Nacional de Infraestructura entregara de manera directa (utilizando la figura de las adiciones al contrato de concesión), la Ruta que iba desde

¹⁵³ Conforme a la Sección 13.01, literal b) del contrato de concesión bajo análisis.
Expediente: IUS E - 2017 - 19229 / IUC D-2017-651-927370
Fallo de primera instancia sancionatorio.



Ocaña – Gamarra – Aguacalara – Puerto Capulco a la Concesionaria Ruta del Sol 2, toda vez que su adjudicación no fue objetiva.

Por tanto, DAVID LEONARDO MONTAÑO GARCÍA desconoció el deber de selección objetiva que tenía, con lo cual debió conceptuado que era necesario haber sometido esta contratación a un proceso selectivo de concurso de méritos (en el caso del otrosí 3), que hubiera observado este deber, escogiendo el ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva, a través de unas reglas claras, equilibradas y que honraran la libre concurrencia de oferentes, donde se escogiera al contratista con base en el cumplimiento de requisitos y condiciones equilibradas que se hubiesen incorporado en un pliego de condiciones.

Asimismo ha quedado demostrado plenamente que el investigado desconoció el principio responsabilidad de la contratación estatal, consagrado en el artículo 26 de la ley 80 de 1993, toda vez que estas normas establecen que los servidores públicos están obligados a buscar el cumplimiento de los fines de la contratación estatal, e igualmente que los servidores públicos responden por sus actuaciones y omisiones ya que, deben estar presididas por las reglas sobre administración de bienes ajenos y por los mandatos y postulados que gobiernan una conducta ajustada a la ética y a la justicia. En el presente caso, estos postulados fueron desconocidos en la medida en que el investigado, en su condición de Experto de la Vicepresidencia Jurídica, área de desempeño Asesoría Legal Gestión Contractual 2 de la ANI para la época de los hechos, no procuró los fines de la contratación al haberle dado el aval desde el punto de vista jurídico (en los términos que se ha expuesto) a los otrosíes que hemos venido analizado, justificando no haber acudido a un proceso de selección objetiva del contratista, por las razones que ya han quedado consignadas.

En este orden de ideas, como se anotó al inicio de este capítulo en virtud de los principios de legalidad y tipicidad en el análisis de la configuración de la falta disciplinaria se debe proceder al análisis de la *infracción del deber*; para lo cual se encuentra acreditado que DAVID LEONARDO MONTAÑO GARCIA tenía a su cargo los siguientes deberes, y funciones;

Conforme a la Resolución No. 576 del 13 de junio del 2013 – Manual Específico de Funciones y Competencias Laborales para los empleos de la Agencia Nacional de Infraestructura – EXPERTO G3 – GRADO 07 – de la Vicepresidencia Jurídica – Asesoría Legal Gestión Contractual;

"FUNCIONES ESENCIALES

2. *Emitir concepto jurídico sobre las modificaciones propuestas a los contratos de interventoría, concesión y demás formas de asociación público privada, de acuerdo con las normas vigentes y las directrices institucionales.*

(...)

De lo anterior queda demostrado que MONTAÑO GARCIA, tenía el deber por mandato reglamentario de emitir conceptos jurídicos sobre las modificaciones propuestas a los contratos de concesión y en la medida que en las actuaciones que desplegó asumió una posición jurídica que no tuvo en cuenta el alcance de la norma respecto de los requisitos para la adición al contrato de concesión, su comportamiento se adecua a la falta gravísima que le ha sido endilgada.

De otra parte, respecto del numeral 1 del artículo 34 de la Ley 734 de 2002, que a su vez fue considerado por el funcionario instructor como norma infringida dado el desconocimiento de las normas que regulan la contratación estatal, por cuanto la misma consagra como deberes de los servidores públicos, el cumplir y hacer que se cumplan la Constitución, las leyes, los decretos, y desempeñar con diligencia, eficiencia e imparcialidad el servicio encomendado, se considera en esta instancia de juzgamiento que la conducta reprochada se adecua de manera única a la previsión del numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, como quedo antes expuesto, en tanto el incumplimiento del deber se entiende subsumido en este comportamiento. De manera que el comportamiento genera la apariencia de enmarcarse en varios tipos disciplinarios excluyentes, a pesar de que, en realidad, únicamente genera la configuración de uno de ellos, es lo que se conoce como concurso aparente de infracciones disciplinarias, eventos en los cuales no hay un verdadero concurso, razón por la que en garantía del principio del *non bis in idem*, se deberán excluir las infracciones disciplinarias que en realidad no se tipifican por medio de la aplicación de los principios de especialidad, subsidiaridad y consunción.

Hecha la anterior precisión se confirma la violación de las normas consideradas por el funcionario de instrucción, a su vez con fundamento en los argumentos expuestos quedan resueltos los argumentos de la defensa en torno a la tipicidad.

8.1.5.2 Cargo Segundo:

Para el funcionario instructor DAVID LEONARDO MONTAÑO GARCIA, Experto Código G3 Grado 07 de la Vicepresidencia Jurídica, del área de desempeño Asesoría Legal Gestión Contractual 2, puede ver comprometida su responsabilidad disciplinaria al desconocer los principios de transparencia que comporta el deber de selección objetiva y el de responsabilidad de la contratación estatal, al haber firmado el estudio de conveniencia y oportunidad para la suscripción del Otrosí No. 6 del 13 de marzo del 2014, desde su componente jurídico, y dar su visto bueno de proyección del Otrosí No. 6 del 14 de marzo del 2014 al contrato de concesión No. 001 de 2010, toda vez que el objeto de este Otrosí no tenía relación con el objeto del contrato de concesión; dando con su actuación argumentos jurídicos para celebrarlo directamente con el concesionario.

Como ha quedado ampliamente expuesto, el Otrosí No. 6 tuvo por objeto adicionar el contrato de concesión No. 001 de 2010, para que el concesionario elabore los diseños, financie, obtenga las licencias ambientales y demás permisos, adquiera predios, rehabilite, construya, mejore, opere y mantenga el Tramo denominado "Transversal Rio de Oro — Aguacilara — Gamarra, conforme a las situaciones señaladas en el numeral **"7.5.3 Adición al contrato de concesión No. 001 de 2010 a través del Otrosí No. 6"**.

Se indicó que, en virtud del **principio de transparencia**, la escogencia del contratista se debe efectuar por regla general a través del procedimiento establecido para la licitación pública, salvo las excepciones que cita el numeral 1° del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007, situación desconocida por parte del investigado, al haber firmado el estudio de conveniencia y oportunidad para la suscripción del otrosí No. 6 del 13 de marzo del 2014, y haber dado su visto bueno de proyección al Otrosí No. 6 del 14 de marzo del 2014 al contrato de concesión No. 001 de 2010, toda vez que el objeto del Otrosí no tenía relación con el objeto del contrato y por tanto no debió celebrarse directamente con el concesionario, si no que se debió adelantar el proceso de licitación pública.

Así mismo se consideró desconocido el deber de selección objetiva contenido en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 por cuanto, no era viable jurídicamente que la ANI adicionará de manera directa al contrato de concesión el tramo Ocaña – Gamarra – Aguacalara – Puerto Capulco, para que el mismo concesionario lo ejecutara, de ahí que su adjudicación no fue objetiva, afectando sus finalidades en procura de la libre concurrencia y el escogimiento del ofrecimiento más favorable a la entidad sin consideración a factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva, en el marco de sus funciones debió haber manifestado que era necesario haber sometido esta contratación a un proceso selectivo de licitación pública que observara este deber.

De igual forma se consideró que pudo transgredir el **principio de responsabilidad**, conforme lo previsto en los numerales 1, 2 y 4 del artículo 26 de la Ley 80 de 1993, toda vez que estas normas establecen que los servidores públicos están obligados a buscar el cumplimiento de los fines de la contratación estatal, e igualmente que responden por sus actuaciones y omisiones ya que, deben estar presididas por las reglas sobre administración de bienes ajenos y por los mandatos y postulados que gobiernan una conducta ajustada a la ética y a la justicia los cuales se consideran desconocidos en la medida en que el investigado, no procuró los fines de la contratación al haberle dado el aval desde el punto de vista jurídico en el marco de sus funciones al referido Otrosí justificando no haber acudido a un proceso de selección objetiva del contratista.

Se soporta el reproche, en la medida que el objeto del *Otrosí*, no tiene perfecta relación de exégesis con el objeto del contrato primigenio, requisito indispensable para adicionar a este la ejecución de la obra del nuevo tramo, en la medida que se trataba de corredores viales, sectores y tramos diferentes, que no dependían del correspondiente a Puerto Salgar – San Roque; esto, unido a que no se trataba de obras adicionales, y en tal sentido la ejecución de la nueva vía debió haberse contratado a través de licitación pública.

La falta imputada se encuentra descrita como falta gravísima, contenida en el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002;

“Participar en la etapa precontractual o en la actividad contractual (...) con desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal (...) contemplados en (...) la Ley.

De lo antes señalado, se determina que al momento de tipificar la falta se señalaron las reglas legales que desarrollaban y daban alcance en concreto a cada uno de estos principios de la contratación estatal, como consta en el análisis en el acápite de normas violadas y concepto de la violación en el pliego de cargos.

Así para el caso del principio de transparencia se consideraron las siguientes normas; artículo 2 y 5 de la Ley 1150 de 2007, este último del deber de selección objetiva, y para el caso del principio de responsabilidad, lo dispuesto en los numerales 1, 2 y 4 del artículo 26 de la Ley 80 de 1993, al desconocerse el artículo 28 de la Ley 1150 de 2007 aplicable al contrato de concesión No. 001 de 2010, en atención a las funciones asignadas como Experto Código G3 Grado 07 de la Vicepresidencia Jurídica, del área de desempeño Asesoría Legal Gestión Contractual 2, conforme a lo previsto en la Resolución No. 576 de 13 de junio de 2013. – Manual Específico de Funciones y Competencias Laborales para los empleados de la ANI – Experto G3 – grado 07 – de la Vicepresidencia Jurídica - Área legal Gestión contractual.

Acreditación de los elementos típicos de la conducta endilgada en el pliego de cargos:

Como quedo señalado en las consideraciones generales frente a la tipicidad, corresponde entrar a determinar la acreditación de los elementos típicos de la conducta endilgada al tenor de lo establecido en el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, así:

1. Participar en la etapa precontractual o en la actividad contractual
 2. Con desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal
- **Participar en la etapa precontractual o en la actividad contractual**

Respecto al primero de los elementos de la tipicidad de la falta, se determinó que el investigado desplegó las siguientes actuaciones;

- Firmó el Estudio de Conveniencia y Oportunidad para la suscripción del Otrosí No. 6 del 13 de marzo del 2014, desde su componente jurídico y
- Proyectó el Otrosí No. 6 del 14 de marzo del 2014 al contrato de concesión No. 001 de 2010.

Situación que se encuentra claramente demostrada a través de los respectivos documentos, donde consta su firma, y cuyo contenido ha quedado expuesto previamente, por lo cual se advierte que a través de estas actuaciones participó en la etapa precontractual, en relación con el trámite de adición al contrato de concesión No. 001 de 2010, que dio lugar a la suscripción del Otrosí No. 06.



- **Desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal (transparencia, responsabilidad y deber de selección objetiva).**

Frente al segundo de los elementos de la tipicidad, se advierte el desconocimiento de los principios de transparencia y responsabilidad, a partir de sus diferentes actuaciones, que dieron el aval desde el punto de vista jurídico para adicionar el contrato de concesión, obviando la selección a través de licitación pública.

Se confirma en esta instancia la violación de los enunciados principios, conforme a las consideraciones realizadas por el funcionario de instrucción, de suerte que se desconoció que en virtud del *principio de transparencia* se ha previsto para la escogencia del contratista diversas modalidades, que, para el caso conforme al objeto, correspondía a través de licitación pública, y en ese sentido conforme a sus funciones se debía orientar la estructuración del proceso desde el punto de vista jurídico, desconociendo con ello el *deber de selección objetiva*, y a su vez el *principio de responsabilidad* que en virtud de las funciones que le competían en relación con la contratación estatal, en particular la de emitir concepto jurídico sobre las modificaciones a los contratos de concesión, estaba llamado a procurar por el cumplimiento de los fines de la contratación, en tal sentido era su deber garantizar desde la proyección y revisión jurídica que se aplicaran los respectivos procedimientos de selección previstos en el estatuto contractual, que le señalaban en este caso se debía adelantar una licitación pública.

El desconocimiento que se reprocha se encuentra acreditado, conforme quedo expuesto en el respectivo análisis probatorio, contenido en el numeral ***“7.5.6 Las obras adicionadas a través de los Otrosíes 3 y 6 no estaban directamente relacionadas con el objeto concesionado, y no se referían al mismo corredor vial”***, del cual se determina que el tramo Ocaña – Gamarra adicionado al objeto del contrato de concesión inicial esto es el tramo comprendido entre Puerto Salgar y San Roque, no cumplía con los requisitos dispuestos en el artículo 28 de la Ley 1150 de 2007, al tenor de la exequibilidad condicionada en la Sentencia C – 300 de 2012, de ahí entonces que la Procuraduría ha cumplido con la carga de demostrar los hechos sobre los cuales se hizo la imputación.

En esta instancia y pese a ser repetitivo, corresponde precisar la forma en que se acredita la vulneración de los principios de la contratación estatal reprochados en el pliego de cargos, por cuanto en materia disciplinaria la responsabilidad es individual y no colectiva, es decir cada sujeto disciplinable desde la órbita de sus deberes funcionales responde de manera particular por sus acciones, omisiones o extralimitaciones en el ejercicio de los asuntos encomendados.

Es así como frente al **principio de transparencia de la contratación estatal** fue desconocido por parte del Experto de la Vicepresidencia Jurídica – Asesoría Legal Gestión Contractual 2, al haber firmado el Estudio de Conveniencia y Oportunidad para la Suscripción del Otrosí No. 6 del 13 de marzo del 2014 (desde su componente jurídico), y haber estampado su visto bueno de proyección del Otrosí No. 6 del 14 de marzo del 2014 al contrato de concesión No. 001 de 2010, toda vez que el objeto de éstos otrosíes no tenían relación con el objeto del contrato de concesión No. 001 de

2010 y por tanto, no debieron celebrarse con el concesionario, sino que se debió adelantar el proceso de licitación pública para el otrosí 6.

Nuevamente hay que decirlo (según el caso de cada uno de los investigados): la licitación pública es el procedimiento de selección principal y aplicable en todos los casos de escogencia de contratistas el Estado, a excepción de los casos expresamente dispuestos por la ley; a través de este procedimiento, públicamente las entidades realizan invitación a todas las personas que puedan y tengan interés en ejecutar un contrato, para que en igualdad de condiciones, objetivas y verificables, se presenten varias ofertas entre las cuales se escogerá la más favorable al interés público.

El aspecto central que justificó tanto la suscripción del otrosí No. 3, como el No. 6 al cual nos hemos venido refiriendo en este segundo cargo formulado al señor MONTAÑO tiene que ver con que para la Agencia Nacional de Infraestructura y en ese caso para quien con su firma comprometió la voluntad de dicha entidad estatal, con las adiciones se estaba afectando el mismo corredor vial, en el sentido de: "(...) proyección, ejecución, conservación, reposición, reparación de: (a) obras complementarias necesarias para que la obra principal cumpla su finalidad y sea debidamente aprovechada, (b) obras necesarias para adaptar y modernizar la obra principal a nuevas exigencias técnicas y funcionales; y (c) obras para la reparación y reposición de las obra principal, cuando sea necesario."

Ahora, como el mismo objeto del contrato de concesión No. 01 del 2010 lo señala, su objeto era el otorgamiento de una concesión para que de conformidad con lo previsto en el numeral 4 del artículo 32 de la ley 80 de 1993, el concesionario, por su cuenta y riesgo elabore los diseños, financie, obtenga las licencias ambientales y demás permisos, adquiera los predios, rehabilite, construya, mejore, opere y mantenga el Sector. ¿Cuál sector? Pues el comprendido entre Puerto Salgar y San Roque, cuyas especificaciones de identificación y referencia se detallan en el apéndice técnico y sobre el cual se llevarán a cabo las obligaciones de resultado a cargo del concesionario.

Y, más adelante también dice el contrato:

"Literal b de la Sección 13.01: Sin embargo, si durante la ejecución del presente contrato fuese necesario realizar actividades adicionales a las previstas en el alcance inicial del presente contrato relacionadas con el sector, el concesionario deberá (i) contratar la elaboración de los Estudios y Diseños de las actividades adicionales. El costo de estos diseños deberá ser previamente acordado con el INCO y será asumido por el Concesionario y reconocido por el INCO en los términos del presente literal."

Nótese, si bien el mismo negocio jurídico literal preveía la posible necesidad de contratar actividades adicionales, estas DEBÍAN estar relacionadas con el sector entregado al concesionario.

Empero, sin mayor análisis, en el concepto suscrito por la Gerente de Gestión Contractual 2 ALEXANDRA LOZANO VERGARA, el 21 de enero de 2013 arriba citado, se concluyó, posiblemente de manera irresponsable, que la adición que le ofreció LUIS FERNANDO ANDRADE MORENO al Concesionario Ruta del Sol 2



(recuérdese que fue el investigado de quien provino el interés inicial – Ver su oficio No. 2012-305-08705-1 del 13 de julio de 2012), era viable, conforme lo siguiente:

"(...)

Siguiendo las reglas del Contrato de Concesión No. 001 de 2010 y los preceptos y argumentos contenidos en la Sentencia C-300, se concluye que es procedente la adición del Contrato de Concesión, proyecto vial Ruta del Sol Sector 2, para que el Concesionario ejecute obras de rehabilitación y mejoramiento y posterior operación y mantenimiento del trayecto Ocaña – Aguas Claras – Gamarra – Puerto Capulco, siempre que técnicamente se trate de obras directamente relacionadas con el objeto concesionado, en este caso el "Sector" esto es el trayecto comprendido entre Puerto Salgar y San Roque cuyas especificaciones de identificación y referencias se detallan en el Apéndice Técnica del Contrato de Concesión."

Esta justificación fue incorporada en el estudio previo que justificó este otrosí No. 3, suscrito por CAMILO MENDOZA ROZO y ALEXANDRA LOZANO VERGARA, con el visto bueno jurídico de DAVID LEONARDO MONTAÑO GARCÍA; así mismo, el documento del otrosí No. 3 del 15 de julio del 2013, suscrito por LUIS FERNANDO ANDRADE MORENO, Presidente de la Agencia Nacional de Infraestructura para la época de los hechos.

Igual situación sucedió con las justificaciones previas a la suscripción del otrosí No. 6, (y en el mismo otrosí No. 6 del 14 de marzo de 2014) (ambos documentos suscritos y con el visto bueno de revisión desde el punto de vista jurídico por parte de ANDRÉS FIGUEROA SERPA, DAVID LEONARDO MONTAÑO GARCÍA y ALEXANDRA LOZANO VERGARA), en cuyo estudio de conveniencia se indicó que el Sector Ruta del Sol 2 comprende, entre otros, el Tramo San Alberto – Aguachica, correspondiente a la Ruta Nacional 4514, que incluye en su trayecto **LA INTERSECCIÓN A DESNIVEL EN EL SITIO DENOMINADO AGUACLARA**, a partir de la cual se desprende de un lado la Ruta Nacional 70 que conduce al municipio de Ocaña en el departamento de Norte de Santander y del otro la vía que conecta con el municipio de Gamarra – César – y de allí a Puerto Capulco a orillas del Río Magdalena.

Nótese el Sector 2 de la Ruta del Sol y la ruta que se adicionó **SOLAMENTE** se "tocan" en una **INTERSECCIÓN A DESNIVEL** en el Aguaclara.

Entonces, conforme a lo expuesto con grado de certeza probatoria y jurídica, el alcance del objeto de estos *otrosíes*, **no tiene perfecta relación de exégesis** con el objeto del contrato primigenio, requisito que, conforme a la jurisprudencia del Consejo de Estado, ni de la Corte Constitucional, por lo que no era jurídicamente posible adicionar el contrato de Concesión No. 001 del 2010 a través de los otrosíes No. 3 y 6, en la medida que se trataba de corredores viales, sectores y tramos diferentes, que, al parecer, no dependían del correspondiente a Puerto Salgar – San Roque; esto, unido a que al no tratarse de obras adicionales al alcance del contrato primigenio¹⁵⁴, estos estudios debieron haberse contratado a través del mecanismo de selección correspondiente, lo cual al parecer no se verificó.

¹⁵⁴ Conforme a la Sección 13.01, literal b) del contrato de concesión bajo análisis.
Expediente: IUS E - 2017 - 19229 / IUC D-2017-651-927370
Fallo de primera instancia sancionatorio.

Sobre este punto es pertinente traer a colación lo expresado párrafos arriba, en cuanto a las precisiones que desarrolló la Corte Constitucional y el Consejo de Estado; empero, por economía procesal y por cuanto el tema fue desarrollado con suficiencia, nos remitimos y se remite a los sujetos procesales, a las consideraciones ya hechas en esta decisión.

En tal sentido, como se indicó en dicho acápite, con toda claridad lo dijo el Consejo de Estado: si el objeto de un contrato de concesión es la construcción, mantenimiento y operación de un corredor vial entre los puntos A y B (Puerto Salgar – San Roque – Ruta del Sol 2), es claro que cualquier obra que esté por fuera de los límites espaciales de dicho corredor, como su extensión hasta un punto geográfico C (Ocaña – Gamarra – Aguacilara – Puerto Capulco), no podía pactarse ni ejecutarse como una adición al contrato de que se trate; pero tampoco podía adicionarse dicho contrato con la realización de obras o la prestación de servicios que, aun cuando se ejecuten dentro de los límites geográficos del corredor vial, ninguna relación tienen con la construcción, mantenimiento y operación de dicho corredor, como sería, entre otras, la construcción de acueductos, hospitales, escuelas, parques, viviendas, edificios públicos ajenos al mantenimiento y operación del corredor vial etc.

Por tanto, es dable concluir definitivamente que MONTAÑO GARCÍA hizo parte del engranaje jurídico que puso en funcionamiento el Presidente de la Agencia Nacional de Infraestructura, respecto de las adiciones previamente analizadas, con el fin de entregarle un tramo completamente diferente al concesionado a la Concesionada Ruta del Sol 2, que no tenía nada que ver con el corredor vial que iba de Puerto Salgar a San Roque (Ruta del Sol – Sector 2).

Ahora bien, como se anotó al inicio de este capítulo en virtud de los principios de legalidad y tipicidad en el análisis de la configuración de la falta disciplinaria se debe proceder al análisis de la *infracción del deber*; para lo cual se encuentra acreditado que DAVID LEONARDO MONTAÑO en su condición de Experto adscrito al área jurídica, tenía a cargo los siguientes deberes y funciones.

Conforme lo previsto en la Resolución No. 576 del 13 de junio del 2013 – Manual Específico de Funciones y Competencias Laborales para los empleos de la Agencia Nacional de Infraestructura – EXPERTO G3 – GRADO 07 – de la Vicepresidencia Jurídica – Asesoría Legal Gestión Contractual

"FUNCIONES ESENCIALES

3. *Emitir concepto jurídico sobre las modificaciones propuestas a los contratos de interventoría, concesión y demás formas de asociación público privada, de acuerdo con las normas vigentes y las directrices institucionales.*
- (...)"

Así queda demostrado que, MONTAÑO GARCIA proyectó, y dio su visto bueno desde el punto de vista jurídico, a las actividades propias para la suscripción del Otrosí No. 6 al contrato de concesión No. 001 de 2010, en contravía de las normas que regulaban la materia.

De otra parte respecto del numeral 1 del artículo 34 de la Ley 734 de 2002, que a su vez fue considerado por el funcionario instructor como norma infringida dado el desconocimiento de las normas que regulan la contratación estatal, por cuanto la misma consagra como deberes de los servidores públicos, el cumplir y hacer que se cumplan la Constitución, las leyes, los decretos, y desempeñar con diligencia, eficiencia e imparcialidad el servicio encomendado, se considera en esta instancia de juzgamiento que la conducta reprochada se adecua de manera única a la previsión del numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, como quedo antes expuesto, en tanto el incumplimiento del deber se entiende subsumido en este comportamiento. De manera que el comportamiento genera la apariencia de enmarcarse en varios tipos disciplinarios excluyentes, a pesar de que, en realidad, únicamente genera la configuración de uno de ellos, es lo que se conoce como concurso aparente de infracciones disciplinarias, eventos en los cuales no hay un verdadero concurso, razón por la que en garantía del principio del *non bis in idem*, se deberán excluir las infracciones disciplinarias que en realidad no se tipifican por medio de la aplicación de los principios de especialidad, subsidiaridad y consunción.

8.1.5.3 Respuesta a los argumentos de defensa referentes al análisis de la tipicidad frente a los cargos primero y segundo

Con fundamento en las anteriores consideraciones se confirma la violación de las normas consideradas por el funcionario de instrucción, y se desvirtúan a su vez las consideraciones de la defensa, teniendo en cuenta que el disciplinado incurrió en la violación de las normas que le han sido reprochadas al descartarse la justificación de su actuar en el sentido que el tramo adicionado no hacía parte del sector 2 de la Ruta del sol y por ende debía llevarse a cabo un nuevo proceso de selección pública.

8.2 ANÁLISIS DE ILICITUD SUSTANCIAL

Previo al análisis para cada uno de los cargos formulados a cada investigado, se realizan unas consideraciones generales en torno a la ilicitud sustancial.

Establece el artículo 5 de la Ley 734 de 2002 que «La falta será antijurídica cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna».

La ilicitud sustancial disciplinaria debe entenderse como la afectación sustancial de los deberes funcionales, siempre que ello implique el desconocimiento de los principios que rigen la función pública, lo cual debe armonizarse con el artículo 22 de la Ley 734 de 2002, el cual establece que la garantía de la función pública descansa en la salvaguarda, por parte del sujeto disciplinable, de los principios que la gobiernan,¹⁵⁵ a los cuales se suscribe el cumplimiento de sus deberes y demás exigencias constitucionales y legales, siendo en consecuencia el objeto, fin o interés

¹⁵⁵ Moralidad pública, transparencia, objetividad, legalidad, honradez, lealtad, igualdad, imparcialidad, celeridad, publicidad, economía, neutralidad, eficacia, eficiencia, disciplina, entre otros.
Expediente: IUS E - 2017 - 19229 / IUC D-2017-651-927370
Fallo de primera instancia sancionatorio.



jurídico protegidos por el derecho disciplinario, norma que es concordante con el artículo 209 de la Constitución Política.

Lo anterior por cuanto lo que pretende el derecho disciplinario es encauzar la conducta del servidor público, reprochando comportamientos que vulneren la garantía de la función pública en aras de que se cumplan los fines del Estado Social de Derecho, por ello la sustancialidad de la ilicitud debe comprobarse cuando el deber exigible al disciplinado implique el desconocimiento de los principios que rigen la función pública, entendiéndose por tal la antijuridicidad sustancial del comportamiento.

La Corte Constitucional en sentencia C-092 de 2004 expresó:

«Al respecto la Corte constata que la norma traduce - ART. 5 CDU - la adopción por el Legislador de una postura clara a favor de la autonomía del derecho disciplinario en materia de determinación de la antijuridicidad de las conductas que dicho derecho sanciona frente a las categorías propias del derecho penal.

Para la Corte, como se desprende de las consideraciones preliminares que se hicieron en relación con la especificidad del derecho disciplinario, resulta claro que dicho derecho está integrado por todas aquellas normas mediante las cuales se exige a los servidores públicos un determinado comportamiento en el ejercicio de sus funciones. En este sentido y dado que, como lo señala acertadamente la vista fiscal, las normas disciplinarias tienen como finalidad encauzar la conducta de quienes cumplen funciones públicas mediante la imposición de deberes con el objeto de lograr el cumplimiento de los cometidos fines y funciones estatales, el objeto de protección del derecho disciplinario es sin lugar a dudas el deber funcional de quien tiene a su cargo una función pública.

El incumplimiento de dicho deber funcional es entonces necesariamente el que orienta la determinación de la antijuridicidad de las conductas que se reprochan por la ley disciplinaria. Obviamente no es el desconocimiento formal de dicho deber el que origina la falta disciplinaria, sino que, como por lo demás lo señala la disposición acusada, es la infracción sustancial de dicho deber, es decir el que se atente contra el buen funcionamiento del Estado y por ende contra sus fines, lo que se encuentra al origen de la antijuridicidad de la conducta».

El artículo 209 de la Constitución Política establece que la función administrativa se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad. La ley 489 de 1998 a través de su artículo 3, reitera éstos, como principios rectores de la función administrativa.

El derecho disciplinario protege de manera preferencial la moralidad de la administración y por ello se centra en verificar el cumplimiento de los deberes de los funcionarios públicos. La razón de ser de la falta disciplinaria es la infracción de los deberes funcionales y que mediante la ley disciplinaria se pretende la buena marcha de la administración pública asegurando que los servidores del Estado cumplan fielmente con sus deberes oficiales en los términos legalmente establecidos, para lo cual se tipifican las conductas constitutivas de faltas disciplinarias.



El proceso disciplinario, examina el cumplimiento de deberes en una órbita de sujeción especial, con la finalidad de mantener incólume el bien jurídico del correcto ejercicio de la función pública, dentro de un proceso auto tutelar cuyas sanciones cumplen fines de prevención y protección de la función pública.

Adicionalmente, se considera que quien actúa a nombre de la administración está sometido a un régimen especial que puede limitar su libertad y otros derechos en función de los intereses que ella persigue; y que como servidor público está llamado a tener sumo cuidado, en el cumplimiento de las normas que regulan el ejercicio de la función pública.

8.2.1 Para LUIS FERNANDO ANDRADE MORENO

8.2.1.1 Para el Cargo Primero:

8.2.1.1.1 Principio de moralidad de la función administrativa

Se considera de manera definitiva en esta instancia, que el disciplinado con su conducta afectó el principio de moralidad, por cuanto en su condición de Presidente de la ANI, tenía el deber de acatar los procedimientos de selección de contratistas previstos en el estatuto contractual, para el caso en particular de la suscripción del Otrosí No. 03, a través de un concurso de méritos, conforme lo previsto en el Decreto 734 de 2002, vigente para ese momento.

Tal actuar conllevó la afectación de la función pública y el buen funcionamiento del Estado, al omitir el respectivo procedimiento de selección, contrariando con ello los fines de la contratación estatal del deber de selección objetiva y la libre concurrencia; en la medida que se restringió la oportunidad para que en igualdad de condiciones otros proponentes se presentaran en el proceso y se permitiera la posibilidad de evaluar y escoger la propuesta más favorable a la entidad, situación que sin duda se traduce en un beneficio para la administración y para el interés general.

Se hacía imperante que, en virtud de este principio, y de acuerdo con el fin de la contratación estatal, se adelantará el respectivo proceso abierto y transparente que a su vez respetará los principios de igualdad, eficacia, imparcialidad y publicidad, en aras de seleccionar la mejor oferta. Así ha considerado la Corte Constitucional que *“El fin de la contratación pública en el Estado Social de Derecho está directamente asociado al cumplimiento del interés general, puesto que el contrato público es uno de aquellos “instrumentos jurídicos de los que se vale el Estado para cumplir sus finalidades, hacer efectivos los deberes públicos y prestar los servicios a su cargo, con la colaboración de los particulares a quienes corresponde ejecutar, a nombre de la administración, las tareas acordadas. El interés general, además de guiar y explicar la manera como el legislador está llamado a regular el régimen de contratación administrativa, determina las actuaciones de la Administración, de los servidores que la representan y de los contratistas, estos últimos vinculados al cumplimiento de las*

obligaciones generales de todo contrato y por ende supeditados al cumplimiento de los fines del Estado¹⁵⁶.

En virtud de este principalísimo papel que cumple la contratación estatal en un Estado Social de Derecho, ha previsto el legislador diversas modalidades de acuerdo a su objeto, en procura del interés general y el principio de participación, lo que limita la adjudicación de manera directa cuando concurren alguna de estas modalidades, de tal suerte que en este caso el concesionario no gozaba de prelación alguna para ser el adjudicatario directo, debiendo someterse a un proceso transparente que fue sacrificado con el actuar del disciplinado.

El principio de la moralidad de la función administrativa, contenido en artículo 209 de la Constitución Política, es aplicable al caso, en razón a que están involucrados el interés público y recursos públicos;

“ARTICULO 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.”

El concepto del principio constitucional de moralidad administrativa contenido en esta norma ha sido tratado por la Corte Constitucional en diversas sentencias, entre ellas, en la Sentencia C – 826 de 2013, que sostiene:

“Acerca del principio de moralidad en el ámbito de los deberes jurídicos de la administración pública, recuerda la Corte que el artículo 6° de la Constitución Política señala que los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones. Lo anterior, expresado con otras palabras, quiere significar que los servidores públicos están obligados a hacer solo lo que les está permitido por la ley, de manera que cuando hay omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones están sobrepasando lo que por orden constitucional les está permitido ejecutar. Los servidores y funcionarios públicos se comprometen a cumplir y defender la Constitución desempeñando lo que les ordena la ley, ejerciendo sus funciones de la forma prevista por la Carta, la Ley y el Reglamento, ya que ellos están al servicio del Estado y no de sus necesidades e intereses particulares, tal y como lo indican los artículos superiores 122-2 y 123-2, de manera que la aplicación de este principio es extensible a toda la actividad estatal, en virtud de los artículos 1° y 2° superiores. El principio de moralidad en la administración pública cobija todas las actuaciones de los funcionarios del Estado y de los particulares que cumplen funciones públicas. La jurisprudencia constitucional ha puesto de relieve que en la Constitución se establecieron múltiples instrumentos encaminados a asegurar el respeto del principio de moralidad, en cuanto el texto superior señala claros mandatos destinados a asegurar el cumplimiento transparente e imparcial de las funciones públicas (...).”

Conforme lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley 1437 de 2011, “(...) 5. *En virtud del principio de moralidad, todas las personas y los servidores públicos están obligados a actuar con rectitud, lealtad y honestidad en las actuaciones administrativas.*”

¹⁵⁶ Sentencia C-713/09

Expediente: IUS E - 2017 - 19229 / IUC D-2017-651-927370
Fallo de primera instancia sancionatorio.

Se concluye de lo demostrado en la presente actuación que LUIS FERNANDO ANDRADE MORENO no observó el principio de moralidad, que le exigía que en virtud de la función administrativa la cual es reglada¹⁵⁷, sus actuaciones estuvieran en procura del interés público y del respeto de las normas de contratación estatal, en particular las que desarrollan el principio de transparencia tal y como fue desarrollado en el capítulo correspondiente a la tipicidad, se denota en su actuar que se alejó de la rectitud, lealtad, y honestidad en el ejercicio de esta labor, en la medida que con la suscripción de este Otrosí conllevó a que se favoreciera indebidamente, por omitir realizar el respectivo proceso de selección, a la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S, en desmedro de la legalidad y de los intereses Estatales.

8.2.1.1.2 Principio de Responsabilidad de la función administrativa

Se confirma en esta instancia que ANDRADE MORENO fue irresponsable en el ejercicio de su función, ya que le entregó de manera directa, desconociendo los principios de transparencia, responsabilidad y deber de selección objetiva de la contratación estatal, los estudios para el tramo Ocaña – Gamarra a la Concesionaria Ruta del Sol 2, cuando este objeto no estaba directamente relacionado con el objeto del contrato de concesión, evadiendo con este actuar irresponsable, la selección objetiva del contratista, en beneficio de este concesionario.

En su caso se reprocha en grado máximo, el acto irresponsable por cuanto era a él a quien se le había confiado la dirección de la actividad contractual de la entidad, y por ende sus actuaciones debían dirigirse en acatamiento estricto a la normatividad en materia contractual.

Conforme lo previsto en el numeral 7 de la Ley 1437 de 2011; “(...) 7. En virtud del principio de responsabilidad, las autoridades y sus agentes asumirán las consecuencias por sus decisiones, omisiones o extralimitación de funciones, de acuerdo con la Constitución, las leyes y los reglamentos.”

El análisis de este principio en sede de ilicitud se soporta también con el análisis de la violación del principio de responsabilidad que ha sido analizado en el análisis de la tipicidad.

Se advierte además que en el transcurso de la investigación no se soporta causal alguna que justifique la conducta atribuida al investigado.

Con fundamento en las anteriores consideraciones quedan resueltos los argumentos de la defensa en torno a la ilicitud sustancial, confirmado la transgresión de los citados principios considerados en la etapa de instrucción.

¹⁵⁷ Acerca del principio de moralidad, el Consejo de Estado, en providencia de fecha 8 de junio de 2011, proferida en la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo con ponencia del consejero Jaime Orlando Santofimio Gamboa, en la radicación número: 25000-23-26-000-2005-01330-01, señaló: “(...) Se colige de lo expuesto que el principio de moralidad se quebranta cuando los servidores públicos no cumplen con estricto rigor las normas que regulan el procedimiento administrativo que desarrollan, toda vez que el ejercicio de la función administrativa es reglada (...)”

8.2.1.2 Para el cargo segundo

8.2.1.2.1 Principio de moralidad de la función administrativa

Se considera de manera definitiva en esta instancia, que el disciplinado con su conducta afectó el principio de moralidad, por cuanto en su condición de Presidente de la ANI, tenía el deber de acatar los procedimientos de selección de contratistas previstos en el estatuto contractual, para el caso en particular de la suscripción del Otrosí No. 06, a través de licitación pública, conforme lo previsto en el numeral 1 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007.

Con esta actuación se afectó la función pública y el buen funcionamiento del Estado, al omitir el respectivo procedimiento de selección, contrariando con ello los fines de la contratación estatal del deber de selección objetiva y la libre concurrencia; en la medida que se restringió la oportunidad para que en igualdad de condiciones otros proponentes se presentaran en el proceso y se permitiera la posibilidad de evaluar y escoger la propuesta más favorable a la entidad, situación que sin duda se traduce en un beneficio para la administración y en procura del interés general.

Se hacía imperante que, en virtud de este principio, y de acuerdo al fin de la contratación estatal, se adelantará el respectivo proceso abierto y transparente que a su vez respetará los principios de igualdad, eficacia, imparcialidad y publicidad, en aras de seleccionar la mejor oferta. Así ha considerado la Corte Constitucional que *"El fin de la contratación pública en el Estado Social de Derecho está directamente asociado al cumplimiento del interés general, puesto que el contrato público es uno de aquellos "instrumentos jurídicos de los que se vale el Estado para cumplir sus finalidades, hacer efectivos los deberes públicos y prestar los servicios a su cargo, con la colaboración de los particulares a quienes corresponde ejecutar, a nombre de la administración, las tareas acordadas. El interés general, además de guiar y explicar la manera como el legislador está llamado a regular el régimen de contratación administrativa, determina las actuaciones de la Administración, de los servidores que la representan y de los contratistas, estos últimos vinculados al cumplimiento de las obligaciones generales de todo contrato y por ende supeditados al cumplimiento de los fines del Estado"*¹⁵⁸.

En virtud del papel fundamental que cumple la contratación estatal en un Estado Social de Derecho, ha previsto el legislador diversas modalidades de acuerdo a su objeto, en procura del interés general y el principio de participación, lo que limita la adjudicación de manera directa cuando concurren alguna de estas modalidades, de tal suerte que en este caso el concesionario no gozaba de prelación alguna para ser el adjudicatario directo, debiendo someterse a un proceso transparente que fue sacrificado con el actuar del disciplinado.

El principio de la moralidad de la función administrativa, contenido en artículo 209 de la Constitución Política, es aplicable al caso, en razón a que están involucrados el interés público y recursos públicos;

¹⁵⁸ Sentencia C-713/09

Expediente: IUS E - 2017 - 19229 / IUC D-2017-651-927370
Fallo de primera instancia sancionatorio.

"ARTICULO 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones."

El concepto del principio constitucional de moralidad administrativa contenido en esta norma ha sido tratado por la Corte Constitucional en diversas sentencias, entre ellas, en la Sentencia C – 826 de 2013, que sostiene:

"Acerca del principio de moralidad en el ámbito de los deberes jurídicos de la administración pública, recuerda la Corte que el artículo 6° de la Constitución Política señala que los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones. Lo anterior, expresado con otras palabras, quiere significar que los servidores públicos están obligados a hacer solo lo que les está permitido por la ley, de manera que cuando hay omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones están sobrepasando lo que por orden constitucional les está permitido ejecutar. Los servidores y funcionarios públicos se comprometen a cumplir y defender la Constitución desempeñando lo que les ordena la ley, ejerciendo sus funciones de la forma prevista por la Carta, la Ley y el Reglamento, ya que ellos están al servicio del Estado y no de sus necesidades e intereses particulares, tal y como lo indican los artículos superiores 122-2 y 123-2, de manera que la aplicación de este principio es extensible a toda la actividad estatal, en virtud de los artículos 1° y 2° superiores. El principio de moralidad en la administración pública cubre todas las actuaciones de los funcionarios del Estado y de los particulares que cumplen funciones públicas. La jurisprudencia constitucional ha puesto de relieve que en la Constitución se establecieron múltiples instrumentos encaminados a asegurar el respeto del principio de moralidad, en cuanto el texto superior señala claros mandatos destinados a asegurar el cumplimiento transparente e imparcial de las funciones públicas (...)"

Conforme lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley 1437 de 2011, "(...) 5. En virtud del principio de moralidad, todas las personas y los servidores públicos están obligados a actuar con rectitud, lealtad y honestidad en las actuaciones administrativas."

Se concluye de lo demostrado en la presente actuación que LUIS FERNANDO ANDRADE MORENO no observó el principio de moralidad, que le exigía en virtud de la función administrativa la cual es reglada¹⁵⁹, que sus actuaciones estuvieran en procura del interés público y del respeto de las normas de contratación estatal, en particular las que desarrollan el principio de transparencia tal y como fue desarrollado en el capítulo correspondiente a la tipicidad, se denota en su actuar que se alejó de la rectitud, lealtad, y honestidad en el ejercicio de esta labor, en la medida que su actuar conllevó a que se favoreciera indebidamente, por omitir realizar el respectivo

¹⁵⁹ Acerca del principio de moralidad, el Consejo de Estado, en providencia de fecha 8 de junio de 2011, proferida en la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo con ponencia del consejero Jaime Orlando Santofimio Gamboa, en la radicación número: 25000-23-26-000-2005-01330-01, señaló: "(...) Se colige de lo expuesto que el principio de moralidad se quebranta cuando los servidores públicos no cumplen con estricto rigor las normas que regulan el procedimiento administrativo que desarrollan, toda vez que el ejercicio de la función administrativa es reglada (...)"



proceso de selección, a la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S, en desmedro de la legalidad y de los intereses Estatales.

8.2.1.2.2 Principio de Responsabilidad de la función administrativa

Se confirma en esta instancia que ANDRADE MORENO fue irresponsable en el ejercicio de su función, ya que le entregó de manera directa, desconociendo los principios de transparencia, responsabilidad y deber de selección objetiva de la contratación estatal, la ejecución del tramo Ocaña – Gamarra a la Concesionaria Ruta del Sol 2, cuando este objeto no estaba directamente relacionado con el objeto del contrato de concesión, evadiendo con este actuar irresponsable, la selección objetiva del contratista, en beneficio de este concesionario.

En su caso se reprocha en grado máximo, el acto irresponsable por cuanto era a él a quien se le había confiado la dirección de la actividad contractual de la entidad, y por ende sus actuaciones debían dirigirse en acatamiento estricto a la normatividad en materia contractual.

Conforme lo previsto en el numeral 7 de la Ley 1437 de 2011; “(...) 7. En virtud del principio de responsabilidad, las autoridades y sus agentes asumirán las consecuencias por sus decisiones, omisiones o extralimitación de funciones, de acuerdo con la Constitución, las leyes y los reglamentos.”

El análisis de este principio en sede de ilicitud se soporta también con el análisis de la violación del principio de responsabilidad que ha sido analizado en el análisis de la tipicidad.

Se advierte que en el transcurso de la investigación no se soporta causal alguna que justifique la conducta atribuida al investigado.

Con fundamento en las anteriores consideraciones quedan resueltos los argumentos de la defensa en torno a la ilicitud sustancial, confirmando la transgresión de los citados principios considerados en la etapa de instrucción.

8.2.2 Para ALEXANDRA LOZANO VERGARA

8.2.2.1 Para el cargo primero

8.2.2.1.1 Principio de moralidad de la función administrativa

De manera definitiva se establece en esta instancia de juzgamiento que la disciplinada en su condición de Gerente de Gestión Contractual de la ANI, tenía el deber de acatar los procedimientos de selección de contratistas previstos en el estatuto contractual, por ende, en las actuaciones que desplegó con ocasión del Otrosí No. 03, en contravía de dichas normas, afectó el principio de moralidad, al conceptuar y permitir que se eludiera el procedimiento propio de la modalidad de concurso de méritos.

Su conducta conllevó la afectación de la función pública y el buen funcionamiento del Estado, al permitir que se omitiera el respectivo procedimiento de selección, contrariando con ello los fines de la contratación estatal del deber de selección objetiva y la libre concurrencia; en la medida que se restringió la oportunidad para que en igualdad de condiciones otros proponentes se presentaran en el proceso y se permitiera la posibilidad de evaluar y escoger la propuesta más favorable a la entidad, situación que sin duda se traduce en un beneficio para la administración y para el interés general.

En virtud de este principio, y de acuerdo al fin de la contratación estatal, era obligatorio se adelantará el respectivo proceso abierto y transparente que a su vez respetará los principios de igualdad, eficacia, imparcialidad y publicidad, en aras de seleccionar la mejor oferta. Así ha considerado la Corte Constitucional que *"El fin de la contratación pública en el Estado Social de Derecho está directamente asociado al cumplimiento del interés general, puesto que el contrato público es uno de aquellos instrumentos jurídicos de los que se vale el Estado para cumplir sus finalidades, hacer efectivos los deberes públicos y prestar los servicios a su cargo, con la colaboración de los particulares a quienes corresponde ejecutar, a nombre de la administración, las tareas acordadas. El interés general, además de guiar y explicar la manera como el legislador está llamado a regular el régimen de contratación administrativa, determina las actuaciones de la Administración, de los servidores que la representan y de los contratistas, estos últimos vinculados al cumplimiento de las obligaciones generales de todo contrato y por ende supeditados al cumplimiento de los fines del Estado"*¹⁶⁰.

En virtud del papel fundamental que cumple la contratación estatal en un Estado Social de Derecho, ha previsto el legislador diversas modalidades de acuerdo a su objeto, en procura del interés general y el principio de participación, lo que limita la adjudicación de manera directa cuando concurren alguna de estas modalidades, de tal suerte que en este caso el concesionario no gozaba de prelación alguna para ser el adjudicatario directo, debiendo someterse a un proceso transparente que fue sacrificado al haberse permitido la adición directa, proceso en el que participó la disciplinada.

El principio de la moralidad de la función administrativa, contenido en artículo 209 de la Constitución Política, es aplicable al caso bajo análisis, en razón a que están involucrados tanto el interés público y recursos públicos, vigente para la época de los hechos, en el siguiente sentido:

"ARTICULO 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones."

El concepto del principio constitucional de moralidad administrativa contenido en esta norma ha sido tratado por la Corte Constitucional en diversas sentencias, entre ellas, en la Sentencia C – 826 de 2013, que sostiene:

¹⁶⁰ Sentencia C-713/09

Expediente: IUS E - 2017 - 19229 / IUC D-2017-651-927370
Fallo de primera instancia sancionatorio.

"Acerca del principio de moralidad en el ámbito de los deberes jurídicos de la administración pública, recuerda la Corte que el artículo 6° de la Constitución Política señala que los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones. Lo anterior, expresado con otras palabras, quiere significar que los servidores públicos están obligados a hacer solo lo que les está permitido por la ley, de manera que cuando hay omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones están sobrepasando lo que por orden constitucional les está permitido ejecutar. Los servidores y funcionarios públicos se comprometen a cumplir y defender la Constitución desempeñando lo que les ordena la ley, ejerciendo sus funciones de la forma prevista por la Carta, la Ley y el Reglamento, ya que ellos están al servicio del Estado y no de sus necesidades e intereses particulares, tal y como lo indican los artículos superiores 122-2 y 123-2, de manera que la aplicación de este principio es extensible a toda la actividad estatal, en virtud de los artículos 1° y 2° superiores. El principio de moralidad en la administración pública cubre todas las actuaciones de los funcionarios del Estado y de los particulares que cumplen funciones públicas. La jurisprudencia constitucional ha puesto de relieve que en la Constitución se establecieron múltiples instrumentos encaminados a asegurar el respeto del principio de moralidad, en cuanto el texto superior señala claros mandatos destinados a asegurar el cumplimiento transparente e imparcial de las funciones públicas (...)"

Conforme lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley 1437 de 2011, "(...) 5. En virtud del principio de moralidad, todas las personas y los servidores públicos están obligados a actuar con rectitud, lealtad y honestidad en las actuaciones administrativas."

Se concluye de lo demostrado en la presente actuación que ALEXANDRA LOZANO VERGARA no observó el principio de moralidad, que le exigía que en virtud de la función administrativa la cual es reglada¹⁶¹, sus actuaciones estuvieran en procura del interés público y del respeto de las normas de contratación estatal, en particular las que desarrollan el principio de transparencia tal y como fue desarrollado en el capítulo correspondiente a la tipicidad, se denota que con sus actuaciones se alejó de la rectitud, lealtad, y honestidad en el ejercicio de esta labor, en la medida que el análisis desde el punto de vista jurídico conllevó a la suscripción de este Otrosí favoreciendo indebidamente, por omitir realizar el respectivo proceso de selección, a la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S, en detrimento de la legalidad y de los intereses estatales.

8.2.2.1.2 Principio de Responsabilidad de la función administrativa.

Conforme a este principio se tiene que la disciplinada no fue responsable en el ejercicio de su función al haber conceptuado y avalado, que se adicionará de manera directa el contrato de concesión, para la elaboración de los estudios para el tramo

¹⁶¹ Acerca del principio de moralidad, el Consejo de Estado, en providencia de fecha 8 de junio de 2011, proferida en la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo con ponencia del consejero Jaime Orlando Santofimio Gamboa, en la radicación número: 25000-23-26-000-2005-01330-01, señaló: "(...) Se colige de lo expuesto que el principio de moralidad se quebranta cuando los servidores públicos no cumplen con estricto rigor las normas que regulan el procedimiento administrativo que desarrollan, toda vez que el ejercicio de la función administrativa es reglada (...)"



Ocaña – Gamarra a la Concesionaria Ruta del Sol 2, cuando este objeto no estaba directamente relacionado con el objeto del contrato de concesión, omitiendo el respectivo procedimiento de selección; como parte jurídica estaba llamada a ofrecer tanto al Presidente de la entidad, como al Comité de Asuntos Contractuales, y al equipo encargado de la estructuración de la adición, las razones jurídicas por las cuales no era viable la suscripción del Otrosí en esos términos, conllevando al desconocimiento de los principios de transparencia, responsabilidad y deber de selección objetiva de la contratación estatal, en beneficio de este concesionario.

Conforme lo previsto en el numeral 7 de la Ley 1437 de 2011; “(...) 7. En virtud del principio de responsabilidad, las autoridades y sus agentes asumirán las consecuencias por sus decisiones, omisiones o exralimitación de funciones, de acuerdo con la Constitución, las leyes y los reglamentos.”

El análisis de este principio en sede de ilicitud se soporta también con el análisis de la violación del principio de responsabilidad que ha sido analizado en el análisis de la tipicidad.

No se advierte la presencia de causal alguna que justifique la conducta atribuida a la investigada.

Con fundamento en las anteriores consideraciones quedan resueltos los argumentos de la defensa en torno a la ilicitud sustancial, confirmando la transgresión de los citados principios considerados en la etapa de instrucción.

8.2.2.2 Para el cargo segundo

8.2.2.2.1 Principio de moralidad de la función administrativa

De manera definitiva se establece en esta instancia de juzgamiento que la disciplinada en su condición de Gerente de Gestión Contractual de la ANI, tenía el deber de acatar los procedimientos de selección de contratistas previstos en el estatuto contractual, por ende, en las actuaciones que desplegó con ocasión del Otrosí No. 06, en contravía de dichas normas, afectó el principio de moralidad, al conceptuar y permitir que se eludiera el procedimiento propio de la modalidad de licitación pública.

Su conducta conllevó la afectación de la función pública y el buen funcionamiento del Estado, al permitir que se omitiera el respectivo procedimiento de selección, contrariando con ello los fines de la contratación estatal del deber de selección objetiva y la libre concurrencia; en la medida que se restringió la oportunidad para que en igualdad de condiciones otros proponentes se presentaran en el proceso y se permitiera la posibilidad de evaluar y escoger la propuesta más favorable a la entidad, situación que sin duda se traduce en un beneficio para la administración y para el interés general.

En virtud de este principio, y de acuerdo al fin de la contratación estatal, era obligatorio que se adelantará el respectivo proceso abierto y transparente que a su vez respetará los principios de igualdad, eficacia, imparcialidad y publicidad, en aras

de seleccionar la mejor oferta. Así ha considerado la Corte Constitucional que *“El fin de la contratación pública en el Estado Social de Derecho está directamente asociado al cumplimiento del interés general, puesto que el contrato público es uno de aquellos instrumentos jurídicos de los que se vale el Estado para cumplir sus finalidades, hacer efectivos los deberes públicos y prestar los servicios a su cargo, con la colaboración de los particulares a quienes corresponde ejecutar, a nombre de la administración, las tareas acordadas. El interés general, además de guiar y explicar la manera como el legislador está llamado a regular el régimen de contratación administrativa, determina las actuaciones de la Administración, de los servidores que la representan y de los contratistas, estos últimos vinculados al cumplimiento de las obligaciones generales de todo contrato y por ende supeditados al cumplimiento de los fines del Estado”*¹⁶².

En virtud del papel fundamental que cumple la contratación estatal en un Estado Social de Derecho, ha previsto el legislador diversas modalidades de acuerdo a su objeto, en procura del interés general y el principio de participación, lo que limita la adjudicación de manera directa cuando concurren alguna de estas modalidades, de tal suerte que en este caso el concesionario no gozaba de prelación alguna para ser el adjudicatario directo, debiendo someterse a un proceso transparente que fue sacrificado al haberse permitido la adición directa, proceso en el que participó la disciplinada.

El principio de la moralidad de la función administrativa, contenido en artículo 209 de la Constitución Política, es aplicable al caso bajo análisis, en razón a que están involucrados tanto el interés público y recursos públicos, vigente para la época de los hechos, en el siguiente sentido:

“ARTICULO 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.”

El concepto del principio constitucional de moralidad administrativa contenido en esta norma ha sido tratado por la Corte Constitucional en diversas sentencias, entre ellas, en la Sentencia C – 826 de 2013, que sostiene:

“Acerca del principio de moralidad en el ámbito de los deberes jurídicos de la administración pública, recuerda la Corte que el artículo 6° de la Constitución Política señala que los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones. Lo anterior, expresado con otras palabras, quiere significar que los servidores públicos están obligados a hacer solo lo que les está permitido por la ley, de manera que cuando hay omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones están sobrepasando lo que por orden constitucional les está permitido ejecutar. Los servidores y funcionarios públicos se comprometen a cumplir y defender la Constitución desempeñando lo que les ordena la ley, ejerciendo sus funciones de la forma prevista por la Carta, la Ley y el Reglamento, ya que ellos están al servicio del Estado y no de sus necesidades e intereses particulares, tal y como lo indican los artículos

¹⁶² Sentencia C-713/09

Expediente: IUS E - 2017 - 19229 / IUC D-2017-651-927370
Fallo de primera instancia sancionatorio.

superiores 122-2 y 123-2, de manera que la aplicación de este principio es extensible a toda la actividad estatal, en virtud de los artículos 1° y 2° superiores. El principio de moralidad en la administración pública cubre todas las actuaciones de los funcionarios del Estado y de los particulares que cumplen funciones públicas. La jurisprudencia constitucional ha puesto de relieve que en la Constitución se establecieron múltiples instrumentos encaminados a asegurar el respeto del principio de moralidad, en cuanto el texto superior señala claros mandatos destinados a asegurar el cumplimiento transparente e imparcial de las funciones públicas (...).

Conforme lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley 1437 de 2011, "(...) 5. En virtud del principio de moralidad, todas las personas y los servidores públicos están obligados a actuar con rectitud, lealtad y honestidad en las actuaciones administrativas."

Se concluye de lo demostrado en la presente actuación que ALEXANDRA LOZANO VERGARA no observó el principio de moralidad, que le exigía que en virtud de la función administrativa la cual es reglada¹⁶³, sus actuaciones estuvieran en procura del interés público y del respeto de las normas de contratación estatal, en particular las que desarrollan el principio de transparencia tal y como fue desarrollado en el capítulo correspondiente a la tipicidad, se denota que con sus actuaciones se alejó de la rectitud, lealtad, y honestidad en el ejercicio de esta labor, en la medida que el análisis desde el punto de vista jurídico conllevó a la suscripción de este Otrosí favoreciendo indebidamente, por omitir realizar el respectivo proceso de selección, a la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S, en desmedro de la legalidad y de los intereses Estatales.

8.2.2.2 Principio de Responsabilidad de la función administrativa

Conforme a este principio se tiene que la disciplinada no fue responsable en el ejercicio de su función al haber conceptuado y avalado, que se adicionará de manera directa el contrato de concesión, para la ejecución del tramo Ocaña – Gamarra a la Concesionaria Ruta del Sol 2, cuando este objeto no estaba directamente relacionado con el objeto del contrato de concesión, omitiendo el respectivo procedimiento de selección; como parte jurídica estaba llamada a ofrecer tanto al Presidente de la entidad, como al Comité de Asuntos Contractuales, y al equipo encargado de la estructuración de la adición, las razones jurídicas por las cuales no era viable la suscripción del Otrosí en esos términos, conllevando al desconocimiento de los principios de transparencia, responsabilidad y deber de selección objetiva de la contratación estatal, en beneficio de este concesionario.

Conforme lo previsto en el numeral 7 de la Ley 1437 de 2011; "(...) 7. En virtud del principio de responsabilidad, las autoridades y sus agentes asumirán las consecuencias por sus decisiones, omisiones o extralimitación de funciones, de acuerdo con la Constitución, las leyes y los reglamentos."

¹⁶³ Acerca del principio de moralidad, el Consejo de Estado, en providencia de fecha 8 de junio de 2011, proferida en la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo con ponencia del consejero Jaime Orlando Santofimio Gamboa, en la radicación número: 25000-23-26-000-2005-01330-01, señaló: "(...) Se colige de lo expuesto que el principio de moralidad se quebranta cuando los servidores públicos no cumplen con estricto rigor las normas que regulan el procedimiento administrativo que desarrollan, toda vez que el ejercicio de la función administrativa es reglada (...)"

El análisis de este principio en sede de ilicitud se soporta también con el análisis de la violación del principio de responsabilidad que ha sido analizado en el análisis de la tipicidad.

No se advierte la presencia de causal alguna que justifique la conducta atribuida a la investigada.

Con fundamento en las anteriores consideraciones quedan resueltos los argumentos de la defensa en torno a la ilicitud sustancial, confirmando la transgresión de los citados principios considerados en la etapa de instrucción.

8.2.3 Para el disciplinado CAMILO MENDOZA ROZO

8.2.3.1 Para el cargo único

8.2.3.1.1 Principio de moralidad de la función administrativa

Se considera de manera definitiva en esta instancia, que el disciplinado con su conducta afectó el principio de moralidad, toda vez que, en su condición de Vicepresidente de Gestión Contractual de la ANI, le había sido asignada la función de dirigir y responder por los estudios relacionados con las modificaciones a los contratos de concesión, las cuales se debían llevar a cabo en el marco del estatuto contractual, así que solo se podía adicionar tratándose de obras adicionales directamente relacionadas con el objeto concesionado, que para el caso por no acreditarse dicha condición se debió adelantar el respectivo proceso de selección de concurso de méritos.

Tal actuar conllevó la afectación de la función pública y el buen funcionamiento del Estado, al dar viabilidad en el marco de sus funciones para que se suscribiera el Otrosí omitiendo el respectivo procedimiento de selección, contrariando con ello los fines de la contratación estatal del deber de selección objetiva y la libre concurrencia; en la medida que se restringió la oportunidad para que en igualdad de condiciones otros proponentes se presentaran en el proceso y se permitiera la posibilidad de evaluar y escoger la propuesta más favorable a la entidad, situación que sin duda se traduce en un beneficio para la administración y para el interés general.

Se hacía imperante que, en virtud de este principio, y de acuerdo al fin de la contratación estatal, se adelantará el respectivo proceso abierto y transparente que a su vez respetará los principios de igualdad, eficacia, imparcialidad y publicidad, en aras de seleccionar la mejor oferta. Así ha considerado la Corte Constitucional que *"El fin de la contratación pública en el Estado Social de Derecho está directamente asociado al cumplimiento del interés general, puesto que el contrato público es uno de aquellos "instrumentos jurídicos de los que se vale el Estado para cumplir sus finalidades, hacer efectivos los deberes públicos y prestar los servicios a su cargo, con la colaboración de los particulares a quienes corresponde ejecutar, a nombre de la administración, las tareas acordadas. El interés general, además de guiar y explicar la manera como el legislador está llamado a regular el régimen de contratación*

*administrativa, determina las actuaciones de la Administración, de los servidores que la representan y de los contratistas, estos últimos vinculados al cumplimiento de las obligaciones generales de todo contrato y por ende supeditados al cumplimiento de los fines del Estado*¹⁶⁴.

En virtud del papel fundamental que cumple la contratación estatal en un Estado Social de Derecho, ha previsto el legislador diversas modalidades de acuerdo a su objeto, en procura del interés general y el principio de participación, lo que limita la adjudicación de manera directa cuando concurren alguna de estas modalidades, de suerte que en este caso el concesionario no gozaba de prelación alguna para ser el adjudicatario directo, afectándose este principio por parte del disciplinando en tanto avaló los estudios y el Otrosí, dando lugar a que el mismo fuera suscrito en desmedro del deber de selección objetiva y la libre concurrencia, y por ende afectado la igualdad de oportunidades para quienes participan en un proceso de selección contractual y en la competencia que se pueda dar en el mismo, lo que sin duda beneficiará a la Administración.

El principio de la moralidad de la función administrativa, contenido en artículo 209 de la Constitución Política, es aplicable al caso bajo análisis, en razón a que están involucrados tanto el interés público y recursos públicos, vigente para la época de los hechos, en el siguiente sentido:

“ARTICULO 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.”

El concepto del principio constitucional de moralidad administrativa contenido en esta norma ha sido tratado por la Corte Constitucional en diversas sentencias, entre ellas, en la Sentencia C – 826 de 2013, que sostiene:

“Acerca del principio de moralidad en el ámbito de los deberes jurídicos de la administración pública, recuerda la Corte que el artículo 6° de la Constitución Política señala que los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones. Lo anterior, expresado con otras palabras, quiere significar que los servidores públicos están obligados a hacer solo lo que les está permitido por la ley, de manera que cuando hay omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones están sobrepasando lo que por orden constitucional les está permitido ejecutar. Los servidores y funcionarios públicos se comprometen a cumplir y defender la Constitución desempeñando lo que les ordena la ley, ejerciendo sus funciones de la forma prevista por la Carta, la Ley y el Reglamento, ya que ellos están al servicio del Estado y no de sus necesidades e intereses particulares, tal y como lo indican los artículos superiores 122-2 y 123-2, de manera que la aplicación de este principio es extensible a toda la actividad estatal, en virtud de los artículos 1° y 2° superiores. El principio de moralidad en la administración pública cubre todas las actuaciones de los funcionarios del Estado y de los particulares que cumplen funciones públicas. La jurisprudencia constitucional ha puesto de relieve que en la Constitución se establecieron múltiples instrumentos encaminados a asegurar el

¹⁶⁴ Sentencia C-713/09

Expediente: IUS E - 2017 - 19229 / IUC D-2017-651-927370
Fallo de primera instancia sancionatorio.



respeto del principio de moralidad, en cuanto el texto superior señala claros mandatos destinados a asegurar el cumplimiento transparente e imparcial de las funciones públicas (...).

Conforme lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley 1437 de 2011, “(...) 5. *En virtud del principio de moralidad, todas las personas y los servidores públicos están obligados a actuar con rectitud, lealtad y honestidad en las actuaciones administrativas.*”

Se concluye de lo demostrado en la presente actuación que CAMILO MENDOZA ROZO no observó el principio de moralidad, que le exigía que en virtud de la función administrativa la cual es reglada¹⁶⁵, su actuar estuviera encaminado a proteger el interés público y respetar los principios de transparencia tal y como fue desarrollado en el capítulo correspondiente a la tipicidad, y no actuó ni con rectitud, ni lealtad, ni honestidad en ejercicio de esta labor; su actuar conllevó a que se favoreciera a la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S, en menoscabo de la legalidad y de los intereses estatales.

8.2.3.1.2 Principio de Responsabilidad de la función administrativa.

Se confirma en esta instancia que CAMILO MENDOZA ROZO fue irresponsable en el ejercicio de su función, ya que no realizó correctamente las funciones que le correspondían, por el contrario, avaló la modificación a través del Otrosí para ser adjudicado al mismo concesionario, transgrediendo los principios de transparencia, responsabilidad y deber de selección objetiva de la contratación estatal, al adjudicarse de esta manera los estudios para el tramo OCAÑA – GAMARRA a la Concesionaria Ruta del Sol 2, cuando este no estaba directamente relacionado con el objeto de concesión, contribuyendo con su actuar irresponsable a que se evadiera la selección objetiva del contratista en beneficio del concesionario.

Conforme lo previsto en el numeral 7 de la Ley 1437 de 2011; “(...) 7. *En virtud del principio de responsabilidad, las autoridades y sus agentes asumirán las consecuencias por sus decisiones, omisiones o extralimitación de funciones, de acuerdo con la Constitución, las leyes y los reglamentos.*”

Como Vicepresidente de Gestión Contractual estaba llamado a ofrecer tanto al Presidente de la entidad, como al Comité de Asuntos Contractuales, las razones, por las cuales no era viable la suscripción del Otrosí, sino que lo procedente era realizar un nuevo proceso de selección.

El análisis de este principio en sede de ilicitud se soporta también con el análisis de la violación del principio de responsabilidad que ha sido analizado en el análisis de la tipicidad.

¹⁶⁵ Acerca del principio de moralidad, el Consejo de Estado, en providencia de fecha 8 de junio de 2011, proferida en la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo con ponencia del consejero Jaime Orlando Santofimio Gamboa, en la radicación número: 25000-23-26-000-2005-01330-01, señaló: “(...) Se colige de lo expuesto que el principio de moralidad se quebranta cuando los servidores públicos no cumplen con estricto rigor las normas que regulan el procedimiento administrativo que desarrollan, toda vez que el ejercicio de la función administrativa es reglada (...)”



No se advierte la presencia de causal alguna que justifique la conducta atribuida al investigado.

Con fundamento en las anteriores consideraciones quedan resueltos los argumentos de la defensa en torno a la ilicitud sustancial, confirmando la transgresión de los citados principios considerados en la etapa de instrucción.

8.2.4 Para el disciplinado ANDRES FIGUEREDO SERPA

8.2.4.1 Para el cargo único

8.2.4.1.1 Principio de moralidad de la función administrativa

De manera definitiva en esta instancia, se determina que el disciplinado con su conducta afectó el principio de moralidad, en la medida que la labor que le había sido asignada de dirigir y responder por los estudios relacionados con las modificaciones a los contratos de concesión, no se ejecutó dentro del marco legal previsto en el estatuto contractual, que para el caso señalaba que solo se podía adicionar el contrato de concesión tratándose de obras adicionales directamente relacionadas con el objeto concesionado, que por no ser de tal manera, se debía adelantar el respectivo proceso de selección, respecto de la ejecución de la obra, a través de licitación pública.

Tal actuar conllevó la afectación de la función pública y el buen funcionamiento del Estado, al dar viabilidad en el marco de sus funciones para que se suscribiera el Otrosí omitiendo el respectivo procedimiento de selección, contrariando con ello los fines de la contratación estatal del deber de selección objetiva y la libre concurrencia; en la medida que se restringió la oportunidad para que en igualdad de condiciones otros proponentes se presentaran en el proceso y se permitiera la posibilidad de evaluar y escoger la propuesta más favorable a la entidad, situación que sin duda se traduce en un beneficio para la administración y para el interés general.

Se hacía imperante que, en virtud de este principio, y de acuerdo al fin de la contratación estatal, se adelantará el respectivo proceso abierto y transparente que a su vez respetará los principios de igualdad, eficacia, imparcialidad y publicidad, en aras de seleccionar la mejor oferta. Así ha considerado la Corte Constitucional que *"El fin de la contratación pública en el Estado Social de Derecho está directamente asociado al cumplimiento del interés general, puesto que el contrato público es uno de aquellos "instrumentos jurídicos de los que se vale el Estado para cumplir sus finalidades, hacer efectivos los deberes públicos y prestar los servicios a su cargo, con la colaboración de los particulares a quienes corresponde ejecutar, a nombre de la administración, las tareas acordadas. El interés general, además de guiar y explicar la manera como el legislador está llamado a regular el régimen de contratación administrativa, determina las actuaciones de la Administración, de los servidores que la representan y de los contratistas, estos últimos vinculados al cumplimiento de las*

*obligaciones generales de todo contrato y por ende supeditados al cumplimiento de los fines del Estado*¹⁸⁶.

En virtud del papel fundamental que cumple la contratación estatal en un Estado Social de Derecho, ha previsto el legislador diversas modalidades de acuerdo a su objeto, en procura del interés general y el principio de participación, lo que limita la adjudicación de manera directa cuando concurren alguna de estas modalidades, de suerte que en este caso el concesionario no gozaba de prelación alguna para ser el adjudicatario directo, afectándose este principio por parte del disciplinando en tanto avaló los estudios y el Otrosí, dando lugar a que el mismo fuera suscrito en desmedro del deber de selección objetiva y la libre concurrencia, y por ende afectado la igualdad de oportunidades para quienes participan en un proceso de selección contractual y en la competencia que se pueda dar en el mismo, lo que sin duda beneficiará a la Administración.

El principio de la moralidad de la función administrativa, contenido en artículo 209 de la Constitución Política, es aplicable al caso bajo análisis, en razón a que están involucrados tanto el interés público y recursos públicos, vigente para la época de los hechos, en el siguiente sentido:

“ARTICULO 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.”

El concepto del principio constitucional de moralidad administrativa contenido en esta norma ha sido tratado por la Corte Constitucional en diversas sentencias, entre ellas, en la Sentencia C – 826 de 2013, que sostiene:

“Acerca del principio de moralidad en el ámbito de los deberes jurídicos de la administración pública, recuerda la Corte que el artículo 6° de la Constitución Política señala que los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones. Lo anterior, expresado con otras palabras, quiere significar que los servidores públicos están obligados a hacer solo lo que les está permitido por la ley, de manera que cuando hay omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones están sobrepasando lo que por orden constitucional les está permitido ejecutar. Los servidores y funcionarios públicos se comprometen a cumplir y defender la Constitución desempeñando lo que les ordena la ley, ejerciendo sus funciones de la forma prevista por la Carta, la Ley y el Reglamento, ya que ellos están al servicio del Estado y no de sus necesidades e intereses particulares, tal y como lo indican los artículos superiores 122-2 y 123-2, de manera que la aplicación de este principio es extensible a toda la actividad estatal, en virtud de los artículos 1° y 2° superiores. El principio de moralidad en la administración pública cubre todas las actuaciones de los funcionarios del Estado y de los particulares que cumplen funciones públicas. La jurisprudencia constitucional ha puesto de relieve que en la Constitución se establecieron múltiples instrumentos encaminados a asegurar el respeto del principio de moralidad, en cuanto el texto superior señala claros mandatos destinados a asegurar el cumplimiento transparente e imparcial de las funciones públicas (...).”

¹⁸⁶ Sentencia C-713/09

Expediente: IUS E - 2017 - 19229 / IUC D-2017-651-927370
Fallo de primera instancia sancionatorio.

Conforme lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley 1437 de 2011, "(...) 5. *En virtud del principio de moralidad, todas las personas y los servidores públicos están obligados a actuar con rectitud, lealtad y honestidad en las actuaciones administrativas.*"

Se concluye de lo demostrado en la presente actuación que ANDRES FIGUEREDO SERPA no observó el principio de moralidad, que le exigía que en virtud de la función administrativa la cual es reglada¹⁶⁷, sus actuaciones estuvieran en procura del interés público y del respeto los principios de transparencia tal y como fue desarrollado en el capítulo correspondiente a la tipicidad, y no actuó ni con rectitud, ni lealtad, ni honestidad en ejercicio de esta labor; su actuar conllevó a que se favoreciera a la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S, en desmedro de la legalidad y de los intereses Estatales.

8.2.4.1.2 Principio de Responsabilidad de la función administrativa

Conforme a este principio se tiene que el implicado no fue responsable al haber avalado la adición directa omitiendo el respectivo procedimiento de selección, como Vicepresidente de Gestión Contractual estaba llamado a ofrecer tanto al Presidente de la entidad, como al Comité de Asuntos Contractuales, las razones, por las cuales no era viable la suscripción del Otrosí, sino que lo procedente era realizar un nuevo proceso de selección.

Conforme lo previsto en el numeral 7 de la Ley 1437 de 2011; "(...) 7. *En virtud del principio de responsabilidad, las autoridades y sus agentes asumirán las consecuencias por sus decisiones, omisiones o extralimitación de funciones, de acuerdo con la Constitución, las leyes y los reglamentos.*"

Se confirma en esta instancia que FIGUEREDO SERPA fue irresponsable en el ejercicio de su función, y no realizó correctamente las funciones que le correspondían, por el contrario, avaló la modificación a través del Otrosí para ser adjudicado al mismo concesionario, transgrediendo los principios de transparencia, responsabilidad y deber de selección objetiva de la contratación estatal, adjudicando de esta manera la ejecución del tramo OCAÑA – GAMARRA a la Concesionaria Ruta del Sol 2, cuando este no estaba directamente relacionado con el objeto de concesión, conllevando con este actuar irresponsable, que se evadiera la selección objetiva del contratista en beneficio del concesionario.

El análisis de este principio en sede de ilicitud se soporta también con el análisis de la violación del principio de responsabilidad que ha sido analizado en el análisis de la tipicidad.

¹⁶⁷ Acerca del principio de moralidad, el Consejo de Estado, en providencia de fecha 8 de junio de 2011, proferida en la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo con ponencia del consejero Jaime Orlando Santofimio Gamboa, en la radicación número: 25000-23-26-000-2005-01330-01, señaló: "(...) Se colige de lo expuesto que el principio de moralidad se quebranta cuando los servidores públicos no cumplen con estricto rigor las normas que regulan el procedimiento administrativo que desarrollan, toda vez que el ejercicio de la función administrativa es reglada (...)"

No se advierte la presencia de causal alguna que justifique la conducta atribuida al investigado.

Con fundamento en las anteriores consideraciones quedan resueltos los argumentos de la defensa en torno a la ilicitud sustancial, confirmando la transgresión de los citados principios considerados en la etapa de instrucción.

8.2.5 Para el disciplinado DAVID LEONARDO MONTAÑO GARCIA

8.2.5.1 Para el cargo primero

8.2.5.1.1 Principio de moralidad de la función administrativa

Se considera de manera definitiva en esta instancia, que el disciplinado con su conducta afectó el principio de moralidad, toda vez que, en su condición de Experto de la Vicepresidencia jurídica área de desempeño asesoría legal gestión contractual, tenía el deber de acatar los procedimientos de selección de contratistas previstos en el estatuto contractual, para el caso de la suscripción del Otrosí No. 03, se debió adelantar el respectivo proceso de selección de concurso de méritos, y por ende la labor que le había sido asignada de emitir concepto jurídico sobre las modificaciones propuestas a los contratos concesión, no se realizó de conformidad con la norma aplicable al tenor de la exequibilidad condicionada ordenada por la Corte Constitucional, que señalaba que la adición solo se podía dar tratándose de obras adicionales directamente relacionadas con el objeto concesionado.

Tal actuar conllevó a la afectación de la función pública y el buen funcionamiento del Estado, toda vez que, sin justificación alguna, avaló desde el punto de vista jurídico el estudio de conveniencia y oportunidad y proyectó el Otrosí No. 03, contribuyendo a que se omitiera adelantar el respectivo procedimiento de selección, contrariando el deber de selección objetiva y la libre concurrencia, en la medida que se restringió la oportunidad para que en igualdad de condiciones otros proponentes se presentaran en el proceso y se permitiera la posibilidad de evaluar y escoger la propuesta más favorable a la entidad, situación que sin duda se traduce en un beneficio para la administración y para el interés general.

Era obligatorio que, en virtud de este principio, y de acuerdo al fin de la contratación estatal, se adelantaré el respectivo proceso abierto y transparente que a su vez respetará los principios de igualdad, eficacia, imparcialidad y publicidad, en aras de seleccionar la mejor oferta. Así ha considerado la Corte Constitucional que *"El fin de la contratación pública en el Estado Social de Derecho está directamente asociado al cumplimiento del interés general, puesto que el contrato público es uno de aquellos instrumentos jurídicos de los que se vale el Estado para cumplir sus finalidades, hacer efectivos los deberes públicos y prestar los servicios a su cargo, con la colaboración de los particulares a quienes corresponde ejecutar, a nombre de la administración, las tareas acordadas. El interés general, además de guiar y explicar la manera como el legislador está llamado a regular el régimen de contratación administrativa, determina las actuaciones de la Administración, de los servidores que*

la representan y de los contratistas, estos últimos vinculados al cumplimiento de las obligaciones generales de todo contrato y por ende supeditados al cumplimiento de los fines del Estado¹⁶⁸.

En virtud del papel fundamental que cumple la contratación estatal en un Estado Social de Derecho, ha previsto el legislador diversas modalidades de acuerdo a su objeto, en procura del interés general y el principio de participación, lo que limita la adjudicación de manera directa cuando concurren alguna de estas modalidades, de suerte que en este caso el concesionario no gozaba de prelación alguna para ser el adjudicatario directo, debiendo someterse a un proceso transparente que fue sacrificado en el proceso en cuya estructuración participó el disciplinado.

El principio de la moralidad de la función administrativa, contenido en artículo 209 de la Constitución Política, es aplicable al caso bajo análisis, en razón a que están involucrados tanto el interés público y recursos públicos, vigente para la época de los hechos, en el siguiente sentido:

“ARTICULO 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.”

El concepto del principio constitucional de moralidad administrativa contenido en esta norma ha sido tratado por la Corte Constitucional en diversas sentencias, entre ellas, en la Sentencia C – 826 de 2013, que sostiene:

“Acerca del principio de moralidad en el ámbito de los deberes jurídicos de la administración pública, recuerda la Corte que el artículo 6° de la Constitución Política señala que los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones. Lo anterior, expresado con otras palabras, quiere significar que los servidores públicos están obligados a hacer solo lo que les está permitido por la ley, de manera que cuando hay omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones están sobrepasando lo que por orden constitucional les está permitido ejecutar. Los servidores y funcionarios públicos se comprometen a cumplir y defender la Constitución desempeñando lo que les ordena la ley, ejerciendo sus funciones de la forma prevista por la Carta, la Ley y el Reglamento, ya que ellos están al servicio del Estado y no de sus necesidades e intereses particulares, tal y como lo indican los artículos superiores 122-2 y 123-2, de manera que la aplicación de este principio es extensible a toda la actividad estatal, en virtud de los artículos 1° y 2° superiores. El principio de moralidad en la administración pública cubre todas las actuaciones de los funcionarios del Estado y de los particulares que cumplen funciones públicas. La jurisprudencia constitucional ha puesto de relieve que en la Constitución se establecieron múltiples instrumentos encaminados a asegurar el respeto del principio de moralidad, en cuanto el texto superior señala claros mandatos destinados a asegurar el cumplimiento transparente e imparcial de las funciones públicas (...).”

¹⁶⁸ Sentencia C-713/09

Expediente: IUS E - 2017 - 19229 / IUC D-2017-651-927370
Fallo de primera instancia sancionatorio.

Conforme lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley 1437 de 2011, "(...) 5. *En virtud del principio de moralidad, todas las personas y los servidores públicos están obligados a actuar con rectitud, lealtad y honestidad en las actuaciones administrativas.*"

Se concluye de lo demostrado en la presente actuación que DAVID LEONARDO MONTAÑO GARCIA no observó el principio de moralidad, que le exigía en virtud de la función administrativa la cual es reglada¹⁶⁹, que sus actuaciones estuvieran en procura del interés público y del respeto de las normas de contratación estatal, en particular las que desarrollan el principio de transparencia tal y como fue desarrollado en el capítulo correspondiente a la tipicidad, y no actuó ni con rectitud, ni lealtad, ni honestidad en ejercicio de esta labor; su actuar conllevó a que se favoreciera a la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S, en desmedro de la legalidad y de los intereses Estatales.

8.2.5.1.2 Principio de Responsabilidad de la función administrativa.

Conforme a este principio se tiene que el implicado no fue responsable al haber avalado y proyectado en tal sentido, que se adicionará de manera directa el contrato de concesión, omitiendo el respectivo procedimiento de selección, como parte jurídica estaba llamado a ofrecer a la Vicepresidencia Jurídica a la cual estaba adscrito, las razones jurídicas, por las cuales no era viable la suscripción del Otrosí, y si las que determinaban la procedencia de un nuevo proceso de selección.

Conforme lo previsto en el numeral 7 de la Ley 1437 de 2011; "(...) 7. *En virtud del principio de responsabilidad, las autoridades y sus agentes asumirán las consecuencias por sus decisiones, omisiones o extralimitación de funciones, de acuerdo con la Constitución, las leyes y los reglamentos.*"

Se confirma en esta instancia que MONTAÑO GARCIA fue irresponsable en el ejercicio de su función, y a partir de sus actuaciones contribuyó a que se entregara el objeto directamente al concesionario, desconociendo los principios de transparencia, responsabilidad y deber de selección objetiva de la contratación estatal.

El análisis de este principio en sede de ilicitud se soporta también con el análisis de la violación del principio de responsabilidad que ha sido analizado en el análisis de la tipicidad.

No se advierte la presencia de causal alguna que justifique la conducta atribuida al disciplinado.

¹⁶⁹ Acerca del principio de moralidad, el Consejo de Estado, en providencia de fecha 8 de junio de 2011, proferida en la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo con ponencia del consejero Jaime Orlando Santofimio Gamboa, en la radicación número: 25000-23-26-000-2005-01330-01, señaló: "(...) *Se colige de lo expuesto que el principio de moralidad se quebranta cuando los servidores públicos no cumplen con estricto rigor las normas que regulan el procedimiento administrativo que desarrollan, toda vez que el ejercicio de la función administrativa es reglada (...)*"

Con fundamento en las anteriores consideraciones quedan resueltos los argumentos de defensa en torno a la ilicitud sustancial, confirmando la transgresión de los citados principios considerados en la etapa de instrucción.

8.2.5.2 Para el cargo segundo

8.2.5.2.1 Principio de moralidad de la función administrativa.

En esta instancia de manera definitiva se determina que el disciplinado con su conducta afectó el principio de moralidad, toda vez que, en su condición de Experto de la Vicepresidencia jurídica área de desempeño asesoría legal gestión contractual, tenía el deber de acatar los procedimientos de selección de contratistas previstos en el estatuto contractual, para el caso de la suscripción del Otrosí No. 06, se debió adelantar el respectivo proceso de licitación pública, y por ende la labor que le había sido asignada de emitir concepto jurídico sobre las modificaciones propuestas a los contratos concesión, no se realizó de conformidad con la norma aplicable, que al tenor de la exequibilidad condicionada ordenada por la Corte Constitucional señalaba que la adición solo se podía dar tratándose de obras adicionales directamente relacionadas con el objeto concesionado.

Tal actuar conllevó a la afectación de la función pública y el buen funcionamiento del Estado, toda vez que, sin justificación alguna, avaló desde el punto de vista jurídico el estudio de conveniencia y oportunidad y proyectó el Otrosí No. 06, contribuyendo a que se omitiera el respectivo procedimiento de selección, contrariando el deber de selección objetiva y la libre concurrencia, en la medida que se restringió la oportunidad para que en igualdad de condiciones otros proponentes se presentaran en el proceso y se permitiera la posibilidad de evaluar y escoger la propuesta más favorable a la entidad, situación que sin duda se traduce en un beneficio para la administración y para el interés general.

Era obligatorio que, en virtud de este principio, y de acuerdo al fin de la contratación estatal, se adelantaré el respectivo proceso abierto y transparente que a su vez respetará los principios de igualdad, eficacia, imparcialidad y publicidad, en aras de seleccionar la mejor oferta. Así ha considerado la Corte Constitucional que *"El fin de la contratación pública en el Estado Social de Derecho está directamente asociado al cumplimiento del interés general, puesto que el contrato público es uno de aquellos instrumentos jurídicos de los que se vale el Estado para cumplir sus finalidades, hacer efectivos los deberes públicos y prestar los servicios a su cargo, con la colaboración de los particulares a quienes corresponde ejecutar, a nombre de la administración, las tareas acordadas. El interés general, además de guiar y explicar la manera como el legislador está llamado a regular el régimen de contratación administrativa, determina las actuaciones de la Administración, de los servidores que la representan y de los contratistas, estos últimos vinculados al cumplimiento de las obligaciones generales de todo contrato y por ende supeditados al cumplimiento de los fines del Estado"*¹⁷⁰.

¹⁷⁰ Sentencia C-713/09

Expediente: IUS E - 2017 - 19229 / IUC D-2017-651-927370
Fallo de primera instancia sancionatorio.

En virtud del papel principal que cumple la contratación estatal en un Estado Social de Derecho, ha previsto el legislador diversas modalidades de acuerdo a su objeto, en procura del interés general y el principio de participación, lo que limita la adjudicación de manera directa cuando concurren alguna de estas modalidades, de suerte que en este caso el concesionario no gozaba de prelación alguna para ser el adjudicatario directo, debiendo someterse a un proceso transparente que fue sacrificado en el proceso al cual contribuyó el disciplinado.

El principio de la moralidad de la función administrativa, contenido en artículo 209 de la Constitución Política, es aplicable al caso bajo análisis, en razón a que están involucrados tanto el interés público y recursos públicos, vigente para la época de los hechos, en el siguiente sentido:

“ARTICULO 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.”

El concepto del principio constitucional de moralidad administrativa contenido en esta norma ha sido tratado por la Corte Constitucional en diversas sentencias, entre ellas, en la Sentencia C – 826 de 2013, que sostiene:

“Acerca del principio de moralidad en el ámbito de los deberes jurídicos de la administración pública, recuerda la Corte que el artículo 6° de la Constitución Política señala que los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones. Lo anterior, expresado con otras palabras, quiere significar que los servidores públicos están obligados a hacer solo lo que les está permitido por la ley, de manera que cuando hay omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones están sobrepasando lo que por orden constitucional les está permitido ejecutar. Los servidores y funcionarios públicos se comprometen a cumplir y defender la Constitución desempeñando lo que les ordena la ley, ejerciendo sus funciones de la forma prevista por la Carta, la Ley y el Reglamento, ya que ellos están al servicio del Estado y no de sus necesidades e intereses particulares, tal y como lo indican los artículos superiores 122-2 y 123-2, de manera que la aplicación de este principio es extensible a toda la actividad estatal, en virtud de los artículos 1° y 2° superiores. El principio de moralidad en la administración pública cubre todas las actuaciones de los funcionarios del Estado y de los particulares que cumplen funciones públicas. La jurisprudencia constitucional ha puesto de relieve que en la Constitución se establecieron múltiples instrumentos encaminados a asegurar el respeto del principio de moralidad, en cuanto el texto superior señala claros mandatos destinados a asegurar el cumplimiento transparente e imparcial de las funciones públicas (...).”

Conforme lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley 1437 de 2011, “(...) 5. En virtud del principio de moralidad, todas las personas y los servidores públicos están obligados a actuar con rectitud, lealtad y honestidad en las actuaciones administrativas.”

Se concluye de lo demostrado en la presente actuación que DAVID LEONARDO MONTAÑO GARCIA no observó el principio de moralidad, que le exigía en virtud de



la función administrativa la cual es reglada¹⁷¹, que sus actuaciones estuvieran en procura del interés público y del respeto de las normas de contratación estatal, en particular las que desarrollan el principio de transparencia tal y como fue desarrollado en el capítulo correspondiente a la tipicidad, y no actuó ni con rectitud, ni lealtad, ni honestidad en ejercicio de esta labor; su actuar conllevó a que se favoreciera a la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S, en desmedro de la legalidad y de los intereses Estatales.

8.2.5.2.2 Principio de Responsabilidad de la función administrativa

Conforme a este principio se tiene que el implicado no fue responsable al haber avalado y proyectado en tal sentido, que se adicionará de manera directa el contrato de concesión, omitiendo el respectivo procedimiento de selección, como parte jurídica estaba llamado a ofrecer a la Vicepresidencia Jurídica a la cual estaba adscrito, las razones jurídicas, por las cuales no era viable la suscripción del Otrosí, y sí las que determinaban la procedencia de un nuevo proceso de selección.

Conforme lo previsto en el numeral 7 de la Ley 1437 de 2011; “(...) 7. *En virtud del principio de responsabilidad, las autoridades y sus agentes asumirán las consecuencias por sus decisiones, omisiones o exlimitación de funciones, de acuerdo con la Constitución, las leyes y los reglamentos.*”

Se confirma en esta instancia que MONTAÑO GARCIA fue irresponsable en el ejercicio de su función, y a partir de sus actuaciones contribuyó a que se entregara el objeto directamente al concesionario, desconociendo los principios de transparencia, responsabilidad y deber de selección objetiva de la contratación estatal.

El análisis de este principio en sede de ilicitud se soporta también con el análisis de la violación del principio de responsabilidad que ha sido analizado en el análisis de la tipicidad.

No se advierte la presencia de causal alguna que justifique la conducta atribuida al disciplinado.

Con fundamento en las anteriores consideraciones quedan resueltos los argumentos de defensa en torno a la ilicitud sustancial, confirmando la transgresión de los citados principios considerados en la etapa de instrucción.

¹⁷¹ Acerca del principio de moralidad, el Consejo de Estado, en providencia de fecha 8 de junio de 2011, proferida en la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo con ponencia del consejero Jaime Orlando Santofimio Gamboa, en la radicación número: 25000-23-26-000-2005-01330-01, señaló: “(...) Se colige de lo expuesto que el principio de moralidad se quebranta cuando los servidores públicos no cumplen con estricto rigor las normas que regulan el procedimiento administrativo que desarrollan, toda vez que el ejercicio de la función administrativa es reglada (...)”

8.3 ANÁLISIS DE CULPABILIDAD

Previo al análisis frente a cada uno de los cargos, se precisan algunas consideraciones de carácter general.

El artículo 13 de la Ley 734 de 2002 establece que *"En materia disciplinaria queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva. Las faltas son sancionables a título de dolo o culpa"* y, por lo tanto, la culpabilidad es *"supuesto ineludible y necesario de la responsabilidad y de la imposición de la pena lo que significa que la actividad punitiva del Estado tiene lugar tan sólo sobre la base de la responsabilidad subjetiva de aquellos sobre quienes recaiga"*¹⁷²

El derecho disciplinario es de naturaleza afflictiva y como tal, la sanción que se imponga a quien sea hallado responsable de la comisión de una falta debe ser el resultado del reproche de conducta que su comportamiento funcional merece. Así, a quien se formula un juicio de imputación subjetiva a título de dolo, se le reprocha el hecho de proceder en forma consciente y libre, queriendo voluntariamente la realización de una conducta contraria a derecho, es decir, proceder desconociendo el ordenamiento jurídico. En cambio, a quien se le imputa un cargo a título de culpa, lo que se le reprocha es el defecto o ligereza de su actuar, ya sea por imprudencia, negligencia o descuido, en otras palabras, el reproche se sustenta en el hecho de que un servidor público ejemplar no procedería de tal forma, por lo que se le impone la sanción como medida correctiva.

El dolo en una primera aproximación, se puede establecer al verificar la presencia de dos elementos esenciales en su composición, uno de carácter cognitivo, es decir, el conocimiento y el segundo de carácter volitivo, que tiene relación con la intención en la conducta típica. Tanto el avance doctrinal, como también el jurisprudencial, han permitido caracterizar aún más esta figura que, sobre la base de lo ya dicho, es concordante con lo planteado por la Corte Suprema de Justicia, quien en reiteradas ocasiones ha manifestado sobre el dolo lo siguiente:

"(...) el dolo se compone de dos elementos: uno intelectual o cognitivo, que exige tener conocimiento de los elementos objetivos del tipo penal respectivo, y otro volitivo que implica querer realizarlos. Así, actúa dolosamente quien sabe y comprende que su acción es objetivamente típica y quiere su realización..." CSJ, Sala de Casación Penal, 12 de febrero de 2014, Radicado 36312)

En materia disciplinaria existe una leve variación respecto a los elementos que integran la concepción de Dolo. Al igual que en materia penal, cuenta con un elemento cognitivo referido al conocimiento de los hechos y de la prohibición y, un elemento volitivo, que se interpreta como el actuar pese a saber que debía de ajustar su comportamiento a lo dispuesto en la norma.

¹⁷² Corte Constitucional Sentencia C-728 de 200, referida por esa corporación en sentencia C-155/02 por la cual declara exequible el artículo 14 de la Ley 200 de 1995, cuyo contenido es igual al presente artículo 13 de la Ley 734 de 2002, también declarado exequible mediante sentencia C-948/02 que ordenó estarse a lo resuelto en la sentencia C-155/02.

Expediente: IUS E - 2017 - 19229 / IUC D-2017-651-927370
Fallo de primera instancia sancionatorio.



La Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación, ha efectuado las siguientes precisiones respecto de los elementos configurativos del dolo:

“De esta manera, el derecho disciplinario, como derecho sancionador que es, exige la imputación subjetiva, que en punto de estructura de la falta disciplinaria implica la categoría de culpabilidad, siendo el dolo y la culpa las dos únicas modalidades de aquellas. En cuanto a la primera (dolo), los elementos para su configuración son los siguientes:

1. Atribuibilidad de la conducta (imputabilidad). En este punto es donde adquiere la regla disciplinaria su función de precepto de determinación. Así, quien no es determinable por la norma, no haber cometido la conducta en una causal de inimputabilidad o porque sencillamente no es sujeto disciplinable, no puede ser culpable.

2. Exigibilidad del cumplimiento del deber (juicio de reproche).

3. Conocimiento de la situación típica. Es decir, el conocimiento de los elementos estructurales de la conducta que se realiza.

4. Conciencia de la ilicitud. Para que se dé esta se requiere el conocimiento de la prohibición o deber; es decir, el conocimiento del tipo disciplinario.

5. Voluntad, para realizar u omitir el deber o la prohibición”¹⁷³.

La imputabilidad exige que se pueda comprender la ilicitud del acto y poderse determinar de acuerdo con esa comprensión, y la inimputabilidad, como concepto opuesto al de imputabilidad, es la imposibilidad de comprender la ilicitud del acto o poder determinarse de acuerdo con esa comprensión, por causa de un trastorno mental, por inmadurez psicológica o por diversidad sociocultural. Cabe resaltar que la imputabilidad es capacidad de actuar y, por tanto, para su demostración se requiere, desde el punto de vista formal probar que los investigados debían ejercer unos deberes funcionales.

Ahora bien, desde el punto de vista material, la imputabilidad corresponde a la posibilidad de comprender la ilicitud del comportamiento y poder actuar conforme a esa comprensión.

En el pliego de cargos el grado de culpabilidad fue imputado a título de DOLO respecto de todos los cargos formulados y respecto de todos los investigados, por lo que corresponde determinar en esta instancia si se acredita este grado de culpabilidad.

¹⁷³ PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Sala Disciplinaria. Radicación No. 161 - 4899 (165 – 173152 – 2008).

Expediente: IUS E - 2017 - 19229 / IUC D-2017-651-927370
Fallo de primera instancia sancionatorio.

8.3.1 Para el disciplinado LUIS FERNANDO ANDRADE MORENO

8.3.1.1. Para el cargo primero

En el presente caso la conducta se califica de manera definitiva a título de **DOLO**, conforme a las pruebas que obran en el plenario y se confirma en ese sentido los argumentos del funcionario instructor, por cuanto han quedado demostrados los siguientes elementos:

De las pruebas se puede establecer que el disciplinado ejecutó la conducta en su condición de Presidente de la ANI, lo cual presupone que, para efectos del *primer elemento*; la **imputabilidad**, resulta acertada la atribución de la conducta en el entendido que el servidor en ese cargo tenía la capacidad de comprender la ilicitud y determinarse sobre la misma.

En efecto como le fue cuestionado y advertido en el pliego de cargos LUIS FERNANDO ANDRADE MORENO, en su condición de Presidente de la Agencia Nacional de Infraestructura fue quien le solicitó a la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. que en lugar de hacer la vía Puerto Salgar – San Roque, hiciera la vía Ocaña – Gamarra, y realizó los trámites, instruyó a sus colaboradores al interior de la ANI, accedió a todas las solicitudes irregulares que le solicitaba ELEUBERTO MARTORELLI, se reunió subrepticamente con el ex Senador de la República BERNARDO MIGUEL ELÍAS VIDAL, todo con el propósito de entregarle esta vía a la Concesionaria de manera directa, sin acudir a la licitación pública (ni al concurso de méritos para el caso del otrosí No. 3), vulnerando posiblemente los principios de la contratación estatal que han quedado arriba explicados.

El comprendía el alcance de esos hechos, de su actuar, de sus omisiones y además tenía plena capacidad de determinarse de acuerdo con esa comprensión, pues no padecía de trastorno mental, no era inmaduro psicológicamente, ni se le podía atribuir una diversidad sociocultural que le hubieran impedido actuar conforme a la comprensión de la conducta. Así las cosas, era capaz tanto formal como materialmente, por lo que se puede decir que, para este caso concreto, es imputable.

En cuanto al *segundo elemento* la **exigibilidad del cumplimiento del deber**, que el disciplinado tenía la posibilidad de no incurrir en las conductas previstas como falta disciplinaria en la Ley 734 de 2002, específicamente tenía la posibilidad de acatar de manera estricta los principios que rigen la contratación estatal y de no aprovecharse de su cargo para evadir la selección objetiva de contratistas, recordando como lo hemos señalado la finalidad que cumple la contratación estatal en un Estado Social de Derecho; además no actuó bajo ninguna causal de inculpabilidad, que impidieran la configuración de esa categoría.

En cuanto atañe a las funciones que tenía a su cargo como quedó determinado en el respectivo análisis de tipicidad en el numeral 8.1.1.1. en torno al principio de responsabilidad, se determina que conforme a sus funciones le correspondía la dirección de la actividad contractual, en particular dirigir y orientar el desarrollo de los

contratos de concesión, de lo cual se evidencia indiscutiblemente que el implicado, en lo atinente al *tercer elemento*, tenía pleno **conocimiento de la situación típica** de sus funciones y deberes, en particular tratándose de adiciones a contratos de concesión debían acreditarse los requisitos dispuestos en la norma.

De acuerdo con las pruebas que obran en el proceso queda demostrado que el disciplinado conocía los elementos estructurales del tipo disciplinario, pues en su condición, debía aprobar y suscribir las decisiones que allí se adoptaran; adicionalmente está acreditado que se encargó de proponer y suscribir las adiciones al contrato de concesión, sin acudir al respectivo procedimiento de selección, en el caso del Otrosí No.03 a través de concurso de méritos.

Se corrobora en esta instancia de juzgamiento que ANDRADE MORENO, en su condición de Presidente de la ANI, en respuesta a comunicación de EDER PAOLO FERRACUTI Representante Legal de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S sobre el interés en efectuar la rehabilitación y mejoramiento de la ruta nacional 6206 en el tramo Puerto Berrio – Sector 2 Ruta del Sol¹⁷⁴, manifestó a la Concesionaria a través de comunicación del 13 de julio de 2012¹⁷⁵, que dicho tramo estaba incluido dentro del proyecto denominado “Autopistas de la Prosperidad” que estaba estructurando la Agencia en ese momento; pero de otra parte le informó que de acuerdo con la reunión sostenida en la Presidencia de la Agencia, la entidad ha pensado la posibilidad de desarrollar un proyecto sobre el tramo de la Ruta nacional 70 comprendido entre Ocaña - Aguaclara - Gamarra - Puerto Capulco con propósitos de rehabilitación y/o mejoramiento y por ende si la firma tenía interés en proponer algún tipo de iniciativa sobre el particular la Agencia podría analizarlo. Este documento como se verifica en su contenido consta en el radicado de entrada a la Concesionaria el 17 de julio de 2012; no obstante, frente a esta manifestación EDER PAOLO FERRACUTI representante legal de la Concesionaria Ruta del Sol, en la misma fecha 13 de julio de 2012¹⁷⁶, confirma al Presidente su interés de realizar los trabajos de rehabilitación y mejoramiento de la vía Ocaña - Aguaclara - Gamarra - Puerto Capulco, como actividad adicional del Contrato de Concesión No. 001 de 2010.

En tal sentido se denota desde el inicio su interés de adjudicar de manera directa la elaboración de los estudios para posteriormente adjudicar la ejecución de la obra a la Concesionaria, sin acudir al respectivo proceso de selección, dando lugar con su gestión a que al interior de la agencia se estructurara el proceso con este propósito.

Además, como fue señalado por el funcionario de instrucción, situación que no logra desvirtuarse en esta etapa de juzgamiento, se confirma que hubo intervenciones irregulares que dan cuenta del interés indebido para la adición de manera directa a la Concesionaria. Este elemento corresponde a una armonía entre lo que sucede en el mundo óptico con lo que se representa el sujeto como realizado. Cuando hay desarmonía entre uno y otro de estos elementos, existiría un error. Como se trata de

¹⁷⁴ En respuesta a comunicación de 15 de junio de 2012 suscrita por EDER PAOLO FERRACUTI Representante Legal Concesionaria Ruta del Sol S.A.S dirigido a CAMILO MENZOZA ROZO, Vicepresidente de Gestión Contractual obrante a folio 861 del cuaderno principal 8.

¹⁷⁵ Cfr. Folios 859 Cuaderno principal 8

¹⁷⁶ Cfr. Folios 860 Cuaderno principal 8

Expediente: IUS E - 2017 - 19229 / IUC D-2017-651-927370
Fallo de primera instancia sancionatorio.

demostrar un elemento subjetivo, la única prueba directa que existiría sobre el conocimiento del sujeto sería la manifestación de esta persona sobre lo que se representó y realizó; es decir, su confesión. En caso contrario, las pruebas de su demostración serían indirectas y a través de indicios. Sobre este tema, existe abundante material probatorio (declaraciones de OTTO NICOLÁS BULA BULA, JUAN SEBASTIÁN CORREA, ELEUBERTO MARTORELLI, las precisiones que trajo el Laudo Arbitral citado, entre otros), que dan cuenta de que ANDRADE MORENO sabía que su comportamiento no estaba ajustado a derecho.

En diligencia de declaración bajo la gravedad de juramento rendida el 27 de abril de 2017¹⁷⁷, por ELEUBERTO ANTONIO MARTORELLI, Presidente de Odebrecht para Colombia para la época de los hechos, rendida ante la Fiscalía General de la Nación dentro del proceso 110016000101201700130, y compulsada al proceso adelantado por la Corte Suprema de Justicia, en contra el Exsenador Bernardo Miguel Elias Vidal manifestó lo siguiente:

"(...)

También era de mi conocimiento en este entonces que de acuerdo a los procedimientos y al contrato de concesión, la ANI había enviado un oficio direccionado a la concesionaria de fecha 13 de julio de 2012, radicado No. 2012305008705-1, en el cual comunica a la concesionaria que un tramo de carretera propuesto por la concesionaria relacionado con la ruta 6206 tramo PUERTO BERRIO conexión RUTA 4511, estaría incluido dentro del proyecto denominado AUTOPISTAS DE LA PROSPERIDAD y que en aquel entonces estaría siendo estructurado por la agencia. Por otra parte en ese mismo oficio la ANI indicó que había pensado la posibilidad de desarrollar un proyecto sobre el tramo de la RUTA NACIONAL 70 comprendido entre OCAÑA AGUA CLARA GAMARRA PUERTO CAPULCO, con propósitos de rehabilitación y/o mejoramiento y preguntó si la concesionaria tenía interés en proponer algún tipo de iniciativa sobre el particular y que en este caso la ANI podría analizar. La concesionaria contestó formalmente el oficio enviado por la ANI, manifestando su interés. Con esto, en julio de 2013 la concesionaria fue contratada por la ANI para realizar los estudios necesarios al tramo indicado, contratación que fue firmado a través del OTRO SI No. 3.

(...)

En paralelo posiblemente en julio de 2013, el señor OTTO BULA ya teniendo la información de que la compañía estaba próxima a asignar el OTROS SI No. 3 relacionado con el eje vial GAMARRA PUERTO CAPULCO, me busco en la oficina indicando que podría viabilizar OTRO SI por el cual la ANI entregaría a la concesionaria el tramo indicado para que la concesionaria rehabilitara y/o mejorara evitando que este proyecto pudiera ser licitado en las obras de las 4G de carreteras. En esta misma reunión, yo indiqué al señor OTTO BULA que la concesionaria ya estaba en conversaciones con la ANI para obtener un nuevo OTRO SI en el cual el tramo OCAÑA PUERTO CAPULCO quedara incorporado a la concesión RUTA DEL SOL SECTOR 2. El señor OTTO BULA dijo que podría influenciar para acelerar y obtener el OTRO SI de la forma que la concesionaria necesitara. He comentado con el señor BULA que como se trataba de una asociación público-privada APP sería necesario algunas cláusulas específicas en este OTRO SI, que serían fundamentales para dar la viabilidad

¹⁷⁷ Cfr. Folios 113 y siguientes Cuaderno anexo No. 30.
Expediente: IUS E - 2017 - 19229 / IUC D-2017-651-927370
Fallo de primera instancia sancionatorio.

económica y financiera del proyecto. Estas cláusulas consistían en: 1. Incremento de 15% en las tarifas de los peajes existentes en la concesión. 2. Dos nuevas casetas de peaje en el tramo OCAÑA PUERTO CAPULCO. 3. Anticipar vigencias futuras previstas para los años 2024 y 2028, para los años 2016, 2017 y 2018. 4. Creación del valor presente por el ingreso del peaje VIP en los años 2023 y 2028. En razón de las conversaciones con OTTO BULA arreglé con él el pago de un succesfree equivalente a 1% del valor del OTRO SI para que el prestara sus servicios de lobby a favor de la compañía.

(...)*. (Negrilla fuera de texto).

Conforme a lo señalado por el entonces Presidente de Odebrecht para Colombia, se corrobora el interés de ANDRADE MORENO en adjudicar de manera directa a la Concesionaria la elaboración de los estudios y diseños para la ejecución del tramo Ocaña – Gamarra, de suerte que fue él quien propuso esta iniciativa, lo cual se concretó a través de comunicación del 13 de julio de 2012, contestada en la misma fecha por EDER PAOLO FERRACUTI, momento para el cual al interior de la agencia no se había realizado ningún análisis tendiente a determinar la viabilidad técnica y jurídica de adicionar el contrato de concesión con este propósito.

De las pruebas que obran en el plenario se establece que solo hasta el 21 de enero de 2013 se profirió por la Gerente de Gestión Contractual el concepto sobre la procedencia de adicionar el alcance físico del contrato de concesión No. 001 de 2010 por solicitud que hiciera la Vicepresidencia de Gestión Contractual a la Vicepresidencia Jurídica, concepto que fundamentó el Estudio de Oportunidad y Conveniencia y posterior suscripción del Otrosí; lo cual permite a este despacho considerar que el actuar de LUIS FERNANDO ANDRADE estuvo encaminado a favorecer a la Concesionaria a través de la adición del contrato de concesión, sin que previamente se haya adelantado el conducto regular al interior de la entidad, y al cual se han referido los testigos en la etapa del juicio respecto de la estructura de la agencia y los filtros y trámites que se surtían en los denominados grupos o equipos de regularización a los que se les ponía en consideración la viabilidad de suscribir ese tipo de adiciones, pues para el caso la decisión de convocar directamente a la Concesionaria surgió de parte del Presidente, y con posterioridad a dicho ofrecimiento y conforme al mismo fue que se estructuró el proceso.

Además, este interés se soporta con lo acontecido respecto de la presión que existió frente a la suscripción del Otrosí No. 06 para de esta manera concretar el favorecimiento a la Concesionaria Ruta del Sol, primero a través de la adjudicación directa para que elaborara los estudios y diseños para posteriormente adjudicarles la ejecución de la vía.

De otra parte, en diligencia de declaración jurada del señor OTTO NICOLÁS BULA BULA llevada a cabo durante los días 12 al 15 de junio de 2017, dentro de la diligencia de aproximación a un principio de oportunidad con la Fiscalía General de la Nación¹⁷⁸ manifestó lo siguiente;

¹⁷⁸ Grabación que obra en CD a Folio 310 Cuaderno anexo No. 30 – diligencia del 12 de junio del 2017, y consta por escrito a folios 288 al 348 del cuaderno original 6.
Expediente: IUS E - 2017 - 19229 / IUC D-2017-651-927370
Fallo de primera instancia sancionatorio.

"(...) Mire ya para principios del año 2013 me busca el señor Federico Gaviria póngale enero marzo, no creo que sea en el mes de enero no llegaba sino al final de vacaciones, febrero o marzo, para nadie en este país es un secreto mi relación política con el señor BERNARDO ELIAS, ... en esas fechas el señor Federico Gaviria me cuenta que sus amigos PREGUNTADO POR LA FISCALIA; Me menciona que amigos CONTESTO; sus amigos de Odebrecht, están interesados en finiquitar una adición al contrato de la ruta del sol tramo 2 que la tienen muy consolidada pero que necesitan de unas influencias políticas para mejorar, mejorar la parte contractual y económica de ellos y agilizar que todo camine rápido, que todo funcione entonces él me habla de Ocaña – Gamarra, yo le digo pues que necesitaría él, entonces él me explica y es cuando yo sé que existe la ANI, la cuestión que ese tramo, esa ruta del sol 2 el ayudo a estructurarla con los Brasileños y él ha participado en esto, entonces ahora necesitan la cuestión de la adición de Ocaña – Gamarra y que si yo puedo hablar con mis amigos políticos para ver si nos pueden colaborar y aligerar en eso, cuál era el motivo en sí de la colaboración? primero era agilizar y segundo mejorarle unas cantidades de condiciones que no quedara igual de condiciones a la ruta del sol 2, me entiende?.... PREGUNTADO POR LA FISCALIA. Perdón Doctor no me queda claro cuando usted se manifiesta de que ya tienen organizada la adición quiere decir esto lo entiendo así que Odebrecht Federico Gaviria y algunos políticos ya tenían organizada la adición CONTESTO: más o menos tenían todo como ya de que iban a ser capaces de conseguir la adición y lo que necesitaban era más fuerza política para poder conseguirle ósea en pocas palabras ellos estaban manejando la comisión sexta a través del señor Plinio Olano.

PREGUNTADO POR LA FISCALIA: Recuerda la fecha de la primera reunión en su casa CONTESTO: sí señor, doctor en el año 2013, en febrero o marzo, abril mas o menos algo así PREGUNTADO POR LA FISCALIA; que temas tocan entonces en esa reunión en su casa CONTESTO: en esa reunión se toca el tema Ocaña Gamarra, la adición, la manera, la pretensión, que ellos, que Odebrecht tiene en manera que sea de adición pero había que hacerle un trabajo de mejoramiento de condiciones contractuales a eso, ya yo había hablado con BERNARDO antes le había explicado mas o menos lo de Federico me dijo que si podía hacer el trabajo entonces yo le dije siéntense ustedes y hablen como van como manejarían la situación económica de él PREGUNTADO POR LA FISCALIA: alguien presenció esa conversación CONTESTO: sí señor fue a mi casa y yo estaba ahí y hablaron y este le dijo que sí, podía hacer un trabajo que él tenía llegada a LUIS FERNANDO ANDRADE de la ANI PREGUNTADO POR LA FISCALIA; eso dice BERNARDO CONTESTO: Si y que él con unos colegas.

(....) Mire, una de las condiciones que puso MARTORELLI, eran reuniones privadas con ANDRADE; por ejemplo, para ver la influencia que pudiera tener BERNARDO sobre eso. Por ejemplo, no es lo mismo hablar en la oficina de ANDRADE que en el apartamento de BERNARDO, por ejemplo, con ANDRADE... ya me entiende lo que te quiero decir? Por lo general se hacían comidas. Eso no fue de una reunión, como dice ANDRADE, ni de 10 minutos; eso fueron, desde el principio han podido ser en el apartamento de BERNARDO 4 ó 5 reuniones. Cada vez que tenían un obstáculo, organizar precio, que se atrasaba algo, alguna cosa, siempre existía una reunión y pues mejoraban las condiciones de ese contrato.

(...)



El 15 de julio de 2013 firman el Otrosí No. 3. Qué es el Otrosí No. 3? La estructuración financiera, jurídica, contractual, formulación de la convocatoria pública de los pliegos, las licitaciones, eso es muy importante porque ustedes están muy desorientados en eso de que filtraron la ANI disque para manejar información privilegiada, eso están desenfocados, aquí le firmaron un otrosí a la concesionaria donde le pagaron dos mil setecientos veintisiete millones de pesos y le dijeron arme usted todo esto, ahí empezaron las ayudas, es como decirle a usted si usted mismo se va a construir la carretera es decirle haga el estudio, haga el presupuesto, la estructuración jurídica ellos mismos hicieron este contrato de otrosí con la ANI.... ellos mismos iban a hacer su licitación privada, ósea yo con yo, eso quedo claro en este otrosí No. 3.... (.....)" (Negrilla fuera de texto).

Del anterior testimonio se determina que BERNARDO MIGUEL ELIAS en reunión con FEDERICO GAVIRIA indicó que tenía como llegarle a LUIS FERNANDO ANDRADE para mejorar las condiciones contractuales de la adición, la cual previamente ya tenían estructurada, además da cuenta de las reuniones de ANDRADE con MARTORELLI como parte de las condiciones que este último puso para constatar la influencia que pudiera tener ELIAS VIDAL con el entonces Presidente de la ANI, reuniones que señala el testigo fueron aproximadamente en cuatro o cinco ocasiones.

Además, refiere el testigo que la primera reunión que se hizo en su casa entre BERNARDO MIGUEL ELIAS y FEDERICO GAVIRIA se llevó a cabo a principios del año 2013, así mismo que las ayudas a la Concesionaria de la cual hacía parte Odebrecht se empezaron a concretar a partir de la suscripción del Otrosí No. 03 para que ellos mismos hicieran la estructuración de los estudios de la vía con la intención posteriormente de adjudicarles la ejecución de la obra de manera directa y con ciertas condiciones para lo cual Odebrecht contrató como lobista a OTTO BULA quien abordó a BERNANDO MIGUEL ELIAS y este a su vez intermedió ante el Congreso y ante la ANI a través de su Presidente.

Obra dentro del plenario el testimonio rendido por JUAN SEBASTIAN CORREA el 5 de marzo de 2019¹⁷⁹ ante la Procuraduría General de la Nación en el cual manifestó lo siguiente;

"(...) Les voy a hacer como el recuento desde el momento 0 en el que empecé yo a figurar en el tema del otro sí No. 6 de la adición OCAÑA – GAMARRA, Contrato Ruta del Sol – Tramo 2. Se remonta al año 2013, a mitad de año, primero pues quiero contarles mi funciones en la ANI era EXPERTO G 3 – GRADO 6, no tenía poder de toma de decisiones, no participaba en comités, no suscribía documentos, simplemente mis funciones eran la de ser enlace con el congreso, alcaldes y gobernación (...) era el estar pendiente de las relaciones con ellos, y en el de tramitar las respuestas a los requerimientos que estas personas podían formular al Director de la Agencia (...) yo simplemente era el tramitador (...). Dentro de mis funciones me remito al año 2013, cuando un grupo de congresistas empiezan a indagar por el Otrosí OCAÑA – GAMARRA (...) En junio de 2013 pide cita el Senador BERNARDO MIGUEL ELÍAS VIDAL (...) el Senador me pide una cita con el señor ANDRADE, yo le pregunto que si quiere atender al Senador (...), el señor ANDRADE me dice que sí, programamos la cita, va el Senador ELÍAS a la

¹⁷⁹ Cfr. CD a folios 227 y 228 del cuaderno principal 14
Expediente: IUS E - 2017 - 19229 / IUC D-2017-651-927370
Fallo de primera Instancia sancionatorio.

oficina del señor ANDRADE, lo atendemos el señor ANDRADE y yo. La reunión la hicimos los 3 (...) en la Presidencia de la ANI, específicamente en la oficina privada del señor ANDRADE. En esta reunión él le manifiesta al señor ANDRADE, las preocupaciones y preguntarle sobre todo en qué iba el trámite de la adición OCAÑA – GAMARRA. El doctor ANDRADE le explica en qué va el trámite, que se están iniciando, que le van a hacer otro sí, que eso va por muy buen camino, ellos tienen muy buena química (...) el señor ELÍAS le dice que es muy importante que se construya la variante de OCAÑA, el señor ANDRADE le dice que eso está en estudio, que hay que ver si se ajusta o no. Entonces ellos quedan muy comprometidos en volver a hablar, el Senador BERNARDO MIGUEL ELÍAS le dice que él tiene una relación, que él conoce a la gente de ODEBRECHT, especialmente al señor MARTORELLI, que si le incomodaría que estuvieran en contacto los tres: MARTORELLI, ANDRADE y ELÍAS, a lo que el señor ANDRADE le da su venia y le dice que está de acuerdo, que no hay ningún inconveniente (...)

Para finales del 2013 o comienzos del 2014, el Senador BERNARDO invita a una cena a LUIS FERNANDO ANDRADE a la casa del Senador y le dice y lo invita a través mío y le dice que va a estar presente el señor ELEUBERTO MARTORELLI, el Presidente de Odebrecht Colombia. El señor ANDRADE, yo le consulto al señor ANDRADE, y el señor ANDRADE me dice que sí, que no hay ningún problema. Asistimos al apartamento del Senador ELIAS (...) esa fue la primera de varias cenas a las que asistimos en el apartamento del Senador ELIAS. En esa cena, llegamos el señor ANDRADE y yo, ya estaba el señor MARTORELLI (...) sostuvimos la cena, hablaron del proyecto Ruta del Sol 2 primero, después hablaron de la adición OCAÑA – GAMARRA, hablaron de unos inconvenientes técnicos, a lo que el señor ANDRADE les dijo que tuvieran mucho cuidado, que la propuesta presentada no fuera a sobrepasar el 50% del valor del contrato, para que fuera posible hacer por adición; en las 3 o 4 reuniones que les voy a describir, se hablaron los mismos temas, voy a contar de una vez los temas. Entonces los temas eran: primero, que ellos habían entregado una propuesta para construir toda la vía OCAÑA – GAMARRA y variante OCAÑA, toda en doble calzada, entonces el costo era muy alto; segundo, el tema de la financiación, que no les cerraba, entonces lo que les dijo el señor ANDRADE, lo que les decía era, todos los consejos que él les daba o las ayuda que él les daba (...): si quiere hacer todo doble calzada y no les da, no haga todo doble calzada, haga carriles de adelantamiento cada cierto número de kilómetros; después también que tampoco les cuadraba, entonces el señor ANDRADE les decía: entonces elimine la variante OCAÑA; así se fueron los temas de la reuniones, llegando al fin para que el proyecto fuera viable; en el tema de la financiación tampoco les cuadraba, entonces el señor ANDRADE les dijo, al final: mire, yo puedo adelantar unas vigencias futuras, que no se van a usar porque el contrato se prevé que termine antes, entonces yo las adelanto, con la venia y el visto bueno el Ministerio de Hacienda, el que adelanta las vigencias es el Ministerio de Hacienda por solicitud del Presidente de la ANI; otras de las formas de financiación, entonces pero qué hacemos? Pues como los peajes de la Ruta del Sol estaban relativamente más bajos que los del resto del País, pues el señor ANDRADE les dijo: podemos incrementar el valor de los peajes, gradualmente en 100 pesos, 200 pesos, pero es un montón de plata, podemos incrementarlos gradualmente durante unos años hasta que se equiparen a los otros peajes y por ese concepto se recibe x cantidad de plata. Y otra idea que les dio también el señor ANDRADE muy clara, era de instalar dos peajes nuevos en la vía OCAÑA – GAMARRA (...) Así fue que ellos montaron su propuesta. Entonces en la primera cena se habló eso, pues no de todos los temas, pero ahí, ya se entraron en conversaciones, que el proyecto estaba en firme pero que no cerraba la adición, se sostuvo la cena (...) el señor ANDRADE y estaba yo, en muchas ocasiones se retiraban las 3

personas: ELIAS, ANDRADE y MARTORELLI a hablar aparte, en un estudio que estaba al lado de la sala, pues se entraban a hablar ahí y yo me quedaba en el sofá chateando o haciendo lo que fuera. Esa fue una de las cenas. La segunda cena fue ya empezando 2014, enero o febrero, eso fue antes de la firma de la adición. El señor MARTORELLI estaba muy preocupado que, porque en la ANI eran muy lentos, no tomaban decisiones, entonces siempre tenían que, digo yo, abordar al Senador ELIAS para que el Senador ELIAS convidara al señor ANDRADE para que el señor ANDRADE pusiera en cintura a los técnicos de la ANI, ese era como el modus operandi del Senador ELIAS y del señor ANDRADE y obviamente yo lo acompañaba en ejercicio de mis funciones como enlace con el Congreso. En la segunda cena se trató ese tema también, el señor ANDRADE se comprometió a agilizarlo, le dijo a MARTORELLI que no se preocupara, que eso era una prioridad para él, ahí discutieron también temas financieros, temas técnicos, temas del trámite de la propuesta y se dio la propuesta y el Otrosí se firmó en marzo de 2014.

"(...) Antes del Otrosí 3, Odebrecht presenta una propuesta, que era para hacer la conexión Puerto Berrio – Ruta del Sol; misteriosamente el señor ANDRADE en ejercicio de sus funciones, en una reunión manifiesta al concesionario que esa vía no, que esa vía estaba priorizada (...) que no, que esa no es tan importante, que por qué no presentan una propuesta para hacer OCAÑA GAMARRA. La propuesta se presenta inmediatamente, creo que la ANI saca una comunicación y ODEBRECHT la contesta en cuestión de horas.

(...)

Se firma la adición, desde mi punto de vista como administrador de empresa, no soy abogado, la adición debía contar con un certificado de disponibilidad presupuestal, con un CDP, como lo hacen las alcaldías, primero, yo tengo el CDP y luego, pues, firmo el contrato. El afán del señor ANDRADE es sacar esta adición en marzo de 2014, incluye una cláusula al final que dice: si no es aprobado en el CONPES y en el CONFIS, la adición no tendrá ningún valor. Recuerdo que en una de esas idas del Senador ELIAS a la ANI, le dice el doctor ANDRADE, el doctor ANDRADE le dice: mira BERNARDO, él le decía BERNARDO, la cláusula que quedó, entonces el Senador ELIAS le dice: no importa doctor ANDRADE, el concesionario está feliz porque con esto, así no haya CONPES ni CONFIS, ellos demandan a la ANI. El Señor ANDRADE se quedó callado. Después fue el CONPES y el CONFIS, bastante tiempo después, creo que fue en agosto, no acompañé al Presidente de la ANI, él fue solo y expuso su proyecto solo y ahí se firma CONFES, CONFIS, que es cuando ya, se da por hecho el proyecto.

(...)

"(...) Si desde el principio yo manifiesto que no fue media cena como manifiesta el señor ANDRADE, sino 4 o 5 cenas con temas álgidos, con temas técnicos para ayudar a una empresa, realmente las cenas eran enfocadas en qué había que hacer técnicamente para que a la empresa se le pudiera otorgar la adición. Paralelamente en la ANI los técnicos ponían problema, porque la gente del Senador ELÍAS y la gente de ODEBRECHT decía, es que la gente de la ANI (...) joden mucho, entonces qué hacían? Entonces el Senador ELIAS y otros decían, venga, vamos a invitar al doctor ANDRADE a comer (...)" (Negrilla fuera de texto).

Refiere el testigo de las reuniones que sostuvo ANDRADE MORENO con BERNARDO MIGUEL ELÍAS, en las cuales se trató el tema del interés de ANDRADE en la inclusión del tramo Ocaña – Gamarra. Además, precisa que ELIAS VIDAL empezó a contactar a LUIS FERNANDO ANDRADE en el mes de junio de 2013, y

en una primera reunión ANDRADE le habría manifestado que se estaba iniciando el trámite para el otrosí, lo cual resulta coincidente con la suscripción del Otrosí No. 03, además de señalar que uno de los propósitos de los encuentros era determinar que había que hacer técnicamente para que a la empresa se le pudiera otorgar la adición.

Este testimonio es concordante con lo expuesto por el testigo OTTO BULA sobre la intermediación que al respecto ejerció el Exsenador BERNARDO MIGUEL ELIAS VIDAL, y a su vez de lo dicho por el señor ELEUBERTO MARTORELLI sobre el lobby que hizo OTTO BULA ante el entonces senador ELIAS VIDAL, situación de la que se advierte el entramado que se dio desde la constructora Odebrecht para presionar la adición del tramo Ocaña – Gamarra, pretensión a la cual la ANI en representación de su Presidente, accedió habiendo procedido a la suscripción de un primer Otrosí cuyo propósito era empezar a estructurar la ejecución de la vía.

De otra parte, se advierte que LUIS FERNANDO ANDRADE MORENO tiene formación universitaria, es ingeniero industrial con maestría en administración de empresas y con amplia experiencia en el sector privado y público en temas del sector de infraestructura, y en el marco de las funciones como Presidente de la ANI le correspondía la dirección de la actividad contractual, la cual debía someterse a las normas vigentes aplicables al caso, previstas en el estatuto general de contratación pública las que por ende eran de su conocimiento y a las que se encontraba sometido.

Se considera con fundamento en lo expuesto que se acredita el elemento cognoscitivo, referido al conocimiento de los hechos y al conocimiento de la prohibición, de suerte que el disciplinado conocía lo que le correspondía hacer y pese a ello accedió indebidamente a realizar las gestiones para la adición al contrato de concesión en contravía de lo que legalmente le correspondía hacer.

En cuanto al *cuarto elemento* referido a la **voluntad para realizar la conducta** constitutiva de la falta disciplinaria, este elemento corresponde, también, a un elemento subjetivo, por lo que se debe verificar la existencia del conocimiento de la ilicitud, del conocimiento de la norma prohibitiva o de mandato propio del deber funcional. En conclusión, para que se configure la falta disciplinaria, este elemento debe existir y, como también es un elemento subjetivo, la única prueba directa de su existencia sería la confesión. La otra manera de probarlo es a través de pruebas indirectas, como sucede en el presente caso que se determina que el disciplinado teniendo la posibilidad de comportarse conforme a derecho, decidió prevaliéndose de su condición de Presidente de la ANI, realizar las gestiones con el propósito que la adición al contrato de concesión se adjudicará de manera directa al concesionario, evadiendo el proceso de selección que correspondía.

Es así como se encuentra demostrado con suficiencia probatoria el reproche realizado por el funcionario instructor pues aparece acreditado que respecto de la conducta LUIS FERNANDO ANDRADE MORENO no existió una fuerza mayor o un caso fortuito que lo obligara a actuar de la manera que lo hizo, ni existió amenaza de un tercero que hubiera disminuido su voluntad. Por el contrario, actuó voluntariamente, comprendiendo y queriendo lo que hacía, favoreciendo de manera irregular a la concesionaria Ruta del Sol 2.

Al igual que frente al *quinto elemento*, esto es la **conciencia de la ilicitud**, se acredita en el plenario por cuanto el disciplinado conocía por su condición que su actuar era contrario a derecho, y siendo consciente que debía adelantarse un proceso objetivo de selección, optó por adjudicarlo de manera directa en beneficio de la multinacional Odebrecht que hacía parte de la Concesionaria Ruta del Sol 2; era claro que dentro los mandatos que le habían sido conferidos por el cargo que desempeñaba no estaba la actuación que de manera libre desempeño. En otras palabras, LUIS FERNANDO ANDRADE MORENO no actuó bajo ninguna causal de inculpabilidad, como lo sería un estado de necesidad, un estado de ira o intenso dolor, entre otros, que impidieran la configuración de esa categoría o que por lo menos la disminuyera.

Así el elemento volitivo que integra el dolo que en materia disciplinaria se interpreta y aplica bajo el presupuesto de actuar a pesar de saber que debía ajustar su conducta a la exigencia normativa,¹⁸⁰ se encuentra igualmente acreditado.

De manera que para esta Delegada de Juzgamiento Disciplinario se encuentran estructurados todos los elementos del **DOLO** en el actuar que le ha sido reprochado a LUIS FERNANDO ANDRADE MORENO, quedando a partir del análisis que quedo expuesto desvirtuados los argumentos de defensa en torno al grado de culpabilidad.

8.3.1.2 Para el cargo segundo

Respecto del cargo segundo, la conducta se califica de manera definitiva a título de **DOLO**, conforme a las pruebas que obran en el plenario y se confirma en ese sentido los argumentos del funcionario instructor, por cuanto han quedado demostrados los elementos que lo integran, que en su mayoría se soportan en los medios probatorios analizados para el cargo primero en tanto las conductas que soportan cada uno de los cargos se encuentran directamente relacionadas.

De las pruebas se puede establecer que el disciplinado ejecutó la conducta en su condición de Presidente de la ANI, lo cual presupone que, para efectos de la **imputabilidad**, resulta acertada la atribución de la conducta en el entendido que el servidor en ese cargo tenía la capacidad de comprender la ilicitud y determinarse sobre la misma.

En cuanto a las funciones que tenía a su cargo como quedo determinado en el respectivo análisis de tipicidad en el numeral 8.1.1.2. en torno al principio de responsabilidad, se determina que conforme a sus funciones le correspondía la dirección de la actividad contractual, en particular dirigir y orientar el desarrollo de los contratos de concesión, de lo cual se evidencia incuestionablemente que el disciplinado tenía pleno **conocimiento de la situación típica** de las funciones atribuidas y los deberes que debía de cumplir con ocasión del cargo que desempeñaba, en particular tratándose de adiciones a contratos de concesión debían acreditarse los requisitos dispuestos en la norma.

¹⁸⁰ Sanchez Herrera Esiquio Manuel, Dogmática Practicable del Derecho Disciplinario, Ediciones Nueva Jurídica, Cuarta Edición, 2020, pág. 129
Expediente: IUS E - 2017 - 19229 / IUC D-2017-651-927370
Fallo de primera instancia sancionatorio.

De conformidad con las pruebas que obran en el proceso queda demostrado que el disciplinado conocía los elementos estructurales del tipo disciplinario, pues en su condición de Presidente de la ANI, debía no sólo aprobar y suscribir las decisiones que allí se adoptaran; sino, adicionalmente está acreditado que se encargó de proponer, coordinar, gestionar y suscribir las adiciones al contrato de concesión, sin tener que acudir al respectivo procedimiento de selección, en el caso del Otrosí No.06 a través de licitación pública.

Es necesario en este análisis reiterar los antecedentes que dieron lugar a la adición a través del Otrosí No. 03 para los estudios y diseños del tramo Ocaña – Gamarra, así se corrobora en esta instancia de juzgamiento que ANDRADE MORENO, en su condición de Presidente de la ANI, en respuesta a comunicación de EDER PAOLO FERRACUTI Representante Legal de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S sobre el interés en efectuar la rehabilitación y mejoramiento de la ruta nacional 6206 en el tramo Puerto Berrio – sector 2 Ruta del Sol¹⁸¹, manifestó a la Concesionaria a través de comunicación del 13 de julio de 2012¹⁸², que dicho tramo estaba incluido dentro del proyecto denominado “Autopistas de la Prosperidad” que estaba estructurando la Agencia en ese momento; pero que de acuerdo con la reunión sostenida en la Presidencia de la Agencia, la entidad ha pensado la posibilidad de desarrollar un proyecto sobre el tramo de la Ruta nacional 70 comprendido entre Ocaña - Aguacalara - Gamarra - Puerto Capulco con propósitos de rehabilitación y/o mejoramiento y por ende si la firma tenía interés en proponer algún tipo de iniciativa sobre el particular la Agencia podría analizarlo. Este documento fue radicado oficialmente en la Concesionaria el 17 de julio de 2012; no obstante, frente a esta manifestación EDER PAOLO FERRACUTI representante legal de la Concesionaria Ruta del Sol, en la misma fecha 13 de julio de 2012¹⁸³, confirma al Presidente su interés de realizar los trabajos de rehabilitación y mejoramiento de la vía Ocaña - Aguacalara - Gamarra - Puerto Capulco, como actividad adicional del Contrato de Concesión No. 001 de 2010.

Así queda en evidencia el interés que tuvo ANDRADE MORENO desde el inicio de adjudicar de manera directa la elaboración de los estudios lo cual se concretó a través del Otrosí No. 03, para posteriormente adjudicar la ejecución de la obra a la Concesionaria, lo que también se concretó esta vez a través del Otrosí No. 06, sin acudir al respectivo proceso de selección, dando lugar con su gestión a que al interior de la agencia se estructurara el proceso con este propósito.

Se confirma que hubo intervenciones irregulares que dan cuenta del interés para que se adjudicara de manera directa esta vía a la Concesionaria, de las que se concluye que LUIS FERNANDO ANDRADE MORENO accedió a las solicitudes de ELEUBERTO MARTORELLI, que se hicieron por intermedio del Ex Senador de la República BERNARDO MIGUEL ELÍAS VIDAL.

¹⁸¹ En respuesta a comunicación de 15 de junio de 2012 suscrita por EDER PAOLO FERRACUTI Representante Legal Concesionaria Ruta del Sol S.A.S dirigido a CAMILO MENZOZA ROZO, Vicepresidente de Gestión Contractual obrante a folio 861 del cuaderno principal 8.

¹⁸² Cfr. Folios 859 Cuaderno principal 8

¹⁸³ Cfr. Folios 860 Cuaderno principal 8

Expediente: IUS E - 2017 - 19229 / IUC D-2017-651-927370
Fallo de primera instancia sancionatorio.



En diligencia de declaración bajo la gravedad de juramento rendida el 27 de abril de 2017¹⁸⁴, por ELEUBERTO ANTONIO MARTORELLI, Presidente de Odebrecht para Colombia para la época de los hechos, rendida ante la Fiscalía General de la Nación dentro del proceso 110016000101201700130, y compulsada al proceso adelantado por la Corte Suprema de Justicia, en contra el Exsenador Bernardo Miguel Elias Vidal manifestó lo siguiente:

"(...) También era de mi conocimiento en este entonces que de acuerdo a los procedimientos y al contrato de concesión, la ANI había enviado un oficio direccionado a la concesionaria de fecha 13 de julio de 2012, radicado No. 2012305008705-1, en el cual comunica a la concesionaria que un tramo de carretera propuesto por la concesionaria relacionado con la ruta 6206 tramo PUERTO BERRIO conexión RUTA 4511, estaría incluido dentro del proyecto denominado AUTOPISTAS DE LA PROSPERIDAD y que en aquel entonces estaría siendo estructurado por la agencia. Por otra parte en ese mismo oficio la ANI indicó que había pensado la posibilidad de desarrollar un proyecto sobre el tramo de la RUTA NACIONAL 70 comprendido entre OCAÑA AGUA CLARA GAMARRA PUERTO CAPULCO, con propósitos de rehabilitación y/o mejoramiento y preguntó si la concesionaria tenía interés en proponer algún tipo de iniciativa sobre el particular y que en este caso la ANI podría analizar. La concesionaria contestó formalmente el oficio enviado por la ANI, manifestando su interés. Con esto, en julio de 2013 la concesionaria fue contratada por la ANI para realizar los estudios necesarios al tramo indicado, contratación que fue firmado a través del OTRO SI No. 3.

(...)

En paralelo posiblemente en julio de 2013, el señor OTTO BULA ya teniendo la información de que la compañía estaba próxima a asignar el OTROS SI No. 3 relacionado con el eje vial GAMARRA PUERTO CAPULCO, me busco en la oficina indicando que podría viabilizar OTRO SI por el cual la ANI entregaría a la concesionaria el tramo indicado para que la concesionaria rehabilitara y/o mejorara evitando que este proyecto pudiera ser licitado en las obras de las 4G de carreteras. En esta misma reunión, yo indiqué al señor OTTO BULA que la concesionaria ya estaba en conversaciones con la ANI para obtener un nuevo OTRO SI en el cual el tramo OCAÑA PUERTO CAPULCO quedara incorporado a la concesión RUTA DEL SOL SECTOR 2. El señor OTTO BULA dijo que podría influenciar para acelerar y obtener el OTRO SI de la forma que la concesionaria necesitara. He comentado con el señor BULA que como se trataba de una asociación público-privada APP sería necesario algunas cláusulas específicas en este OTRO SI, que serían fundamentales para dar la viabilidad económica y financiera del proyecto. Estas cláusulas consistían en: 1. Incremento de 15% en las tarifas de los peajes existentes en la concesión. 2. Dos nuevas casetas de peaje en el tramo OCAÑA PUERTO CAPULCO. 3. Anticipar vigencias futuras previstas para los años 2024 y 2028, para los años 2016, 2017 y 2018. 4. Creación del valor presente por el ingreso del peaje VPIP en los años 2023 y 2028. En razón de las conversaciones con OTTO BULA arreglé con él el pago de un succesfree equivalente a 1% del valor del OTRO SI para que el prestara sus servicios de lobby a favor de la compañía.

(...)

¹⁸⁴ Cfr. Folios 113 y siguientes Cuaderno anexo No. 30.
Expediente: IUS E - 2017 - 19229 / IUC D-2017-851-927370
Fallo de primera instancia sancionatorio.

Después del acuerdo, el señor OTTO BULA siguió haciéndome visitas en mi oficina, para transmitir la expectativa de que el OTRO SI sería efectivamente firmado y también obtener la retroalimentación de las reuniones de trabajo entre el equipo de la concesionaria y el equipo de la ANI. En estas reuniones más con OTTO BULA en mi oficina, el señor BULA afirmaba que estaba utilizando su relación política principalmente con parlamentarios oriundos de la región CARIBE para influenciar los agentes públicos. Nunca me especificaba cuáles eran las autoridades públicas con las que estaba tratando, no obstante en estas reuniones, el señor BULA llegó a anticiparme que las comisiones permanentes del congreso 3, 4 y 6 convocarían al presidente de la ANI LUIS FERNANDO ANDRADE MORENO y al Ministro de Hacienda MAURICIO CÁRDENAS para reuniones de control político en el Congreso, ellos serían presionados para dar celeridad al OTRO SI que viabilizara el proyecto OCAÑA GAMARRA.

(...)

Yo participé en algunas reuniones de trabajo que ocurrieron en la ANI entre agosto y septiembre de 2013 y marzo de 2014; yo acompañé al equipo de la concesionaria a las reuniones en la ANI y pude verificar que era verdadera la presión política a favor del proyecto, porque el presidente de la ANI LUIS FERNANDO ANDRADE MORENO, solicitó a mi persona que los parlamentarios no presionaran más para viabilizar el otro sí. Esto en mi perspectiva era la comprobación de que OTTO BULA estaba actuando frente a agentes públicos y que a pesar de que yo varias veces le pregunté quiénes eran, nunca me lo reveló. El 14 de marzo de 2014, la concesionaria RUTA DEL SOL firmó el OTRO SI No. 6 con las expectativas atendidas, que la actuación del señor OTTO BULA fue fundamental para acelerar y lograr y obtener el OTRO SI que viabilizó obras adicionales a contrato, sin la necesidad de un proceso de licitación pública, utilizando los procedimientos ya previstos en el contrato de concesión. La razón para confiar que OTTO BULA desarrollaría de forma exitosa su labor de LOBYISTA es que yo entendía que él poseía una influencia en el medio político, social y empresarial de Colombia, porque al presentármelo LUIZ BUENO me decía que BULA había sido senador de la República (.....) Frente a lo que he manifestado considero que el señor OTTO BULA no actuó directamente ante el presidente de la ANI y/o ante el Ministro de Hacienda, sino que la influencia para conseguir el OTRO SI la ejerció a través de los políticos con los cuales él tenía relación. Tampoco tengo conocimiento sobre qué funcionarios de la ANI que hayan participado en el trámite para la adición del OTRO SI. Lo cierto es que la gestión de OTTO BULA dio resultado. Si no hubiéramos contratado a OTTO BULA hubiéramos corrido el riesgo de que la decisión se hubiera demorado 3 o 4 años más, o que se hubiera ido a una de las últimas olas de las 4G por licitación.

(...)

A pesar de que por la gestión acordada en el año 2013 en relación con la gestión del OTROSI No. 6 por la cual la compañía pagó una suma aproximada a los 4.6 millones de dólares, el señor OTTO BULA nunca estuvo plenamente conforme con la cantidad de dinero recibido a través de los giros a las cuentas bancarias de las empresas que él entregaba, pues en su opinión él consideraba que tenía derecho a recibir una suma considerablemente superior. Algunas veces inclusive cuestionando el propio porcentaje acordado, mientras nosotros estimábamos que el porcentaje acordado de 1% debía liquidarse sobre el valor del VPIT valor presente del ingreso total, establecido en el OTRO SI en la adición, lo cual arrojaba un valor aproximado de 9 mil millones a valores del 2014 (...) Dentro de la insistencia de OTTO BULA para que le



entregáramos más dinero él indicaba reiteradamente que estaba siendo presionado sin decir por quienes para que se ajustara el valor pactado, (.....)” (Negrilla fuera de texto).

Conforme a lo señalado por este testigo, no puede considerarse que el Presidente de la ANI estuviera ajeno al entramado que se originó desde la constructora Odebrecht, la cual contrato como lobista a OTTO BULA a quien la pagó cuantiosas sumas de dinero para acelerar y conseguir mejores condiciones respecto de la adición al contrato de concesión a través del Otrosí No. 06, situación que efectivamente se concretó conforme las expectativas de la constructora viabilizando así la adición al contrato sin necesidad de acudir a un proceso de selección utilizando los procedimientos previstos en el contrato de concesión.

Para el despacho esta situación permite reafirmar que la adición al contrato de concesión se realizó de manera indebida, de lo contrario no tendría fundamento alguno que la Constructora Odebrecht, socio mayoritaria de la Concesionaria Ruta del Sol hubiera requerido intervenciones indebidas para gestionar una adición que legalmente estaría soportada, siendo claro que de no haberse dado dicha intermediación la obra se hubiera sometido al proceso de licitación pública, como así lo reconoce el testigo, quien además reconoce que cuando se pone de acuerdo con OTTO BULA ya se estaba en conversaciones con la ANI para obtener un nuevo Otrosí en el cual el tramo OCAÑA PUERTO CAPULCO quedara incorporado a la concesión RUTA DEL SOL SECTOR 2.

Como ha quedado expuesto fue LUIS FERNANDO ANDRADE quien en principio propuso la ejecución de este tramo; era él quien direccionaba las adiciones a los contratos de concesión; durante el trámite nunca se opuso, todo lo contrario, propició la justificación para la adición de manera directa; como lo refiere el testigo en varias oportunidades hubo reuniones en las cuales ANDRADE MORENO se refirió a la presión política que estaba recibiendo, al punto que solicitó al Presidente de Odebrecht que los parlamentarios no presionaran más para la viabilización del Otrosí; razones que permiten a este despacho considerar que el disciplinado era consiente que había presión para la adición y no desplegó ninguna actuación que dejara ver su desacuerdo con ello, por el contrario se insiste desplegó las actuaciones acorde con la gestión indebida que se estaba haciendo, propiciando el resultado pretendido por la concesionaria.

En diligencia de declaración jurada del señor OTTO NICOLÁS BULA BULA llevada a cabo durante los días 12 al 15 de junio de 2017, dentro de la diligencia de aproximación a un principio de oportunidad con la Fiscalía General de la Nación¹⁸⁵ manifestó lo siguiente;

“(....) Mire ya para principios del año 2013 me busca el señor Federico Gaviria póngale enero marzo, no creo que sea en el mes de enero no llegaba sino al final de vacaciones, febrero o marzo, para nadie este país es un secreto mi relación política con el señor BERNARDO ELIAS, ... para el año en esas fechas el señor Federico Gaviria y me cuenta que sus amigos PREGUNTADO POR LA FISCALIA; Me menciona que amigos CONTESTO; sus amigos de Odebrecht, están interesados en finiquitar una adición al contrato de la ruta del sol tramo

¹⁸⁵ Grabación que obra en CD a Folio 310 Cuaderno anexo No. 30 – diligencia del 12 de junio del 2017, y consta por escrito a folios 288 al 348 del cuaderno original 6.
Expediente: IUS E - 2017 - 19229 / IUC D-2017-651-927370
Fallo de primera instancia sancionatorio.

2 que la tienen muy consolidada pero que necesitan de unas influencias políticas para mejorar, mejorar la parte contractual y económica de ellos y agilizar que todo camine rápido, que todo funcione entonces él me habla de Ocaña – Gamarra, yo le digo pues que necesitaría él, entonces él me explica y es cuando yo sé que existe la ANI, la cuestión que ese tramo, esa ruta del sol 2 el ayuda a estructurarla con los Brasileños y él ha participado en esto, entonces ahora necesitan la cuestión de la adición de Ocaña – Gamarra y que si yo puedo hablar con mis amigos políticos para ver si nos pueden colaborar y aligerar en eso, cuál era el motivo en si de la colaboración? primero era agilizar y segundo mejorarle unas cantidades de condiciones que no quedara igual de condiciones a la ruta del sol 2, me entiende?.... PREGUNTADO POR LA FISCALIA. Perdón Doctor no me queda claro cuando usted se manifiesta de que ya tienen organizada la adición quiere decir esto lo entiendo así que Odebrecht Federico Gaviria y algunos políticos ya tenían organizada la adición CONTESTO: más o menos tenían todo como ya de que iban a ser capaces de conseguir la adición y lo que necesitaban era más fuerza política para poder conseguirle ósea en pocas palabras ellos estaban manejando la comisión sexta a través del señor Plinio Olano.

PREGUNTADO POR LA FISCALIA: Recuerda la fecha de la primera reunión en su casa CONTESTO: si señor, doctor en el año 2013, en febrero o marzo, abril mas o menos algo así PREGUNTADO POR LA FISCALIA; que temas tocan entonces en esa reunión en su casa CONTESTO: en esa reunión se toca el tema Ocaña Gamarra, la adición, la manera, la pretensión, que ellos, que Odebrecht tiene en manera que sea de adición pero había que hacerle un trabajo de mejoramiento de condiciones contractuales a eso, ya yo había hablado con BERNARDO antes le había explicado mas o menos lo de Federico me dijo que si podía hacer el trabajo entonces yo le dije siéntense ustedes y hablen como van como manejarían la situación económica de él PREGUNTADO POR LA FISCALIA: alguien presenció esa conversación CONTESTO: si señor fue a mi casa y yo estaba ahí y hablaron y este le dijo que si, podía hacer un trabajo que él tenía llegada a LUIS FERNANDO ANDRADE de la ANI PREGUNTADO POR LA FISCALIA; eso dice BERNARDO CONTESTO: Si y que él con unos colegas.

(.....) Mire, una de las condiciones que puso MARTORELLI, eran reuniones privadas con ANDRADE; por ejemplo, para ver la influencia que pudiera tener BERNARDO sobre eso. Por ejemplo, no es lo mismo hablar en la oficina de ANDRADE que en el apartamento de BERNARDO, por ejemplo, con ANDRADE... ya me entiende lo que te quiero decir? Por lo general se hacían comidas. Eso no fue de una reunión, como dice ANDRADE, ni de 10 minutos; eso fueron, desde el principio han podido ser en el apartamento de BERNARDO 4 ó 5 reuniones. Cada vez que tenían un obstáculo, organizar precio, que se atrasaba algo, alguna cosa, siempre existía una reunión y pues mejoraban las condiciones de ese contrato.

(...)
El 15 de julio de 2013 firman el Otrosí No. 3. Qué es el Otrosí No. 3? La estructuración financiera, jurídica, contractual, formulación de la convocatoria pública de los pliegos, las licitaciones, eso es muy importante porque ustedes están muy desorientados en eso de que filtraron la ANI disque para manejar información privilegiada, eso están desenfocados, aquí le firmaron un otrosí a la concesionaria donde le pagaron dos mil setecientos veintisiete millones de pesos y le dijeron arme usted todo esto, ahí empezaron las ayudas,



es como decirle a usted si usted mismo se va a construir la carretera es decirle haga el estudio, haga el presupuesto, la estructuración jurídica ellos mismos hicieron este contrato de otrosí con la ANI.... ellos mismos iban a hacer su licitación privada, ósea yo con yo, eso quedo claro en este otrosí No. 3....

(.....)

Entonces, cada vez que llegaban, por ejemplo, un ejemplo, una estructuración financiera, el precio de la obra y tenían una talanquera por trabajadores de la ANI, o sea, funcionarios de la ANI y tal, entonces existía una reunión con ANDRADE con MARTORELLI, mira que tenemos este problema, y siempre se hacía en la casa de BERNARDO y siempre se solucionaba el problema. Entonces terminaron de hacer toda esa estructuración y firman el Otrosí 6, que se firma el 14 de marzo del 2014. Ya este Otrosí viene con precios y que se van a crear unos peajes, porque ya se hizo todo el trabajo de carpintería, se hizo fue acá en el Otrosí 3 (...)" (Negrilla fuera de texto).

Del anterior testimonio se determina que BERNARDO MIGUEL ELIAS en reunión con FEDERICO GAVIRIA indicó que tenía como llegarle a LUIS FERNANDO ANDRADE para mejorar las condiciones contractuales de la adición, además da cuenta de las reuniones de ANDRADE con MARTORELLI como parte de las condiciones que este último puso para constatar la influencia que pudiera tener BERNARDO con el entonces Presidente de la ANI, reuniones que señala el testigo fueron aproximadamente en cuatro o cinco ocasiones.

Además de su dicho se determina el conocimiento que tenía ANDRADE MORENO de las pretensiones de Odebrecht para adicionar de manera directa la ejecución de la vía al contrato de concesión y de su complacencia con labor de intermediación que realizada ELIAS VIDAL, al punto que ANDRADE accedió en varias oportunidades a reunirse con este para solucionar los problemas que se presentaban durante la estructuración de la adición.

En testimonio rendido por JUAN SEBASTIAN CORREA el 5 de marzo de 2019¹⁸⁶ ante la Procuraduría General de la Nación manifestó lo siguiente;

"(...)

Les voy a hacer como el recuento desde el momento 0 en el que empecé yo a figurar en el tema del otro sí No. 6 de la adición OCAÑA – GAMARRA, Contrato Ruta del Sol – Tramo 2. Se remonta al año 2013, a mitad de año, primero pues quiero contarles mi funciones en la ANI era EXPERTO G 3 – GRADO 6, no tenía poder de toma de decisiones, no participaba en comités, no suscribía documentos, simplemente mis funciones eran la de ser enlace con el congreso, alcaldes y gobernación (...) era el estar pendiente de las relaciones con ellos, y en el de tramitar las respuestas a los requerimientos que estas personas podían formular al Director de la Agencia (...) yo simplemente era el tramitador (...). Dentro de mis funciones me remito al año 2013, cuando un grupo de congresistas empiezan a indagar por el Otrosí OCAÑA – GAMARRA (...) En junio de 2013 pide cita el Senador BERNARDO MIGUEL ELÍAS VIDAL (...) el Senador me pide una cita con el señor ANDRADE, yo le pregunto que si quiere atender al Senador (...), el señor ANDRADE me dice que sí, programamos la cita, va el Senador ELÍAS a la oficina del señor

¹⁸⁶ Cfr. CD a folios 227 y 228 del cuaderno principal 14
Expediente: IUS E - 2017 - 19229 / IUC D-2017-651-927370
Fallo de primera instancia sancionatorio.

ANDRADE, lo atendemos el señor ANDRADE y yo. La reunión la hicimos los 3 (...) en la Presidencia de la ANI, específicamente en la oficina privada del señor ANDRADE. En esta reunión él le manifiesta al señor ANDRADE, las preocupaciones y preguntarle sobre todo en qué iba el trámite de la adición OCAÑA – GAMARRA. El doctor ANDRADE le explica en qué va el trámite, que se están iniciando, que le van a hacer otro sí, que eso va por muy buen camino, ellos tienen muy buena química (...) el señor ELÍAS le dice que es muy importante que se construya la variante de OCAÑA, el señor ANDRADE le dice que eso está en estudio, que hay que ver si se ajusta o no. Entonces ellos quedan muy comprometidos en volver a hablar, el Senador BERNARDO MIGUEL ELÍAS le dice que él tiene una relación, que él conoce a la gente de ODEBRECHT, especialmente al señor MARTORELLI, que si le incomodaría que estuvieran en contacto los tres: MARTORELLI, ANDRADE y ELIAS, a lo que el señor ANDRADE le da su venia y le dice que está de acuerdo, que no hay ningún inconveniente (...)

Para finales del 2013 o comienzos del 2014, el Senador BERNARDO invita a una cena a LUIS FERNANDO ANDRADE a la casa del Senador y le dice y lo invita a través mío y le dice que va a estar presente el señor ELEUBERTO MARTORELLI, el Presidente de Odebrecht Colombia. El señor ANDRADE, yo le consulto al señor ANDRADE, y el señor ANDRADE me dice que sí, que no hay ningún problema. Asistimos al apartamento del Senador ELIAS (...) esa fue la primera de varias cenas a las que asistimos en el apartamento del Senador ELIAS. En esa cena, llegamos el señor ANDRADE y yo, ya estaba el señor MARTORELLI (...) sostuvimos la cena, hablaron del proyecto Ruta del Sol 2 primero, después hablaron de la adición OCAÑA – GAMARRA, hablaron de unos inconvenientes técnicos, a lo que el señor ANDRADE les dijo que tuvieran mucho cuidado, que la propuesta presentada no fuera a sobrepasar el 50% del valor del contrato, para que fuera posible hacer por adición; en las 3 o 4 reuniones que les voy a describir, se hablaron los mismos temas, voy a contar de una vez los temas. Entonces los temas eran: primero, que ellos habían entregado una propuesta para construir toda la vía OCAÑA – GAMARRA y variante OCAÑA, toda en doble calzada, entonces el costo era muy alto; segundo, el tema de la financiación, que no les cerraba, entonces lo que les dijo el señor ANDRADE, lo que les decía era, todos los consejos que él les daba o las ayuda que él les daba (...): si quiere hacer todo doble calzada y no les da, no haga todo doble calzada, haga carriles de adelantamiento cada cierto número de kilómetros; después también que tampoco les cuadraba, entonces el señor ANDRADE les decía: entonces elimine la variante OCAÑA; así se fueron los temas de la reuniones, llegando al fin para que el proyecto fuera viable; en el tema de la financiación tampoco les cuadraba, entonces el señor ANDRADE les dijo, al final: mire, yo puedo adelantar unas vigencias futuras, que no se van a usar porque el contrato se prevé que termine antes, entonces yo las adelanto, con la venia y el visto bueno el Ministerio de Hacienda, el que adelanta las vigencias es el Ministerio de Hacienda por solicitud del Presidente de la ANI; otras de las formas de financiación, entonces pero qué hacemos? Pues como los peajes de la Ruta del Sol estaban relativamente más bajos que los del resto del País, pues el señor ANDRADE les dijo: podemos incrementar el valor de los peajes, gradualmente en 100 pesos, 200 pesos, pero es un montón de plata, podemos incrementarlos gradualmente durante unos años hasta que se equiparen a los otros peajes y por ese concepto se recibe x cantidad de plata. Y otra idea que les dio también el señor ANDRADE muy clara, era de instalar dos peajes nuevos en la vía OCAÑA – GAMARRA (...) Así fue que ellos montaron su propuesta. Entonces en la primera cena se habló eso, pues no de todos los temas, pero ahí, ya se entraron en conversaciones, que el proyecto estaba en firme pero que no cerraba la adición, se sostuvo la cena (...) el señor ANDRADE y estaba yo, en

muchas ocasiones se retiraban las 3 personas: ELIAS, ANDRADE y MARTORELLI a hablar aparte, en un estudio que estaba al lado de la sala, pues se entraban a hablar ahí y yo me quedaba en el sofá chateando o haciendo lo que fuera. Esa fue una de las cenas. La segunda cena fue ya empezando 2014, enero o febrero, eso fue antes de la firma de la adición. El señor MARTORELLI estaba muy preocupado que, porque en la ANI eran muy lentos, no tomaban decisiones, entonces siempre tenían que, digo yo, abordar al Senador ELIAS para que el Senador ELIAS convidara al señor ANDRADE para que el señor ANDRADE pusiera en cintura a los técnicos de la ANI, ese era como el modus operandi del Senador ELIAS y del señor ANDRADE y obviamente yo lo acompañaba en ejercicio de mis funciones como enlace con el Congreso. En la segunda cena se trató ese tema también, el señor ANDRADE se comprometió a agilizarlo, le dijo a MARTORELLI que no se preocupara, que eso era una prioridad para él, ahí discutieron también temas financieros, temas técnicos, temas del trámite de la propuesta y se dio la propuesta y el Otrosí se firmó en marzo de 2014.

"(...) Antes del Otrosí 3, Odebrecht presenta una propuesta, que era para hacer la conexión Puerto Berrío – Ruta del Sol; misteriosamente el señor ANDRADE en ejercicio de sus funciones, en una reunión manifiesta al concesionario que esa vía no, que esa vía estaba priorizada (...) que no, que esa no es tan importante, que por qué no presentan una propuesta para hacer OCAÑA GAMARRA. La propuesta se presenta inmediatamente, creo que la ANI saca una comunicación y ODEBRECHT la contesta en cuestión de horas.
(...)

Se firma la adición, desde mi punto de vista como administrador de empresa, no soy abogado, la adición debía contar con un certificado de disponibilidad presupuestal, con un CDP, como lo hacen las alcaldías, primero, yo tengo el CDP y luego, pues, firmo el contrato. El afán del señor ANDRADE es sacar esta adición en marzo de 2014, incluye una cláusula al final que dice: si no es aprobado en el CONPES y en el CONFIS, la adición no tendrá ningún valor. Recuerdo que en una de esas idas del Senador ELIAS a la ANI, le dice el doctor ANDRADE, el doctor ANDRADE le dice: mira BERNARDO, él le decía BERNARDO, la cláusula que quedó, entonces el Senador ELIAS le dice: no importa doctor ANDRADE, el concesionario está feliz porque con esto, así no haya CONPES ni CONFIS, ellos demandan a la ANI. El Señor ANDRADE se quedó callado. Después fue el CONPES y el CONFIS, bastante tiempo después, creo que fue en agosto, no acompañé al Presidente de la ANI, él fue solo y expuso su proyecto solo y ahí se firma CONFES, CONFIS, que es cuando ya, se da por hecho el proyecto.

"(...) Si desde el principio yo manifiesto que no fue media cena como manifiesta el señor ANDRADE, sino 4 o 5 cenas con temas álgidos, con temas técnicos para ayudar a una empresa, realmente las cenas eran enfocadas en qué había que hacer técnicamente para que a la empresa se le pudiera otorgar la adición. Paralelamente en la ANI los técnicos ponían problema, porque la gente del Senador ELÍAS y la gente de ODEBRECHT decía, es que la gente de la ANI (...) joden mucho, entonces qué hacían? Entonces el Senador ELIAS y otros decían, venga, vamos a invitar al doctor ANDRADE a comer (...)" (Negrilla fuera de texto).

Describe el testigo las cenas y reuniones que sostuvo ANDRADE MORENO en la casa de BERNARDO MIGUEL ELÍAS, en las cuales se trataba el tema de la adición del tramo Ocaña – Gamarra, y las propuestas de LUIS FERNANDO ANDRADE para

facilitar y agilizar la adición y dar solución a los inconvenientes que se presentaban durante su estructuración; situación ajena al ejercicio de sus funciones, que permite en esta instancia confirmar el interés indebido que tuvo el disciplinado con el ánimo de favorecer a la concesionaria sustrayéndose a los mecanismos propios previstos en el estatuto contractual frente a la suscripción y solución de controversias presentadas durante su planeación y ejecución.

Así las cosas, para este despacho los testimonios a los que se ha hecho alusión resultan creíbles en la medida que fueron rendidos dentro de los procesos en los cuales los testigos han colaborado con la justicia y resultan coincidentes con los demás elementos de prueba que dan cuenta de los resultados que se produjeron con la gestión que desempeñaron. El testimonio de JUAN SEBASTIAN CORREA es concordante con lo expuesto por el testigo OTTO BULA sobre la intermediación que al respecto ejerció el Exsenador BERNARDO MIGUEL ELIAS VIDAL, ante LUIS FERNANDO ANDRADE, y a su vez concuerda con lo dicho por el señor ELEUBERTO MARTORELLI sobre la intermediación que hizo OTTO BULA ante el entonces senador ELIAS VIDAL, situación de la que se advierte el entramado que se dio desde la constructora Odebrecht para presionar la adición del tramo Ocaña – Gamarra, pretensión a la cual la ANI en representación de su Presidente, accedió habiendo procedido a la suscripción del Otrosí en los términos requeridos por la constructora brasilera.

También es del caso traer a colación a apartes de la decisión adoptada el 20 de septiembre de 2018 dentro del proceso de pérdida de investidura¹⁸⁷, adelantado por el Consejo de Estado en contra del entonces Senador de la República Bernardo Miguel Elías Vidal, adoptada por el Consejo de Estado, el cual fue trasladado a la actuación disciplinaria¹⁸⁸, que da cuenta de los actos de corrupción alrededor de la suscripción del otrosí para la adición del tramo Ocaña – Gamarra.

“(.....) Otra gran gestión del grupo “los Buldócer” que obtuvo resultado favorable, contó Gaviria, fue la adelantada para lograr la suscripción del otrosí al contrato de concesión Ruta del Sol II, correspondiente al tramo de vía que de Ocaña conduce a Gamarra.

En principio, relató Federico Gaviria, Odebrecht tuvo que explorar diversas alternativas, como la vía Puerto Berrio-Cisneros donde se contempló la posibilidad de desviar la Ruta del Sol hacia Puerto Berrio, 16 kilómetros con la ampliación del puente sobre el río Magdalena y un tramo de Puerto Berrio hacia Cisneros, en una vía de doble calzada, pero esta iniciativa fue desestimada por Luis Fernando Andrade, porque formaba parte del proyecto de las autopistas de la montaña que posteriormente se les denominó 4G.

¹⁸⁷ CONSEJO DE ESTADO, SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SALA DIECISIETE ESPECIAL - DECISIÓN DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA, Consejero Ponente: JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS, Bogotá D.C., veinte (20) de septiembre de dos mil dieciocho (2018), Rad. No.: 11001-03-15-000-2018-00316-00

¹⁸⁸ Proceso que obra a folios 684 - CD a folio 685 del Cuaderno principal 20.
Expediente: IUS E - 2017 - 19229 / IUC D-2017-651-927370
Fallo de primera instancia sancionatorio.



Luego se trabajó la alternativa del tramo Barrancabermeja-Bucaramanga, e inclusive, la concesionaria Ruta del Sol presentó una alianza público-privada -APP, pero esta fue rechazada por la ANI porque ya existía un concesionario a cargo.

Finalmente, Odebrecht logró la invitación formal de la ANI, el 13 de julio de 2012, para que presentara una propuesta para el sector Ocaña-Gamarra, proyecto impulsado por el Ministro de Transporte de ese momento, Miguel Peñaloza. La concesionaria empezó a trabajar la propuesta y la presentó el 25 de agosto de 2012, sin embargo, el ritmo de los trámites de estudio de la propuesta fue muy lento, al punto que el ministro se desvinculó, y después de esto, “no se movía nada en el Congreso de la República”.

Fue entonces cuando, según refiere el testigo Gaviria, aparecieron, en el primer trimestre de 2013, Otto Bula y el grupo de senadores amigos liderado por Bernardo Miguel Elías Vidal, quienes le ofrecieron su gestión a Eleuberto Martorelli. Este, en un principio estuvo renuente a aceptar su colaboración, pero finalmente consintió en ella, basado en el éxito que ya aquellos habían obtenido en la gestión del contrato de Estabilidad Jurídica, así como por el estancamiento que acusaba el trámite de la adición al contrato de concesión.

Este testigo relata en forma circunstanciada y con prolijidad de detalles, como Martorelli puso tres condiciones para aceptar la intervención de Otto Bula y el grupo de “los bulldócer”: 1. Reunirse con Luis Fernando Andrade y que este le manifestara el interés de la ANI de seguir adelante con el tema. 2. Concretar el valor del proyecto con el grupo de los bulldócer y con los lobistas y 3. Martorelli quería hacer una reunión con todos los congresistas que hacían parte del mencionado grupo; sin embargo, esta no se cumplió pues solo se reunió con estos, sino con otro parlamentario llamado Antonio Guerra.

La primera condición se cumplió en varias ocasiones, pues el senador Bernardo Miguel Elías reunió a Luis Fernando Andrade y a Eleuberto Martorelli en su apartamento. Allí mejoraron las relaciones personales que en principio estaban distantes entre Martorelli y Andrade y acordaron mejores condiciones contractuales para la firma del otrosí. Esta afirmación deviene probada con las declaraciones de Otto Nicolás Bula, Federico Gaviria Velásquez y Juan Sebastián Correa, quien era el enlace de la ANI con el Congreso de la República y quien programaba los encuentros de los tres personajes citados, como también se puede leer de los chat de WhatsApp que fueron aportados al proceso, así como con la misma manifestación que sobre el tema hizo Bernardo Miguel Elías Vidal ante la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, dentro del proceso 49951 adelantado contra Plinio Olano Becerra en el marco de un trámite de beneficios por colaboración eficaz al que se acogió el declarante.

La segunda condición también se cumplió, pues según relató Federico Gaviria Velásquez, la negociación empezó con un porcentaje que ascendió en su valor porque la concesión se amplió, por lo que finalmente se acordó un 4% del total de la obra que aproximadamente correspondía a ochenta mil millones de pesos (\$80.000.000.000), repartidos entre “los bulldócer”, Otto Bula y Federico Gaviria.

Según dice Federico Gaviria Velásquez ratificado por Otto Nicolás Bula, cuando el grupo de “los bulldócer” empezó a trabajar se encontró con varios inconvenientes: A). la gestión de la vía no estaba a cargo de la ANI, sino del Fondo de Adaptación. B). INVÍAS había

contratado una firma española AYESA para hacer el diseño geométrico y el presupuesto de la vía Cúcuta-Ocaña-Gamarra. C). El departamento de Cesar se oponía a que la vía, que era del orden departamental, pasara a formar parte de una concesión nacional. D) el señor Luis Fernando Andrade había dicho que en su gestión nunca adicionaría un contrato de concesión.

Bajo esa perspectiva, según Bula Bula y Federico Gaviria, el grupo de los Buldócer tuvo que ampliarse de 4 a 10 u 11 congresistas, para fortalecer su capacidad de gestión y lograr su cometido.

Siguió relatando Federico Gaviria, que Bula Bula pidió un anticipo de cuatro mil millones de pesos (\$4.000.000.000) por la gestión del otrosí.

Con su entrega, el trámite empezó a fluir ágilmente, hasta superar todos los obstáculos y concluir con su firma a mediados de marzo de 2014, pero sujeto a varias condiciones: i) un aval fiscal que era la aprobación de vigencias futuras para el proyecto, ii) la autorización para el compromiso anticipado de vigencias futuras que tenía Ruta del Sol, iii) un incremento de los peajes a una mayor tasa que la autorizada para el resto del país, autorización que no competía al Ministerio de Transporte, y que obligó a escalar su solicitud, hasta obtener la aprobación el 6 de agosto de 2014, logrando así, el cierre financiero; iv) la aprobación del CONFIS, que se obtuvo el 7 de septiembre de 2014 y del CONPES, el 14 de octubre de ese mismo año; v) el DNP autorizó el compromiso de vigencias futuras el 9 de octubre; el 14 del mismo mes y año el Ministerio de Hacienda, como secretaria ejecutiva del CONFIS dio cierre a este periplo de autorizaciones. El acta de inicio de obra se firmó el 10 de noviembre de 2014.

Señaló Federico Gaviria que todas las condiciones fueron cumplidas en un tiempo record favoreciendo a la constructora Odebrecht, pese a que Luis Fernando Andrade Director de la ANI, dijo que desde el año 2012 vieron la posibilidad de financiar el proyecto adicionándolo a la Ruta del Sol, sin embargo, cada una de las gestiones tuvo como motor al grupo “los buldócer” y a otros agentes del Estado en cada una de las entidades que tenían la competencia sobre los diversos temas que concernían a esta iniciativa.

(.....) A la luz de la apreciación conjunta e integral del acervo probatorio descrito, con base en los criterios de la experiencia y la sana crítica, la Sala Diecisiete Especial de Revisión encuentra probado, con grado de certeza, que el exsenador Bernardo Miguel Elías Vidal como senador de la República realizó gestiones y ejerció presiones valiéndose de su investidura, ante las distintas entidades del Gobierno Nacional, llámense ANI, Ministerio de Hacienda, Transporte, Planeación y ante el mismo congreso, entre algunas otras entidades, para obtener, como lo hizo, con su grupo de amigos “Los Buldócer”, el contrato de estabilidad jurídica y la agilización del otro sí número 6, de la Ruta del Sol II, de una manera rápida, eficiente y en las mejores condiciones para la multinacional Odebrecht.....”

De otra parte, se advierte que LUIS FERNANDO ANDRADE MORENO tiene formación universitaria, es ingeniero industrial con maestría en administración de empresas y con amplia experiencia en el sector privado y público en temas del sector de infraestructura, y en el marco de las funciones como Presidente de la ANI le correspondía la dirección de la actividad contractual, la cual debía someterse a las



normas vigentes aplicables al caso, previstas en el estatuto general de contratación pública las que por ende eran de su conocimiento y a las que se encontraba sometido.

Se considera con fundamento en lo expuesto que se acredita el elemento cognoscitivo, referido al conocimiento de los hechos y al conocimiento de la prohibición, de suerte que el disciplinado conocía lo que le correspondía hacer y pese a ello accedió indebidamente a realizar las gestiones para la adición al contrato de concesión en contravía de lo que legalmente le correspondía hacer.

En cuanto al elemento referido a la **voluntad para realizar la conducta** constitutiva de la falta disciplinaria, se determina que el disciplinado teniendo la posibilidad de comportarse conforme a derecho, decidió prevaliéndose de su condición de Presidente de la ANI, realizar las gestiones con el propósito que la adición al contrato de concesión se adjudicará de manera directa al concesionario, conforme las pretensiones de este, evadiendo el proceso de selección que correspondía.

Al igual que frente a la **conciencia de la ilicitud**, por cuanto el disciplinado conocía por su condición que su actuar era contrario a derecho, y siendo consciente de la presión indebida del entonces Senador de la Republica BERNARDO MIGUEL ELIAS accedió a realizar la adición de manera directa en beneficio de la multinacional Odebrecht que hacía parte de la Concesionaria Ruta del Sol 2; era claro que dentro los mandatos que le habían sido conferidos por el cargo que desempeñaba no estaba la actuación que de manera libre desempeño en el sentido de eludir los procedimientos de selección previstos por el legislador.

Así el elemento volitivo que integra el dolo que en materia disciplinaria se interpreta y aplica bajo el presupuesto de actuar a pesar de saber que debía ajustar su conducta a la exigencia normativa,¹⁸⁹ se encuentra igualmente acreditado.

Finalmente se determina en cuanto a la **exigibilidad del cumplimiento del deber**, que el disciplinado tenía la posibilidad de no incurrir en las conductas previstas como falta disciplinaria en la Ley 734 de 2002, específicamente tenía la posibilidad de acatar de manera estricta los principios que rigen la contratación estatal y de no aprovecharse de su cargo para evadir la selección objetiva de contratistas, recordando como lo hemos señalado la finalidad que cumple la contratación estatal en un Estado Social de Derecho; además no actuó bajo ninguna causal de inculpabilidad, que impidieran la configuración de esa categoría.

De manera que para esta Delegada de Juzgamiento Disciplinario se encuentran estructurados todos los elementos del **DOLO** en el actuar que le ha sido reprochado a LUIS FERNANDO ANDRADE MORENO, quedando a partir del análisis que quedo expuesto desvirtuados los argumentos de defensa en torno al grado de culpabilidad.

¹⁸⁹ Sanchez Herrera Esiquio Manuel, Dogmática Practicable del Derecho Disciplinario, Ediciones Nueva Jurídica, Cuarta Edición, 2020, pág. 129
Expediente: IUS E - 2017 - 19229 / IUC D-2017-651-927370
Fallo de primera instancia sancionatorio.

8.3.1.3 Respuesta frente a los argumentos de la defensa en torno al grado de culpabilidad respecto de los cargos primero y segundo.

Como quiera que hay coincidencia en los argumentos de defensa en torno al grado de culpabilidad y como ha quedado expuesto las conductas que soportan los cargos primero y segundo están relacionadas, se da respuesta a los argumentos de la defensa, de manera general.

No se encuentra soporte probatorio que respalde los argumentos que plantea la defensa en el sentido que el disciplinado no accedió a la peticiones de ELEUBERTO MARTORELLI y el objeto de las reuniones con BERNARDO MIGUEL ELIAS VIDAL no obedeció a dicho propósito; por el contrario las pruebas a que se ha hecho referencia indican que hubo presiones irregulares para adicionar al contrato de concesión el tramo Ocaña – Gamarra, sin acudir a los respectivos procedimientos de selección, situación que se propició desde Odebrecht a través de la labor de intermediación para la que fue contratado OTTO BULA, para acceder a través de su amigo BERNARDO ELIAS, ante el Congreso de la Republica y ante la ANI a través de su Presidente a fin de agilizar y conseguir mejores condiciones en la contratación de la adición, resultado que se concretó con la suscripción del Otrosí 6, lo cual da cuenta que la presión que en ese sentido se ejerció dio resultado.

Tampoco existe sustento probatorio que permita a este despacho considerar que el objeto de las reuniones entre BERNARDO MIGUEL ELIAS VIDAL y LUIS FERNANDO ANDRADE no tenían como finalidad acordar condiciones referentes a la adición del tramo Ocaña – Gamarra, por cuanto el testimonio de JUAN SEBASTIAN CORREA quien asistió a las reuniones refiere lo contrario, el cual resulta coincidente con el testimonio de OTTO BULA quien presente en reunión con FEDERICO GAVIRIA y BERNARDO ELIAS VIDAL fue testigo que este último indicó que tenía la posibilidad de acceder ante LUIS FERNANDO ANDRADE; y con lo afirmado por ELEUBERTO MARTORELLI quien afirma que si no se hubiera contratado a OTTO BULA se hubiera corrido el riesgo de que la decisión se hubiera demorado 3 o 4 años más, o que se hubiera ido a una de las últimas olas de las 4G por licitación.

De lo anterior es claro que respecto de la adición de la vía Ocaña – Gamarra se suscitó un entramado de corrupción para lograr la adición de manera directa a fin de favorecer a la Constructora Odebrecht la cual hacia parte de la Concesionaria Ruta del Sol 2, en el cual participaron diferentes actores. Desde la multinacional brasilera quien pagó millonarias sumas a OTTO BULA como lobista, para buscar actores políticos que favorecieran las condiciones de la adición, quien confesó los hechos irregulares en aproximación a un principio de oportunidad con la Fiscalía¹⁹⁰.

De otra parte, BERNARDO MIGUEL ELIAS VIDAL Exsenador de la Republica quien también confesó los hechos irregulares en los que participó y por los cuales fue sometido a la justicia en diferentes procesos ante la Corte Suprema de Justicia,

¹⁹⁰ Grabación que obra en CD a Folio 310 Cuaderno anexo No. 30 – diligencia del 12 de junio del 2017, y consta por escrito a folios 288 al 348 del cuaderno original 6.
Expediente: IUS E - 2017 - 19229 / IUC D-2017-651-927370
Fallo de primera instancia sancionatorio.



Procuraduría General de la Nación y pérdida de investidura ante el Consejo de Estado, en los cuales ha sido encontrado responsable de los actos de corrupción que favorecieron a la constructora Odebrecht en particular en lo que atañe a la adición del tramo Ocaña – Gamarra al contrato de concesión No. 001 de 2010¹⁹¹.

De manera que con fundamento en los testimonios y en las decisiones que han sido adoptadas con fundamento en los mismos, los cuales resultan coincidentes con los demás elementos de prueba que dan cuenta de los resultados que se produjeron con la gestión que desempeñaron, no resulta de recibo considerar que en este caso de corrupción no se hubiera involucrado LUIS FERNANDO ANDRADE MORENO, quien como Presidente de la ANI suscribió las adiciones al contrato de concesión, de suerte que resulta inexcusable considerar que quienes influyeron indebidamente para la adición se encuentren responsables de los hechos y no quien accediendo a dichas presiones suscribió la adición, pues si no hubiera sido su interés las adiciones no se hubieran concretado en los términos pretendidos por Odebrecht, sino dentro del marco legal vigente.

Ahora en cuanto a la declaración de BERNARDO MIGUEL ELIAS VIDAL, rendida el 25 de febrero de 2021 en el proceso penal adelantado en contra de LUIS FERNANDO ANDRADE MORENO, que trae a colación la defensa para señalar que desde el Gobierno Nacional se tenía interés en la adición del tramo Ocaña – Gamarra incluso antes que ELIAS VIDAL hiciera presencia ante la ANI, no es un hecho que desvirtúa el interés de ANDRADE MORENO de llevar a cabo esa adición de manera directa en beneficio del concesionario y en aras de mejorar las condiciones de dicha contratación como lo refirió el testigo OTTO BULA, quien ha precisado que las ayudas empezaron desde el Otrosí No. 03 donde le solicitaron a la Concesionaria la elaboración de los estudios y diseños de la vía que posteriormente esta misma iba a ejecutar.

No existe fundamento para restar credibilidad a estos testimonios, por el hecho de haber estado reclusos los tres testigos, a los que aquí se ha hecho referencia, en el mismo patio de la Picota, ni prueba que en esta investigación haya demostrado su complicidad para comprometer a ANDRADE MORENO a favor de un principio de oportunidad a costa de falsedades en sus declaraciones, por cuanto como ha quedado señalado las pruebas en este juicio demuestran que el disciplinado accedió a las solicitudes de Odebrecht, y en ese sentido suscribió la adición conforme las pretensiones de la multinacional, y no conforme lo disponía la norma vigente para esa fecha, a partir de la cual se concluyó que la adición no se soporta conforme los argumentos a que hizo alusión la defensa.

¹⁹¹ De público conocimiento es que fue condenado de forma anticipada el 28 de febrero de 2018 por la Corte Suprema de Justicia como autor de los delitos de cohecho propio y tráfico de influencias, y destituido por la Procuraduría General de la Nación en decisión de primera instancia del 28 de julio de 2022.

Expediente: IUS E - 2017 - 19229 / IUC D-2017-651-927370
Fallo de primera instancia sancionatorio.

8.3.2 Para la disciplinada ALEXANDRA LOZANO VERGARA

8.3.2.1 Para el cargo primero

El grado de culpabilidad fue imputado provisionalmente a título de DOLO, al considerar que la disciplinada en su condición de Gerente de Gestión Contractual, fue quien, atendiendo instrucciones de LUIS FERNANDO ANDRADE MORENO justificó desde el punto de vista jurídico la contratación directa de los estudios y diseños de la vía OCAÑA – GAMARRA, como adición al contrato de concesión que ejecutaba la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S, sin acudir al concurso de méritos.

El despacho instructor imputó el elemento subjetivo en la modalidad dolosa, bajo el entendido de que, al tratarse de demostrar un elemento subjetivo, la única prueba directa que existiría sobre el conocimiento del sujeto sería la manifestación de esta persona sobre lo que se representó y realizó; es decir, su confesión. En caso contrario, las pruebas de su demostración serían indirectas y a través de indicios.

Al respecto se hizo alusión al testimonio de JUAN SEBASTIÁN CORREA ECHEVERRY en el siguiente aparte:

(...)

Apenas se anuncia el tema de la adición, después del cruce de cartas entre la ANI y el concesionario, el señor LUIS FERNANDO ANDRADE manifiesta que (...) empieza una discusión técnica de viabilidad o no viabilidad, se avanza en unos temas. El Vicepresidente de la época, el Vicepresidente Jurídico HÉCTOR JAIME PINILLA, en un momento se apartó de la discusión porque no estaba muy convencido de la legalidad de esa adición y el señor LUIS FERNANDO ANDRADE lo que opta es por decir que entonces se releva al doctor HECTOR JAIME y la encargada del tema es la doctora ALEXANDRA LOZANO (...) HÉCTOR PINILLA fue retirado del caso y luego se retiró de la ANI."

Para concluir a partir del mismo que como el Vicepresidente Jurídico HECTOR PINILLA no estaba de acuerdo con esas adiciones, el Presidente LUIS FERNANDO ANDRADE habría decidido dejar a cargo de toda la justificación jurídica a ALEXANDRA LOZANO VERGARA quien no habría tenido reparos en acatar sus instrucciones, así estuvieran en contravía de lo jurídicamente viable.

Se consideró que dada su formación de abogada experta en temas de contratación estatal comprendía el alcance de los hechos y tenía la capacidad de determinarse de acuerdo con esa comprensión y actuó voluntariamente comprendiendo y queriendo lo que hacía favoreciendo posiblemente de manera irregular a la Concesionaria Ruta del Sol.

Esta Delegada de Juzgamiento, se separa de dicho planteamiento, y en su lugar calificará definitivamente el elemento subjetivo en la modalidad de **culpa gravísima por desatención elemental** porque si bien no se puede desligar su comportamiento del mandato imperativo de su responsabilidad como encargada de la justificación desde el punto de vista jurídico de las adiciones a los contratos de concesión como quedó demostrado conforme a las funciones asignadas en el respectivo manual de

funciones y competencias existen circunstancias adicionales que hacen que la modalidad de su conducta se adecúe a la descrita, en tanto:

(i) En desarrollo de la función específica que le había sido asignada de emitir concepto jurídico sobre las modificaciones propuestas a los contratos de concesión de acuerdo con las normas vigentes, la disciplinada ALEXANDRA LOZANO VERGARA, emitió concepto el 21 de enero de 2013 sobre la procedencia de adicionar el alcance físico del contrato No. 001 de 2010 para que el mismo concesionario ejecutara las obras de rehabilitación y mejoramiento y posterior operación y mantenimiento del trayecto Ocaña – Aguas Claras – Gamarra – Puerto Capulco, el cual sirvió de sustento para la elaboración del Estudio de Conveniencia y Oportunidad y posterior suscripción del Otrosí, documentos a los que procedió a dar su aval desde el componente jurídico.

Su actuación desconoció la norma vigente para la época que en se llevó a cabo la adición, al tenor de lo dispuesto en la Sentencia C – 300 de 2012 que declaró exequible el primer inciso del artículo 28 de la Ley 1150 de 2007 en el entendido que la expresión “obras adicionales directamente relacionadas con el objeto concesionado”, solamente autoriza la prórroga o adición de obras o actividades excepcional y necesariamente requeridas para cumplir el objeto del contrato inicial, sin que en el análisis que efectuó en el concepto y en el aval que dio desde el punto de vista jurídico al otrosí hubiera advertido sobre la necesidad y excepcionalidad del tramo que se pretendía adicionar; su concepto se limitó a señalar que era procedente la adición al contrato de concesión para que el concesionario ejecutará las obras respecto del nuevo tramo siempre que técnicamente se tratará de obras directamente relacionadas con el objeto concesionado, en este caso “el sector” esto es el trayecto comprendido entre Puerto Salgar y San Roque, dejando de lado el análisis principal respecto de la exequibilidad condicionada, pues nótese que en el aludido concepto en ninguno de sus apartes hizo referencia a que las actividades adicionales que se planeaban contratar debían ser *necesarias y excepcionales para cumplir el objeto principal*, de ahí que para esta Delegada su concepto y aval jurídico fue en extremo ligero dejando abierta la posibilidad de adicionar el contrato de concesión sin que hubiera advertido de las particulares condiciones impuestas por la norma, bajo el análisis de exequibilidad.

(ii) De lo referido por el testigo JUAN SEBASTIAN CORREA, a partir del cual el funcionario de instrucción consideró de manera provisional la conducta dolosa de ALEXANDRA LOZANO advierte esta Delegada que dicha situación no aparece soportada en el plenario.

En primer lugar como quedó demostrado en el análisis probatorio en el numeral **7.5.5 Trámite para la estructuración de las adiciones a través de los Otrosíes No. 3 y 6** el Vicepresidente Jurídico HECTOR PINILLA aprobó en el Comité Asesor de Asuntos Contractuales la adición para la suscripción del Otrosí No. 03; y en lo que atañe a ALEXANDRA LOZANO VERGARA de conformidad con sus funciones y atendiendo instrucciones de su jefe el Vicepresidente Jurídico emitió el respectivo concepto, situación a partir de la cual no se puede concluir que hubiera atendido instrucciones de LUIS FERNANDO ANDRADE encaminadas a favorecer

indebidamente a la Concesionaria, como en un principio lo consideró el funcionario de instrucción.

En segundo lugar, los testimonios que fueron analizados a partir de los cuales se soportó el análisis de responsabilidad referente al grado de culpabilidad de LUIS FERNANDO ANDRADE MORENO en su condición de Presidente, no determina el actuar doloso de los demás funcionarios que participaron en la estructuración del proceso, pues ninguno de los testigos quienes refirieron las circunstancias en las que se concretó el entramado de corrupción para llevar a cabo la adición, comprometen la responsabilidad de ALEXANDRA LOZANO.

De manera que en esta instancia de juzgamiento se considera que la calificación dolosa no se soporta con fundamento en el referido medio probatorio, en tanto del mismo no se puede concluir el conocimiento que la disciplinada tuviera de los hechos irregulares desplegados por Odebrecht para lograr la adición del tramo Ocaña – Gamarra, y de su voluntad para ajustar sus actuaciones conforme a dicho propósito.

(iii) Conforme a lo anterior, no se acreditan los elementos para la configuración del dolo, pero si a título de culpa gravísima por no haber actuado sin considerar las mínimas y mas elementales precauciones y cautelas que en este caso le obligaba a hacer de manera imprescindible aquello mínimo y obvio que cualquier servidor público en su condición y cargo y con su profesión y experiencia hubiera hecho, como lo era haría verificar el contenido y alcance de la disposición contenida en el artículo 28 de la Ley 1150 de 2007, que aludía a la posibilidad de adicionar el contrato de concesión, con base en la interpretación que le había dado el máximo Tribunal Constitucional y en ese sentido de conceptuar, y advertir que no había ningún fundamento del cual se pudiera concluir que la adición del tramo Ocaña – Gamarra era necesaria y excepcional para que el trayecto Puerto Salgar – San Roque pudiera funcionar.

Esta forma de imputación subjetiva se explica en la medida que el concepto de culpa en el derecho disciplinario tiene como presupuesto una infracción al deber objetivo de cuidado. La diferencia entre una **culpa gravísima por desatención elemental** y una culpa grave está, en la primera, en no hacer aquello que resulta obvio, elemental e imprescindible ejecutar frente a los deberes funcionales a su cargo; prescindir de la previsión más elemental y de buen juicio; dejar de hacer o ejecutar aquello que le era evidente atender; no tomar las precauciones más elementales; actuar de manera ligera e irreflexiva, entre otros elementos, en tanto que la segunda, procede por falta de diligencia, cuidado, prudencia, o porque ejecuta su conducta por falta de previsión del resultado previsible, o habiéndolo previsto, confío en poder evitarlo, que en términos del artículo 63 del Código Civil es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aún las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios; y en términos del parágrafo del artículo 44 del Código Disciplinario Único, por inobservancia del cuidado necesario que cualquier persona del común imprime en sus actuaciones. Por ello, la **culpa gravísima** se sanciona con más rigor que la culpa grave.

La disciplinada tenía el deber funcional y la responsabilidad en el marco de las modificaciones a los contratos de concesión de emitir concepto y dar aval jurídico en acatamiento estricto de las normas vigentes, que para el caso solo era válida con base en la interpretación que le había dado la Corte Constitucional, sin dejar de hacer aquello que le era evidente comprender y tomar las precauciones más elementales, esto es verificar con base en un análisis serio y detallado que la obra a adicionar no era absolutamente necesaria para cumplir el objeto inicial de la concesión; por el contrario se denota que su actuar se limitó a señalar que era posible la adición siempre que se tratara de obras directamente relacionadas con el objeto concesionado absteniéndose de analizar de fondo la interpretación que debía aplicarse que en su condición de responsable del área jurídica debía dejar suficientemente expuesta.

Así las cosas, y empero a que, para efecto de edificar el elemento subjetivo, no puede insistirse en el dolo, si se avizora un actuar ligero, una desatención elemental dada su condición de profesional en derecho con experiencia en temas de contratación estatal, máxime que se trataba de un asunto de especial trascendencia para la entidad.

En este punto se trae a colación el testimonio de rendido por **JAVIER ALBERTO HERNÁNDEZ LÓPEZ** el 8 de abril de 2022¹⁹², quien ejerció como Viceministro de Infraestructura para la época de los hechos y sobre el particular refirió *que para ese momento estaba el programa de cuarta generación de concesiones en plena estructuración y había por parte de los concesionarios vigentes en ese momento de concesiones de primera, segunda o tercera generación, una posición jurídica que sostenía que se podían hacer adiciones casi absolutas a sus contratos sin ninguna limitación, sin necesidad de adelantar un proceso amplio de licitaciones sino a partir de una negociación con los concesionarios, y que esa posición de los concesionarios no era compartida ni por la ANI ni por el Ministerio, por lo cual no se quería generar un espacio que comprometiera las futuras licitaciones.*

Indicó que el Gobierno lo que quería en ese momento, se refiere a la ANI y al Ministerio, era adelantar esos procesos por licitación pública además consideraban que jurídicamente esa posición estaba errada y decidieron cerrar el tema por medio de una consulta que formuló la Ministra al Consejo de Estado, precisando que la Sala de Consulta y Servicio Civil emitió su concepto en el cual básicamente acogió la posición que tenían la ANI y el Ministerio de señalar que no había ninguna posibilidad de hacer esas adiciones como consideraban esos concesionarios y fijó claramente los límites bajo los cuales se podían hacer esas adiciones con fundamento además en una sentencia previa de la Corte Constitucional.

Corolario de lo anterior, deviene para el despacho que era un asunto que no era tan simple como la disciplinada lo planteó en el concepto en el cual omitió precisar el alcance de la disposición condicionada, y a partir de cual se estructuró el proceso, situación que conlleva a calificar en grado máximo la infracción al deber objetivo de cuidado que le correspondía prestar a este asunto.

¹⁹² Cfr. CD a folio 754 del Cuaderno principal 20
Expediente: IUS E - 2017 - 19229 / IUC D-2017-651-927370
Fallo de primera instancia sancionatorio.

Así las cosas, las referidas condiciones lo que evidencian es un actuar alejado de la previsión más elemental que conllevó a justificar una adición de manera directa al contrato de concesión en desconocimiento del deber de selección objetiva y la libre concurrencia.

Se le cuestiona que siendo la funcionaria a quien le habían confiado que emitiera el concepto y diera su aval desde el componente jurídico no lo hubiera realizado en estricto acatamiento de la norma, que para una abogada de su perfil profesional conforme al cargo que desempeñaba era el esperado, de modo que le correspondía cerciorarse de cumplir cabalmente con su deber funcional y al conceptuar y avalar jurídicamente las adiciones debía hacerlo con la debida convicción y certeza sobre la viabilidad de llevar a cabo la adición.

Concluye esta Delegada de Juzgamiento que su actuar no encuentra justificación, pues desde el cargo que ostentaba como Gerente de Gestión Contractual conocía de las particularidades del contrato de concesión, en particular respecto de sus adiciones; proceso en el cual participó activamente a partir de la expedición del concepto que sirvió de fundamento para la estructuración del proceso y el aval jurídico al Estudio de Conveniencia y al Otrosí No. 03; su actuar no puede considerarse como una simple falta de cuidado o una equivocación normal de un servidor público a quien se le confió una labor muy importante, contrario a ello nos encontramos frente a una desatención elemental del buen juicio que en materia jurídica le era exigible, en vista de la trascendencia que conllevó la adición en estos términos en perjuicio de la selección objetiva, que contribuyó además a que su falta de atención, dedicación y previsión elemental beneficiarían indebidamente a la Concesionaria Ruta del Sol; en tales circunstancias, la imputación subjetiva se tendrá como culpa gravísima por desatención elemental, dado que su proceder se considera como ligero y despreocupado y sin el mínimo asomo de cautela y previsiones en el ejercicio de su cargo y profesión.

8.3.2.2 Para el cargo segundo

El grado de culpabilidad fue imputado provisionalmente a título de DOLO, al considerar que la disciplinada en su condición de Gerente de Gestión Contractual, fue quien, atendiendo instrucciones de LUIS FERNANDO ANDRADE MORENO justificó desde el punto de vista jurídico la contratación directa de la vía Ocaña – Gamarra a la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S sin acudir a la licitación pública.

El funcionario de instrucción imputó el elemento subjetivo en la modalidad dolosa, bajo el entendido de que, al tratarse de demostrar un elemento subjetivo, la única prueba directa que existiría sobre el conocimiento del sujeto sería la manifestación de esta persona sobre lo que se representó y realizó; es decir, su confesión. En caso contrario, las pruebas de su demostración serían indirectas y a través de indicios.

Se trajo a colación el testimonio de JUAN SEBASTIÁN CORREA ECHEVERRY en el siguiente aparte:

(...)

Apenas se anuncia el tema de la adición, después del cruce de cartas entre la ANI y el concesionario, el señor LUIS FERNANDO ANDRADE manifiesta que (...) empieza una discusión técnica de viabilidad o no viabilidad, se avanza en unos temas. El Vicepresidente de la época, el Vicepresidente Jurídico HÉCTOR JAIME PINILLA, en un momento se apartó de la discusión porque no estaba muy convencido de la legalidad de esa adición y el señor LUIS FERNANDO ANDRADE lo que opta es por decir que entonces se releva al doctor HECTOR JAIME y la encargada del tema es la doctora ALEXANDRA LOZANO (...) HÉCTOR PINILLA fue retirado del caso y luego se retiró de la ANI."

Para concluir a partir del mismo que como el Vicepresidente Jurídico HECTOR PINILLA no estaba de acuerdo con esas adiciones, el Presidente LUIS FERNANDO ANDRADE habría decidido dejar a cargo de toda la justificación jurídica a ALEXANDRA LOZANO VERGARA quien no habría tenido reparos en acatar sus instrucciones, así estuvieran en contravía de lo jurídicamente viable.

Se consideró que dada su formación de abogada experta en temas de contratación estatal comprendía el alcance de los hechos y tenía la capacidad de determinarse de acuerdo a esa comprensión y actuó voluntariamente comprendiendo y queriendo lo que hacía favoreciendo posiblemente de manera irregular a la Concesionaria Ruta del Sol.

En esta instancia de juzgamiento se aparta la Delegada de dicho planteamiento, y en su lugar calificará definitivamente el elemento subjetivo en la modalidad de **culpa gravísima por desatención elemental**, teniendo en cuenta que si bien no se puede desligar su comportamiento del mandato imperativo de la responsabilidad atribuida en torno a la justificación desde el punto de vista jurídico de las adiciones a los contratos de concesión como quedó demostrado conforme a las funciones asignadas en el respectivo manual de funciones y competencias, existen circunstancias que hacen que la modalidad de su conducta se adecúe a la descrita, en tanto:

(i) En desarrollo de las funciones específicas que le habían sido asignadas de conceptuar sobre las modificaciones propuestas a los contratos de concesión, y de supervisar en materia jurídica estos contratos, procedió la disciplinada a firmar el Estudio de Conveniencia y Oportunidad para la Suscripción del Otrosí No. 6 y dar su visto bueno de revisión al documento del Otrosí, desde el componente jurídico.

Se denota que con estas actuaciones desconoció la norma vigente para la época que en se llevó a cabo la adición, al tenor de lo dispuesto en la Sentencia C – 300 de 2012 que declaró exequible el primer inciso del artículo 28 de la Ley 1150 de 2007 en el entendido que la expresión **"obras adicionales directamente relacionadas con el objeto concesionado"**, solamente autoriza la prórroga o adición de obras o actividades excepcional y necesariamente requeridas para cumplir el objeto del contrato inicial, toda vez que avaló desde el punto de vista jurídico estos documentos con los que se concretó la adición, sin realizar el respectivo análisis que le hubiera permitido advertir sobre la necesidad y excepcionalidad que debía acreditarse respecto del tramo que se pretendía adicionar con relación al objeto inicial, por el contrario avaló su contenido con fundamento en el análisis que ella misma había plasmado en el concepto emitido el 21 de enero de 2013.

Considera esta Delegada que el actuar de la disciplinada fue en extremo ligero y despreocupado avalando la adición del contrato de concesión sin que hubiera advertido de las particulares condiciones impuestas por la norma, bajo el análisis de exequibilidad antes referido.

(ii) De lo expuesto por el testigo JUAN SEBASTIAN CORREA, a partir del cual el funcionario de instrucción consideró de manera provisional la conducta dolosa de ALEXANDRA LOZANO advierte esta Delegada que dicha situación no aparece soportada en el plenario.

En primer lugar, como quedó demostrado en el análisis probatorio en el numeral 7.5.5 ***Trámite para la estructuración de las adiciones a través de los Otrosíes No. 3 y 6*** el Vicepresidente Jurídico HECTOR PINILLA aprobó en el Comité Asesor de Asuntos Contractuales la adición para la suscripción del Otrosí No. 06; y en lo que atañe a ALEXANDRA LOZANO VERGARA procedió a avalar la suscripción del Estudio de Conveniencia y Oportunidad y del Otrosí, situación a partir de la cual no se puede concluir que hubiera atendido instrucciones de LUIS FERNANDO ANDRADE encaminadas a favorecer indebidamente a la Concesionaria, como en un principio lo consideró el funcionario de instrucción.

En segundo lugar, los testimonios que fueron analizados a partir de los cuales se soportó el análisis de responsabilidad referente al grado de culpabilidad de LUIS FERNANDO ANDRADE MORENO en su condición de Presidente, no determina el actuar doloso de los demás funcionarios que participaron en la estructuración del proceso, pues ninguno de los testigos quienes refirieron las circunstancias en las que se concretó el entramado de corrupción para llevar a cabo la adición, comprometen la responsabilidad de ALEXANDRA LOZANO.

De manera que en esta instancia de juzgamiento se considera que la calificación dolosa no se soporta con fundamento en el referido medio probatorio, en tanto del mismo no se puede concluir el conocimiento que la disciplinada tuviera de los hechos irregulares desplegados por Odebrecht para lograr la adición del tramo Ocaña – Gamarra, y de su voluntad para ajustar sus actuaciones conforme a dicho propósito.

(iii) De conformidad con lo anterior, no se acreditan los elementos para la configuración del dolo, pero si a título de culpa gravísima por no haber actuado conforme a lo que resultaba obvio, que en este caso le obligaba a verificar el contenido y alcance de la disposición contenida en el artículo 28 de la Ley 1150 de 2007, que aludía a la posibilidad de adicionar el contrato de concesión, con base en la interpretación que le había dado el máximo Tribunal Constitucional y en ese sentido de conceptuar, y advertir que no había ningún fundamento del cual se pudiera concluir que la adición del tramo Ocaña – Gamarra era necesaria y excepcional para que el trayecto Puerto Salgar – San Roque pudiera funcionar.

Esta forma de imputación subjetiva se explica en la medida que el concepto de culpa en el derecho disciplinario tiene como presupuesto una infracción al deber objetivo de cuidado. La diferencia entre una ***culpa gravísima por desatención elemental*** y una culpa grave está, en la primera, en no hacer aquello que resulta obvio, elemental

e imprescindible ejecutar frente a los deberes funcionales a su cargo; prescindir de la previsión más elemental y de buen juicio; dejar de hacer o ejecutar aquello que le era evidente atender; no tomar las precauciones más elementales; actuar de manera ligera e irreflexiva, entre otros elementos, en tanto que la segunda, procede por falta de diligencia, cuidado, prudencia, o porque ejecuta su conducta por falta de previsión del resultado previsible, o habiéndolo previsto, confío en poder evitarlo, que en términos del artículo 63 del Código Civil es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aún las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios; y en términos del parágrafo del artículo 44 del Código Disciplinario Único, por inobservancia del cuidado necesario que cualquier persona del común imprime en sus actuaciones. Por ello, la **culpa gravísima** se sanciona con más rigor que la culpa grave.

La disciplinada tenía el deber funcional y la responsabilidad en el marco de las modificaciones a los contratos de concesión de emitir concepto sobre su procedencia y realizar la supervisión en materia jurídica, lo cual debía hacer en acatamiento estricto de las normas vigentes, que para el caso solo era válida con base en la interpretación que le había dado la Corte Constitucional, sin dejar de hacer aquello que le era evidente comprender y tomar las precauciones más elementales, esto es verificar con base en un análisis serio y detallado que la obra a adicionar no era absolutamente necesaria para cumplir el objeto inicial de la concesión; por el contrario se denota que su actuar se limitó a avalar la adición para la construcción del tramo Ocaña – Gamarra absteniéndose de analizar de fondo la interpretación que debía aplicarse que en su condición de responsable del área jurídica estaba llamada a exponer a los demás funcionarios responsables del proceso de estructuración y suscripción del Otrosí.

Así las cosas, y empero a que, para efecto de edificar el elemento subjetivo, no puede insistirse en el dolo, si se avizora un actuar ligero, una desatención elemental dada su condición de profesional en derecho con experiencia en temas de contratación estatal, máxime tratándose de un asunto que no resultaba prima facie sencillo de entender y aplicar, de suerte que se hizo necesario que a través del Ministerio de Transporte se solicitara un concepto a la Sala de Consulta y Servicio del Consejo de Estado, al que se hizo referencia en el numeral **“7.5.6.2 Concepto 2149 de 2013, Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado”**.

También es importante citar el testimonio de rendido por **JAVIER ALBERTO HERNÁNDEZ LÓPEZ** el 8 de abril de 2022¹⁹³, quien ejerció como Viceministro de Infraestructura para la época de los hechos y sobre el particular refirió *que para ese momento estaba el programa de cuarta generación de concesiones en plena estructuración y había por parte de los concesionarios vigentes en ese momento de concesiones de primera, segunda o tercera generación, una posición jurídica que sostenía que se podían hacer adiciones casi absolutas a sus contratos sin ninguna limitación, sin necesidad de adelantar un proceso amplio de licitaciones sino a partir de una negociación con los concesionarios. Esa posición de los concesionarios no*

¹⁹³ Cfr. CD a folio 754 del Cuaderno principal 20
Expediente: IUS E - 2017 - 19229 / IUC D-2017-651-927370
Fallo de primera instancia sancionatorio.

era compartida ni por la ANI ni por el Ministerio, por lo cual no se quería generar un espacio que comprometiera las futuras licitaciones.

Indicó que el Gobierno lo que quería en ese momento, se refiere a la ANI y al Ministerio, era adelantar esos procesos por licitación pública además consideraban que jurídicamente esa posición estaba errada y decidieron cerrar el tema por medio de una consulta que formuló la Ministra al Consejo de Estado, precisando que la Sala de Consulta y Servicio Civil emitió su concepto en el cual básicamente acogió la posición que tenían la ANI y el Ministerio de señalar que no había ninguna posibilidad de hacer esas adiciones como consideraban esos concesionarios y fijó claramente los límites bajo los cuales se podían hacer esas adiciones con fundamento además en una sentencia previa de la Corte Constitucional.

Como consecuencia de lo anterior, deviene para el despacho que se trataba de un asunto de especial importancia al cual se omitió realizar un análisis jurídico serio y soportado con fundamento en los argumentos plasmados en la Sentencia de exequibilidad y en el Concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado; situación que conlleva a calificar en grado máximo la infracción al deber objetivo de cuidado que le correspondía prestar a este asunto.

Así las cosas, las referidas condiciones lo que evidencian es un actuar alejado de la previsión más elemental que conllevó a avalar una adición de manera directa al contrato de concesión en desconocimiento del deber de selección objetiva y la libre concurrencia.

Se le cuestiona que siendo la funcionaria a quien se le había confiado la revisión jurídica no lo hubiera realizado en estricto acatamiento de la norma, que para una abogada de su perfil profesional conforme al cargo que desempeñaba era el esperado, de modo que le correspondía cerciorarse de cumplir cabalmente con su deber funcional y al suscribir los documentos antes referidos desde el componente jurídico hacerlo con la debida convicción y certeza sobre la viabilidad de llevar a cabo la adición.

Concluye esta Delegada de Juzgamiento que su actuar no encuentra justificación alguna, pues desde el cargo que ostentaba como Gerente de Gestión Contractual, en el área legal, conocía de las particularidades del contrato de concesión, en especial respecto de sus adiciones; proceso en el cual participó activamente con los avales que emitió; su actuar no puede considerarse como una simple falta de cuidado o una equivocación normal de un servidor público a quien se le confió una labor muy importante, contrario a ello nos encontramos frente a una desatención elemental dada la trascendencia que conllevó la adición en estos términos en perjuicio de la selección objetiva, que contribuyó además a que su falta de atención, dedicación y previsión elemental beneficiarían indebidamente a la Concesionaria Ruta del Sol; en tales circunstancias, la imputación subjetiva se tendrá como culpa gravísima por desatención elemental, dado que su proceder se considera como ligero y despreocupado.



8.3.2.3 Respuesta frente a los argumentos de la defensa en torno al grado de culpabilidad respecto de los cargos primero y segundo.

Como quiera que hay coincidencia en los argumentos de defensa en torno al grado de culpabilidad y como ha quedado expuesto las conductas que soportan los cargos primero y segundo están relacionadas, se da respuesta a los argumentos de la defensa, de manera general.

8.3.2.3.1 No hizo parte del “engranaje jurídico que puso en funcionamiento el Presidente de la Agencia Nacional de Infraestructura”.

Rechaza la defensa la manifestación realizada en el pliego de cargos, resaltando que la disciplinada no hizo parte de un engranaje jurídico puesto en funcionamiento por parte del Presidente de la Agencia, y que por el contrario su actuación fue resultado del cumplimiento de sus deberes dentro de la estructura de la entidad de la que también hacía parte el Vicepresidente Jurídico que aprobó la suscripción de los Otrosíes No. 3 y 6 y también la interventoría que desde el componente jurídico rindió concepto avalando la adición.

En respuesta a este argumento se precisa que en efecto no están acreditados los elementos que integran una conducta dolosa, razón por la cual en esta instancia se ha modificado el grado de culpabilidad de dolo a culpa gravísima para los cargos primero y segundo al no estar determinado que la disciplinada hubiera actuado con el propósito de favorecer a la Concesionaria pese a que tener el conocimiento que la adición no podía realizarse; tal como quedo expuesto se considera que la conducta fue resultado de un actuar ligero y despreocupado que la llevó a emitir un aval desde el punto de vista jurídico que no estaba acorde con la norma aplicable al tenor de la interpretación que se imponía en virtud de estudio de constitucionalidad de la misma.

Conforme a lo anterior resultan de recibió los argumentos de la defensa, de suerte que no existe la certeza que se requiere en esta instancia para aseverar que la disciplinada hubiera participado de manera consiente y voluntaria de los actos irregulares que llevaron al Presidente de la ANI a acceder a las pretensiones de Odebrecht a través del entonces Senador de la Republica BERNARDO ELIAS VIDAL, se reitera por el contrario que su actuar fue producto de la desatención elemental con que actuó frente a este asunto.

8.3.2.3.2 Respecto del aparte del testimonio de JUAN SEBASTIAN CORREA

Considera esta instancia de juzgamiento que asiste razón a la defensa para considerar que a partir de los apartes del testimonio de JUAN SEBASTIAN CORREA no se puede concluir un actuar doloso de ALEXANDRA LOZANO, siendo esta otra de las razones que sustenta la modificación en el grado de culpabilidad, en tanto no está demostrado que ALEXANDRA LOZANO hubiera asumido una labor que le había sido asignada a HECTOR PINILLA con el propósito de favorecer al concesionario, conforme los argumentos que quedaron expuestos en el análisis de culpabilidad frente a cada uno de los cargos.

Además, como lo sustenta la defensa el testimonio de JUAN SEBASTIAN CORREA, no compromete a ALEXANDRA LOZANO en los actos irregulares que desde la Constructora Odebrecht se desplegaron con el propósito de lograr la adición sin acudir al respectivo proceso de selección; debiendo precisarse no obstante lo anterior que la disciplinada con su actuar en extremo descuidado y ligero contribuyó desde su intervención en el componente jurídico a que se produjera el resultado pretendido por la Constructora Brasileira.

8.3.2.3.3 Determinación técnica, respecto de si el objeto de los Otrosíes, hacia o no parte del sector.

A la disciplinada le era exigible en el marco de la función que tenía asignada que realizará el respectivo análisis, desde el ámbito jurídico como le correspondía, en el cual se advirtiera que la posibilidad de llevar a cabo la adición debía cumplir con lo dispuesto en la Sentencia C – 300 de 2012 *en el entendido que la expresión “obras adicionales directamente relacionadas con el objeto concesionado”, solamente autoriza la prórroga o adición de obras o actividades excepcional y necesariamente requeridas para cumplir el objeto del contrato inicial*, y que conforme a dicha condición en los estudios técnicos quedara debidamente soportada la necesidad y excepcionalidad requeridas para poder desarrollar el objeto inicial; se explica, una era la responsabilidad atribuible al área técnica para determinar dicha necesidad respecto del tramo principal, pero otra responsabilidad, en su caso desde el ámbito jurídico, era verificar que dichos estudios hicieran alusión a esos requisitos de necesidad y excepcionalidad que en un análisis acucioso la hubiera llevado a concluir que se había justificado la importancia y la mejora sustancial que se daría con la construcción de este nuevo tramo, no obstante no se había justificado, que fuera absolutamente necesario.

Por las razones que quedaron expuestas en el numeral **7.5.5.4.1 Referente al concepto emitido por ALEXANDRA LOZANO VERGARA**, se considera que la condición que se impuso en el concepto, que las obras a adicionar estuvieran directamente relacionadas con el sector, no traslada la responsabilidad absoluta a quienes desde el punto de vista técnico definieron que las obras se relacionaban con el objeto concesionado.

8.3.3 Para el disciplinado CAMILO MENDOZA ROZO

8.3.3.1 Para el cargo único

El grado de culpabilidad fue imputado provisionalmente a título de DOLO, al considerar que el disciplinado en su condición de Vicepresidente de Gestión Contractual fue quien, atendiendo instrucciones de LUIS FERNANDO ANDRADE MORENO también justificó desde el punto de vista jurídico la contratación directa de los estudios previos de la vía Ocaña – Gamarra a la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S sin acudir al procedimiento de selección de contratistas del concurso de méritos.

El funcionario de instrucción imputó la conducta en la modalidad dolosa, bajo el entendido de que, al tratarse de demostrar un elemento subjetivo, la única prueba

directa que existiría sobre el conocimiento del sujeto sería la manifestación de esta persona sobre lo que se representó y realizó; es decir, su confesión. En caso contrario, las pruebas de su demostración serían indirectas y a través de indicios.

Se consideró que de conformidad con los deberes funcionales que le asistían debía responder por los temas de contratación estatal de la ANI, además que comprendía el alcance de los hechos y tenía la capacidad de determinarse de acuerdo a esa comprensión y actuó voluntariamente comprendiendo y queriendo lo que hacía favoreciendo posiblemente de manera irregular a la Concesionaria Ruta del Sol.

Esta Delegada de Juzgamiento se aparta de la calificación del funcionario de instrucción, y en su lugar calificará definitivamente el elemento subjetivo en la modalidad de **culpa gravísima** por desatención elemental, teniendo en cuenta que si bien no se puede desligar su comportamiento del mandato imperativo de la responsabilidad que le competía en relación con los estudios para las modificaciones a los contratos de concesión, existen circunstancias que hacen que la modalidad de su conducta se adecúe a la descrita, en tanto:

(i) En desarrollo de las funciones específicas que le habían sido asignadas debía dirigir y responder por los estudios relacionados con las modificaciones pertinentes a los contratos de concesión de acuerdo con los análisis de viabilidad técnica, legal y financiera realizados según las normas y directrices pertinentes, en virtud de lo cual suscribió el Estudio de Conveniencia y Oportunidad para la adición de los estudios y diseños de la vía Ocaña – Gamarra que dio lugar al Otrosí No. 3, en dichos estudios se justificó la adición de manera directa al concesionario, desconociendo el alcance de la norma vigente para la época que en se llevó a cabo la adición, al tenor de lo dispuesto en la Sentencia C – 300 de 2012 que declaró exequible el primer inciso del artículo 28 de la Ley 1150 de 2007 en el entendido que la expresión **“obras adicionales directamente relacionadas con el objeto concesionado”**, solamente **autoriza la prórroga o adición de obras o actividades excepcional y necesariamente requeridas para cumplir el objeto del contrato inicial**, y conforme al análisis probatorio que ha sido expuesto las actividades adicionadas no eran absoluta y necesariamente requeridas para cumplir con el objeto del contrato inicial.

Considera esta Delegada que el actuar del disciplinado fue en extremo ligero y despreocupado al suscribir el Estudio de Conveniencia en el cual se justificó la adición al contrato de concesión, dado que los argumentos en que se fundamentó no se ajustaban a las condiciones impuestas por la norma, bajo el análisis de exequibilidad antes referido, y no se advierte de su parte reparo alguno referente a dichas justificaciones de orden técnico y jurídico que quedaron consignadas en el mismo, por el contrario como responsable del área de gestión contractual procedió a suscribir el documento que facultaba la posterior suscripción del Otrosí.

(ii) En esta instancia de juzgamiento se considera que la calificación dolosa carece de sustento probatorio; de tal suerte que se extrañan en el análisis realizado por el funcionario de instrucción los fundamentos que permitan afirmar que el disciplinado actuó atendiendo las instrucciones de LUIS FERNANDO ANDRADE MORENO encaminadas a favorecer a la Concesionaria, por cuanto ninguno de los medios de

prueba que obran en el plenario dan cuenta del conocimiento que hubiera tenido MENDOZA ROZO de las gestiones indebidas de Odebrecht ante el Presidente de la Agencia encaminadas a lograr la adición sin acudir al respectivo mecanismo de selección, ni de su voluntad de actuar conforme a dicho propósito.

Si bien es cierto su actuar conllevó a justificar la adición en los términos que favorecían la Concesionaria, de esto no se deduce que hiciera parte de un entramado con este fin, no obstante, lo que ello denota es la falta de la previsión elemental en este asunto, que lo obligaba a realizar un análisis serio y soportado con base en los argumentos que había utilizado la Corte Constitucional para declarar la exequibilidad condicionada de la norma, lo que le hubiera permitido advertir que no se acreditaban los requisitos para la adición de manera directa, y que por el contrario debía someterse a un proceso de concurso de méritos en este caso.

(iii) Conforme a lo anterior, no se acreditan los elementos para la configuración del dolo, pero si a título de culpa gravísima por no haber actuado conforme a lo que resultaba obvio, que en este caso se traducía en verificar el alcance de la disposición contenida en el artículo 28 de la Ley 1150 de 2007, que aludía a la posibilidad de adicionar el contrato de concesión, además teniendo en cuenta que los fundamentos técnicos que justificaban la adición hacían referencia a la importancia del tramo adicionado desde el punto de vista social y económico, dada la conexión de la Región, no obstante estas no eran razones para concluir que se trataba de una actividad excepcional y absolutamente necesaria para que se pudiera desarrollar el objeto principal.

Esta forma de imputación subjetiva se explica en la medida que el concepto de culpa en el derecho disciplinario tiene como presupuesto una infracción al deber objetivo de cuidado. La diferencia entre una **culpa gravísima por desatención elemental** y una culpa grave está, en la primera, en no hacer aquello que resulta obvio, elemental e imprescindible ejecutar frente a los deberes funcionales a su cargo; prescindir de la previsión más elemental y de buen juicio; dejar de hacer o ejecutar aquello que le era evidente atender; no tomar las precauciones más elementales; actuar de manera ligera e irreflexiva, entre otros elementos, en tanto que la segunda, procede por falta de diligencia, cuidado, prudencia, o porque ejecuta su conducta por falta de previsión del resultado previsible, o habiéndolo previsto, confío en poder evitarlo, que en términos del artículo 63 del Código Civil es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aún las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios; y en términos del parágrafo del artículo 44 del Código Disciplinario Único, por inobservancia del cuidado necesario que cualquier persona del común imprime en sus actuaciones. Por ello, la **culpa gravísima** se sanciona con más rigor que la culpa grave.

El disciplinado tenía la responsabilidad de dirigir y responder por los estudios relacionados con las modificaciones a los contratos de concesión, lo cual debía hacer en acatamiento estricto de las normas vigentes, que para el caso solo era válida con base en la interpretación que le había dado la Corte Constitucional, sin dejar de hacer aquello que le era evidente comprender y tomar las precauciones más elementales, esto es verificar con base en un análisis serio y detallado que la obra a adicionar no

era absolutamente necesaria para cumplir el objeto inicial de la concesión; por el contrario se denota que su actuar se limitó a justificar la adición de los estudios para la construcción del tramo Ocaña – Gamarra con base en unos argumentos ajenos a la interpretación que debía aplicarse.

Así las cosas, y empero a que, para efecto de edificar el elemento subjetivo, no puede insistirse en el dolo, si se avizora un actuar ligero, una desatención elemental dada la responsabilidad de dirigir y responder por este proceso, máxime tratándose de un asunto que no resultaba prima facie sencillo de entender y aplicar, y por ende debía prestarse la mayor atención al tenor de la argumentación válida, en este caso la dada por la Corte Constitucional.

Al respecto es importante citar el testimonio de rendido por **JAVIER ALBERTO HERNÁNDEZ LÓPEZ** el 8 de abril de 2022¹⁹⁴, quien ejerció como Viceministro de Infraestructura para la época de los hechos y sobre el particular refirió *que para ese momento estaba el programa de cuarta generación de concesiones en plena estructuración y había por parte de los concesionarios vigentes en ese momento de concesiones de primera, segunda o tercera generación, una posición jurídica que sostenía que se podían hacer adiciones casi absolutas a sus contratos sin ninguna limitación, sin necesidad de adelantar un proceso amplio de licitaciones sino a partir de una negociación con los concesionarios. Esa posición de los concesionarios no era compartida ni por la ANI ni por el Ministerio, por lo cual no se quería generar un espacio que comprometiera las futuras licitaciones.*

Indicó que el Gobierno lo que quería en ese momento, se refiere a la ANI y al Ministerio, era adelantar esos procesos por licitación pública además consideraban que jurídicamente esa posición estaba errada y decidieron cerrar el tema por medio de una consulta que formuló la Ministra al Consejo de Estado, precisando que la Sala de Consulta y Servicio Civil emitió su concepto en el cual básicamente acogió la posición que tenían la ANI y el Ministerio de señalar que no había ninguna posibilidad de hacer esas adiciones como consideraban esos concesionarios y fijó claramente los límites bajo los cuales se podían hacer esas adiciones con fundamento además en una sentencia previa de la Corte Constitucional.

Como consecuencia de lo anterior, deviene para el despacho que se trataba de un asunto de especial importancia al cual se omitió realizar un análisis jurídico serio y soportado con fundamento en los argumentos plasmados en la Sentencia de exequibilidad condicionada; situación que conlleva a calificar en grado máximo la infracción al deber objetivo de cuidado que le correspondía prestar a este asunto.

Así las cosas, las referidas condiciones lo que evidencian es un actuar alejado de la previsión más elemental que lo conllevó a suscribir los estudios que justificaron la adición de manera directa al contrato de concesión en desconocimiento del deber de selección objetiva y la libre concurrencia.

Se le cuestiona que siendo el responsable de dirigir el proceso para las modificaciones al contrato de concesión no lo hubiera realizado en estricto

¹⁹⁴ Cfr. CD a folio 754 del Cuaderno principal 20
Expediente: IUS E - 2017 - 19229 / IUC D-2017-651-927370
Fallo de primera instancia sancionatorio.

acatamiento de la norma, en un actuar responsable le correspondía cerciorarse de cumplir cabalmente con su deber funcional y al dirigir y suscribir el estudio de conveniencia y oportunidad hacerlo con la debida convicción y certeza sobre la viabilidad de llevar a cabo la adición.

Concluye esta Delegada de Juzgamiento que su actuar no encuentra justificación alguna, pues desde el cargo que ostentaba como Vicepresidente de Gestión Contractual conocía de las particularidades del contrato de concesión, en especial respecto de sus adiciones; proceso que dirigió; de ahí que su actuar no puede considerarse como una simple falta de cuidado o una equivocación normal de un servidor público a quien se le confió una labor muy importante, contrario a ello nos encontramos frente a una desatención elemental dada la trascendencia que conllevó la adición en estos términos en perjuicio de la selección objetiva, que contribuyó además a que su falta de atención, dedicación y previsión elemental beneficiarían indebidamente a la Concesionaria Ruta del Sol; en tales circunstancias, la imputación subjetiva se tendrá como culpa gravísima por desatención elemental, dado que su proceder se considera como ligero y en extremo despreocupado.

8.3.3.2 En respuesta a los argumentos de defensa

8.3.3.2.1 Respetto de la naturaleza del cargo que ocupaba como Vicepresidente de Gestión Contractual

Refirió la defensa que el propósito principal que le asistía al disciplinado en desarrollo de su cargo como Vicepresidente era dirigir la formulación y la ejecución de la infraestructura concesionada partiendo del trabajo de los distintos grupos internos conformados por profesionales de diferentes disciplinas y articulados con el resto de las Vicepresidencias de la ANI y sus respectivas gerencias funcionales, conforme a dicha organización interna el análisis de viabilidad legal no se encontraba a su cargo, razón por la que los estudios fueron elaborados por personal de distintas Vicepresidencias como la jurídica.

Al respecto se reitera que, con ocasión de las funciones asignadas le correspondía dirigir y responder por los estudios relacionados con las modificaciones pertinentes a los contratos de concesión de acuerdo con los análisis de viabilidad técnica, legal y financiera realizados según las normas y directrices pertinentes.

A partir de este deber funcional se soporta la responsabilidad que le ha sido atribuida pues es claro que como Vicepresidente de Gestión Contractual debía **dirigir y responder** por los estudios para las modificaciones, de tal suerte que su responsabilidad de manera alguna puede excusarse so pretexto que su labor se desarrollaba partiendo del trabajo de los distintos grupos internos, pues en efecto dada la distribución de funciones al interior de la entidad cada grupo de trabajo desde su área realizaba el respectivo análisis de viabilidad técnica, legal y financiera, los cuales debían ser elaborados bajo su dirección y por los cuales debía responder como claramente se había determinado en el mandato reglamentario que estableció



las competencias al interior de la agencia, pues no en vano ostentaba el cargo de Vicepresidente de Gestión Contractual.

Es claro que la responsabilidad que le ha sido atribuida a CAMILO MENDOZA ROZO atiende a su deber funcional, la cual no se excluye por la confianza en el desarrollo de las funciones de quienes para el caso debían elaborar los análisis de viabilidad técnica, jurídica y financiera; de tal suerte que el reproche a los llamados a juicio parte de la específica función que le competía a cada uno de ellos, y de manera alguna al disciplinado se le ha atribuido la responsabilidad exclusiva frente al trámite de la elaboración del Estudio de Conveniencia y Oportunidad que justificó la suscripción del Otrosí No. 03, sino la derivada de la dirección respecto de este proceso, responsabilidad de la cual tampoco se exonera al haber sido aprobada la modificación por el Comité Asesor de Asuntos Contractuales en tanto se reitera el reproche surge por la específica labor que le competía.

Es menester precisar que en virtud del principio de confianza corresponde determinar los supuestos en que un sujeto puede considerar razonablemente que puede ejecutar el deber o función a su cargo confiando en que los demás intervinientes en el trámite de la actuación ajustarán su comportamiento al marco normativo regulatorio de la actividad ejecutada.

En el caso concreto y al tenor de la responsabilidad que había asumido debía dirigir la elaboración de los estudios para la modificación del contrato de concesión, en ese sentido le era exigible que encaminará y orientará el proceso a fin de que el mismo se hiciera de conformidad con las normas aplicables, de ahí entonces que debía constatar que la viabilidad jurídica que se había presentado en efecto acogiera la norma al tenor de su interpretación constitucional y a su vez que de la viabilidad técnica se determinará con toda certeza que la actividad adicional que se pretendía adicionar era necesaria y excepcional para poder desarrollar el objeto principal del contrato de concesión, verificación que a juicio de este despacho no se realizó, pues se denota que suscribió el Estudio de Conveniencia y Oportunidad sin realizar ninguna observación, situación que a permitido a esta Delegada concluir la desatención elemental con la que actuó frente a este asunto.

8.3.3.2.2 Respetto de la calificación dolosa

Señaló la defensa que la imputación dolosa es irresponsable, toda vez que el pliego de cargos supone la existencia del dolo por presuntamente haber seguido instrucciones de LUIS FERNANDO ANDRADE sin que se haya mencionado en que medio de prueba se encuentran las instrucciones y la voluntad consiente del disciplinado.

Considera esta instancia de juzgamiento que asiste razón a la defensa para concluir que en el caso no están acreditados los elementos para la configuración del dolo, por las razones que quedaron antes expuestas en el respectivo análisis de culpabilidad y que dieron lugar a que en esta instancia se hiciera la modificación de Dolo a Culpa Gravísima, en tanto el actuar del disciplinado no se tiene como un actuar consiente y voluntario dirigido a favorecer a la Concesionaria, sino resultado de la falta de

atención elemental a este asunto, que lo llevó a justificar la adición del contrato sin que el análisis de viabilidad jurídica y técnica en que se soportó cumpliera con los requisitos exigidos en la norma.

8.3.4 Para el disciplinado ANDRES FIGUEREDO SERPA

8.3.4.1 Para el cargo único

El grado de culpabilidad fue imputado provisionalmente a título de DOLO, al considerar que el disciplinado en su condición de Vicepresidente de Gestión Contractual, (En el análisis de culpabilidad en el pliego de cargos por error se indicó su condición como “Gerente Jurídica de la ANI”, no obstante, a lo largo del pliego de cargos quedo claramente expuesto su condición de Vicepresidente de Gestión Contractual), fue quien al parecer atendiendo instrucciones de LUIS FERNANDO ANDRADE MORENO también justificó desde el punto de vista jurídico la contratación directa de la vía Ocaña – Gamarra a la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S sin acudir a la licitación pública.

El funcionario de instrucción consideró la comisión de la conducta en la modalidad dolosa, bajo el entendido de que, al tratarse de demostrar un elemento subjetivo, la única prueba directa que existiría sobre el conocimiento del sujeto sería la manifestación de esta persona sobre lo que se representó y realizó; es decir, su confesión. En caso contrario, las pruebas de su demostración serían indirectas y a través de indicios.

Se consideró que de conformidad con los deberes funcionales que le asistían debía responder por los temas de contratación estatal de la ANI, además que comprendía el alcance de los hechos y tenía la capacidad de determinarse de acuerdo a esa comprensión y actuó voluntariamente comprendiendo y queriendo lo que hacía favoreciendo posiblemente de manera irregular a la Concesionaria Ruta del Sol.

En esta instancia de juzgamiento se aparta el despacho de la calificación del funcionario de instrucción, y en su lugar calificará definitivamente el elemento subjetivo en la modalidad de **culpa gravísima por desatención elemental**, teniendo en cuenta que si bien no se puede desligar su comportamiento del mandato imperativo de la responsabilidad que le competía en relación con la modificación al contrato de concesión, existen circunstancias que hacen que la modalidad de su conducta se adecúe a la descrita, en tanto:

(i) En desarrollo de las funciones específicas que le habían sido asignadas debía dirigir y responder por los estudios relacionados con las modificaciones pertinentes a los contratos de concesión de acuerdo con los análisis de viabilidad técnica, legal y financiera realizados según las normas y directrices pertinentes, en virtud de lo cual suscribió el Estudio de Conveniencia y Oportunidad para la adición del tramo Ocaña – Gamarra que dio lugar al Otrosí No. 6, en dichos estudios se justificó la adición de manera directa al concesionario, desconociendo el alcance de la norma vigente para la época que en se llevó a cabo la adición, al tenor de lo dispuesto en la Sentencia C – 300 de 2012 que declaró exequible el primer inciso del artículo 28 de la Ley 1150 de 2007 en el entendido que la expresión **“obras adicionales directamente**



relacionadas con el objeto concesionado”, solamente autoriza la prórroga o adición de obras o actividades excepcional y necesariamente requeridas para cumplir el objeto del contrato inicial, y conforme al análisis probatorio que ha sido expuesto las actividades adicionadas no eran absoluta y necesariamente requeridas para cumplir con el objeto del contrato inicial.

Considera esta Delegada que el actuar del disciplinado fue en extremo ligero y despreocupado al suscribir el Estudio de Conveniencia en el cual se justificó la adición al contrato de concesión, dado que los argumentos en que se fundamentó no se ajustaban a las condiciones impuestas por la norma, bajo el análisis de exequibilidad antes referido, y no se advierte de su parte reparo alguno referente a dichas justificaciones de orden técnico y jurídico que quedaron consignadas en el mismo, por el contrario como responsable del área de gestión contractual procedió a suscribir el documento que facultaba la posterior suscripción del Otrosí.

(ii) En esta instancia de juzgamiento se considera que la calificación dolosa carece de sustento probatorio; toda vez que se extrañan en el análisis realizado por el funcionario de instrucción los fundamentos que permitan afirmar que el disciplinado actuó atendiendo las instrucciones de LUIS FERNANDO ANDRADE MORENO encaminadas a favorecer a la Concesionaria, por cuanto ninguno de los medios de prueba que obran en el plenario dan cuenta del conocimiento que hubiera tenido ANDRES FIGUEREDO SERPA de las gestiones indebidas de Odebrecht ante el Presidente de la Agencia encaminadas a lograr la adición sin acudir al respectivo mecanismo de selección, ni de su voluntad de actuar conforme a dicho propósito.

Si bien es cierto con su actuar se justificó la adición en los términos que favorecían la Concesionaria, de esto no se deduce que hiciera parte de un entramado con esta finalidad, no obstante, lo que ello denota es la falta de la previsión elemental en este asunto, que lo obligaba a realizar un análisis serio y soportado con base en los argumentos que había utilizado la Corte Constitucional para declarar la exequibilidad condicionada de la norma, lo que le hubiera permitido advertir que no se acreditaban los requisitos para la adición de manera directa, y que por el contrario debía someterse a un proceso de licitación pública.

(iii) Conforme a lo anterior, no se acreditan los elementos para la configuración del dolo, pero sí a título de culpa gravísima por no haber actuado conforme a lo que resultaba obvio, que en este caso se traducía en verificar el alcance de la disposición contenida en el artículo 28 de la Ley 1150 de 2007, que aludía a la posibilidad de adicionar el contrato de concesión, además teniendo en cuenta que los fundamentos técnicos que justificaban la adición hacían referencia a la importancia del tramo adicionado desde el punto de vista social y económico, dada la conexión de la Región, no obstante estas no eran razones para concluir que se trataba de una actividad excepcional y absolutamente necesaria para que se pudiera desarrollar el objeto principal, denotándose la falta de verificación de los aspectos técnicos a partir de los cuales se justificó la adición.

Esta forma de imputación subjetiva se explica en la medida que el concepto de culpa en el derecho disciplinario tiene como presupuesto una infracción al deber objetivo

de cuidado. La diferencia entre una **culpa gravísima por desatención elemental** y una culpa grave está, en la primera, en no hacer aquello que resulta obvio, elemental e imprescindible ejecutar frente a los deberes funcionales a su cargo; prescindir de la previsión más elemental y de buen juicio; dejar de hacer o ejecutar aquello que le era evidente atender; no tomar las precauciones más elementales; actuar de manera ligera e irreflexiva, entre otros elementos, en tanto que la segunda, procede por falta de diligencia, cuidado, prudencia, o porque ejecuta su conducta por falta de previsión del resultado previsible, o habiéndolo previsto, confió en poder evitarlo, que en términos del artículo 63 del Código Civil es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aún las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios; y en términos del parágrafo del artículo 44 del Código Disciplinario Único, por inobservancia del cuidado necesario que cualquier persona del común imprime en sus actuaciones. Por ello, la **culpa gravísima** se sanciona con más rigor que la culpa grave.

El disciplinado tenía la responsabilidad de dirigir y responder por los estudios relacionados con las modificaciones a los contratos de concesión, lo cual debía hacer en acatamiento estricto de las normas vigentes, que para el caso solo era válida con base en la interpretación que le había dado la Corte Constitucional, sin dejar de hacer aquello que le era evidente comprender y tomar las precauciones más elementales, esto es verificar con base en un análisis serio y detallado que la obra a adicionar no era absolutamente necesaria para cumplir el objeto inicial de la concesión; por el contrario se denota que su actuar se limitó a justificar la adición del tramo Ocaña – Gamarra con base en unos argumentos ajenos a la interpretación que debía aplicarse.

Así las cosas, y empero a que, para efecto de edificar el elemento subjetivo, no puede insistirse en el dolo, si se avizora un actuar ligero, una desatención elemental dada la responsabilidad de dirigir y responder por este proceso, máxime tratándose de un asunto que no resultaba *prima facie* sencillo de entender y aplicar, de suerte que se hizo necesario que a través del Ministerio de Transporte se solicitara un concepto a la Sala de Consulta y Servicio del Consejo de Estado, al que se hizo referencia en el **numeral “7.5.6.2 Concepto 2149 de 2013, Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado”**.

Al respecto es importante citar el testimonio rendido por **JAVIER ALBERTO HERNÁNDEZ LÓPEZ** el 8 de abril de 2022¹⁹⁵, quien ejerció como Viceministro de Infraestructura para la época de los hechos y sobre el particular *refirió que para ese momento estaba el programa de cuarta generación de concesiones en plena estructuración y había por parte de los concesionarios vigentes en ese momento de concesiones de primera, segunda o tercera generación, una posición jurídica que sostenía que se podían hacer adiciones casi absolutas a sus contratos sin ninguna limitación, sin necesidad de adelantar un proceso amplio de licitaciones sino a partir de una negociación con los concesionarios. Esa posición de los concesionarios no era compartida ni por la ANI ni por el Ministerio, por lo cual no se quería generar un espacio que comprometiera las futuras licitaciones.*

¹⁹⁵ Cfr. CD a folio 754 del Cuaderno principal 20
Expediente: IUS E - 2017 - 19229 / IUC D-2017-651-927370
Fallo de primera instancia sancionatorio.

Indicó que el Gobierno lo que quería en ese momento, se refiere a la ANI y al Ministerio, era adelantar esos procesos por licitación pública además consideraban que jurídicamente esa posición estaba errada y decidieron cerrar el tema por medio de una consulta que formuló la Ministra al Consejo de Estado, precisando que la Sala de Consulta y Servicio Civil emitió su concepto en el cual básicamente acogió la posición que tenían la ANI y el Ministerio de señalar que no había ninguna posibilidad de hacer esas adiciones como consideraban esos concesionarios y fijó claramente los límites bajo los cuales se podían hacer esas adiciones con fundamento además en una sentencia previa de la Corte Constitucional.

Como consecuencia de lo anterior, deviene para el despacho que se trataba de un asunto de especial importancia al cual se omitió realizar un análisis jurídico serio y soportado con fundamento en los argumentos plasmados en la Sentencia de exequibilidad condicionada y en el Concepto de la sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado; situación que conlleva a calificar en grado máximo la infracción al deber objetivo de cuidado que le correspondía prestar a este asunto.

Así las cosas, las referidas condiciones lo que evidencian es un actuar alejado de la previsión más elemental que lo conllevó a suscribir los estudios que justificaron la adición de manera directa al contrato de concesión en desconocimiento del deber de selección objetiva y la libre concurrencia.

Se le cuestiona que siendo el responsable de dirigir el proceso para las modificaciones al contrato de concesión no lo hubiera realizado en estricto acatamiento de la norma; en un actuar responsable le correspondía cerciorarse de cumplir cabalmente con su deber funcional y al dirigir y suscribir el Estudio de Conveniencia y Oportunidad hacerlo con la debida convicción y certeza sobre la viabilidad de llevar a cabo la adición.

Concluye esta Delegada de Juzgamiento que su actuar no encuentra justificación alguna, pues desde el cargo que ostentaba como Vicepresidente de Gestión Contractual conocía de las particularidades del contrato de concesión, en especial respecto de sus adiciones, proceso que dirigió; de ahí que su actuar no puede considerarse como una simple falta de cuidado o una equivocación normal de un servidor público a quien se le confió una labor muy importante, contrario a ello nos encontramos frente a una desatención elemental dada la trascendencia que conllevó la adición en estos términos en perjuicio de la selección objetiva, que contribuyó además a que su falta de atención, dedicación y previsión elemental beneficiaran indebidamente a la Concesionaria Ruta del Sol; en tales circunstancias, la imputación subjetiva se tendrá como culpa gravísima por desatención elemental, dado que su proceder se considera como ligero y en extremo despreocupado.

8.3.4.2 En respuesta a los argumentos de defensa

8.3.4.2.1 Respecto de la naturaleza del cargo que ocupaba como Vicepresidente de Gestión Contractual

Refirió la defensa que el propósito principal que le asistía al disciplinado en desarrollo de su cargo como Vicepresidente era dirigir la formulación y la ejecución de la

Expediente: IUS E - 2017 - 19229 / IUC D-2017-651-927370
Fallo de primera instancia sancionatorio.

271



infraestructura concesionada partiendo del trabajo de los distintos grupos internos conformados por profesionales de diferentes disciplinas y articulados con el resto de las Vicepresidencias de la ANI y sus respectivas gerencias funcionales, a cargo de temas jurídicos, técnicos y financieros, en virtud de lo cual su trabajo se articulaba con el de otras Vicepresidencias, en particular la jurídica que aportaba el debido pronunciamiento para elaborar el documento.

Se precisa al respecto que, con ocasión de las funciones asignadas le correspondía dirigir y responder por los estudios relacionados con las modificaciones pertinentes a los contratos de concesión de acuerdo con los análisis de viabilidad técnica, legal y financiera realizados según las normas y directrices pertinentes. A partir de este deber funcional se soporta la responsabilidad que le ha sido atribuida pues es claro que como Vicepresidente de Gestión Contractual debía **dirigir y responder** por los estudios para las modificaciones, de tal suerte que su responsabilidad de manera alguna puede excusarse so pretexto que su labor se desarrollaba partiendo del trabajo de los distintos grupos internos, pues en efecto dada la distribución de funciones al interior de la entidad cada grupo de trabajo desde su área realizaba el respectivo análisis de viabilidad técnica, legal y financiera, los cuales debían ser elaborados bajo su dirección y por los cuales debía responder como claramente se había determinado en el mandato reglamentario que estableció las competencias al interior de la agencia, pues no en vano ostentaba el cargo de Vicepresidente de Gestión Contractual.

Es claro que la responsabilidad que le ha sido atribuida a FIGUEREDO SERPA atiende a su deber funcional, la cual no se excluye por la confianza en el desarrollo de las funciones de quienes para el caso debían elaborar los análisis de viabilidad técnica, jurídica y financiera; de tal suerte que el reproche a los llamados a juicio surge de la específica función que le competía a cada uno de ellos, y de manera alguna al disciplinado se le ha atribuido la responsabilidad exclusiva frente al trámite de la elaboración de los Estudios de Conveniencia y Oportunidad que justificaron la suscripción del Otrosí No. 06, sino la derivada de la dirección respecto de este proceso, responsabilidad de la cual tampoco se exonera al haber sido aprobada la modificación por el Comité Asesor de Asuntos Contractuales en tanto se reitera se le ha llamado a juicio por la específica labor que le competía.

Es menester precisar que en virtud del principio de confianza corresponde determinar los supuestos en que un sujeto puede considerar razonablemente que puede ejecutar el deber o función a su cargo confiando en que los demás intervinientes en el trámite de la actuación ajustarán su comportamiento al marco normativo regulatorio de la actividad ejecutada.

En el caso concreto y al tenor de la responsabilidad que había asumido debía dirigir la elaboración de los estudios para la modificación del contrato de concesión, en ese sentido le era exigible que encaminará y orientará el proceso a fin de que el mismo se hiciera de conformidad con las normas aplicables, de ahí entonces que debía constatar que la viabilidad jurídica que se había presentado en efecto acogiera la norma al tenor de su interpretación constitucional y a su vez que de la viabilidad técnica se determinará con toda certeza que la actividad adicional que se pretendía



adicionar era necesaria y excepcional para poder desarrollar el objeto principal del contrato de concesión, verificación que a juicio de este despacho no se realizó, pues se denota que suscribió el Estudio de Conveniencia y Oportunidad sin realizar ninguna observación, situación que ha permitido a esta Delegada concluir la desatención elemental con la que actuó frente a este asunto.

8.3.4.2.2 Respetto de la calificación dolosa

Cuestiona que el pliego de cargos supone la existencia del dolo por presuntamente haber seguido instrucciones de LUIS FERNANDO ANDRADE sin que se haya mencionado en que medio de prueba se encuentran las instrucciones y la voluntad consiente del disciplinado.

Para esta Delegada de Juzgamiento asiste razón a la defensa para concluir que en el caso no están acreditados los elementos para la configuración del dolo, por la razones que quedaron antes expuestas en el respectivo análisis de culpabilidad y que dieron lugar a que en esta instancia se hiciera la modificación de Dolo a Culpa Gravísima, en tanto el actuar del disciplinado no se tiene como un actuar consiente y voluntario dirigido a favorecer a la Concesionaria, sino resultado de la falta de atención elemental a este asunto, que lo llevó a justificar la adición del contrato sin que el análisis de viabilidad jurídica y técnica en que se soportó cumpliera con los requisitos exigidos en la norma.

8.3.5 Para el disciplinado DAVID LEONARDO MONTAÑO GARCIA

8.3.5.1 Para el cargo primero

El grado de culpabilidad fue imputado provisionalmente a título de DOLO, al considerar que el disciplinado justificó desde el punto de vista jurídico la contratación directa de los estudios previos y diseños de la adición de la vía Ocaña – Gamarra a la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S, a través de la proyección, revisión y suscripción de los documentos pre y contractuales en los que se soportó la adición sin acudir al concurso de méritos.

El funcionario de instrucción consideró que la conducta se desplegó en la modalidad dolosa, bajo el entendido de que, al tratarse de demostrar un elemento subjetivo, la única prueba directa que existiría sobre el conocimiento del sujeto sería la manifestación de esta persona sobre lo que se representó y realizó; es decir, su confesión. En caso contrario, las pruebas de su demostración serían indirectas y a través de indicios.

Se indicó que para desempeñar el cargo debía ostentar la condición de abogado, y experto en temas de contratación estatal, en virtud de lo cual comprendía el alcance de los hechos y tenía la capacidad de determinarse de acuerdo con esa comprensión y actuó voluntariamente comprendiendo y queriendo lo que hacía favoreciendo posiblemente de manera irregular a la Concesionaria Ruta del Sol.

Esta Delegada de Juzgamiento, se separa de dicho planteamiento, y en su lugar calificará definitivamente el elemento subjetivo en la modalidad de **culpa grave**, teniendo en cuenta que si bien no se puede desligar su comportamiento del mandato imperativo de la responsabilidad que le fue atribuida en su condición de Experto G3 – Grado 07 de la Vicepresidencia Jurídica, en particular de emitir concepto jurídico sobre las modificaciones propuestas a los contratos de concesión, en su caso se acreditan circunstancias que hacen que la modalidad de su conducta se adecúe a la descrita, en tanto:

(i) En virtud de la función asignada, y como quedo expuesto en el respectivo análisis de tipicidad el disciplinado dio su visto bueno de revisión jurídica al Estudio de Conveniencia y Oportunidad que dio lugar al Otrosí No. 03, que a su vez el disciplinado proyectó, documentos a través de los cuales como ha quedado expuesto en repetidas ocasiones, se justificó la adición del contrato de concesión para la elaboración de los estudios y diseños de la vía Ocaña – Gamarra, actuación con la que se desconoció la norma vigente para la época que en se llevó a cabo la adición, al tenor de lo dispuesto en la Sentencia C – 300 de 2012 que declaró exequible el primer inciso del artículo 28 de la Ley 1150 de 2007 en el entendido que la expresión **“obras adicionales directamente relacionadas con el objeto concesionado”**, **solamente autoriza la prórroga o adición de obras o actividades excepcional y necesariamente requeridas para cumplir el objeto del contrato inicial.**

Se advierte respecto de su participación en el Estudio de Conveniencia y Oportunidad, como consta en la parte final del respectivo documento que fue revisado por el disciplinado, debiendo reiterarse como quedo expuesto en el análisis probatorio en el numeral ***“7.5.5 Trámite para la estructuración de las adiciones a través de los Otrosíes No. 3 y 6”***, que dicho documento fue suscrito por el Vicepresidente de Gestión Contractual CAMILO MENDOZA ROZO, con los vistos buenos de ALEXANDRA LOZANO VERGARA Gerente de Gestión Contractual 2 y JOSE ANDRES TORRES RODRIGUEZ Gerente Carretero 1, el cual fue proyectado por MARCELO ENRIQUE CANO DEL CASTILLO Contratista de apoyo a la supervisión.

Respecto del Otrosí No. 03 se verifica que fue proyectado por el disciplinado y por la profesional MONICA ADARME MANOSALVA Experta de Gestión Contractual de la Gerencia de Gestión Contractual 2 y revisado por ALEXANDRA LOZANO VERGARA Gerente de Gestión Contractual 2 y por JOSE ANDRES TORRES RODRIGUEZ Gerente Carretero 1, conforme a los argumentos expuestos en el Estudio de Conveniencia y Oportunidad.

Lo anterior para significar que en cuanto atañe a la estructura de la agencia y la naturaleza de las funciones a cargo del disciplinado, su labor estaba sometida a la revisión de la Gerente de Gestión Contractual y del Gerente del Grupo Carretero 1, para la posterior suscripción por parte del Vicepresidente de Gestión Contractual en el caso del Estudio de Conveniencia y Oportunidad y por parte del Presidente de la Agencia en el caso del Otrosí, quienes avalaron su actuación; situación que lleva a esta instancia a realizar un análisis diferente en torno a su responsabilidad, teniendo en cuenta que sus actuaciones se ciñeron a revisar y proyectar un documento, en ese sentido debe el despacho diferenciar la labor de quien atendiendo instrucciones

proyectó el documento frente a la responsabilidad de los funcionarios de nivel superior, que instruyeron y avalaron su actuación, conforme a la responsabilidad que les asistía en virtud de la cual han sido encontrados responsables.

Es claro para la Delegada que el disciplinado contribuyó a la estructuración de la adición al contrato de concesión; no obstante, se advierte que fue resultado de un actuar negligente, y descuidado en el ejercicio de su cargo, como quiera que en virtud de la función que le correspondía debía cerciorarse que la adición cumpliera con los requisitos señalados en la norma al tenor de su interpretación constitucional, y que por ende estuviera soportado que la elaboración de los estudios y diseños era una *actividad excepcional y necesariamente requerida para cumplir el objeto del contrato inicial*, situación que omitió verificar con la debida diligencia, toda vez que si bien la justificación técnica estaba a cargo de otras áreas, era su deber constatar que en dichos documentos estuvieran contenidas las razones por las cuales se cumplía con los criterios previstos en el análisis constitucional de la norma, es decir que dicha justificación indicará porque era absolutamente necesario adicionar el contrato para la elaboración de los estudios; para el caso se tiene conforme al análisis que ha quedado expuesto que los argumentos hacían alusión a la importancia y los beneficios de la realizar la adición, pero no de forma concluyente a su absoluta necesidad, situación que lleva a considerar que no se esmeró el disciplinado en realizar un estudio juicioso y responsable sobre los argumentos de la exequibilidad condicionada, que le hubiera permitido advertir que no estaban acreditaban dichos supuestos o por lo menos que no estaban debidamente soportados.

(ii) En esta instancia de juzgamiento se considera que la calificación dolosa carece de sustento probatorio; se extraña en el análisis provisional realizado por el funcionario de instrucción el fundamento que permita concluir que el disciplinado hubiera actuado voluntariamente queriendo y comprendiendo lo que hacía con el ánimo de favorecer de manera irregular a la Concesionaria, toda vez no obra en el plenario ningún medio de prueba del cual se pueda establecer el conocimiento que hubiera tenido DAVID LEONARDO MONTAÑO que su actuar se adecuaba a los elementos estructurales de la conducta disciplinaria atribuida y pese a ello hubiera actuado voluntariamente con el propósito de justificar la adición directa en beneficio de la Concesionaria.

Si bien es cierto con su conducta se contribuyó en la estructuración de la adición para la elaboración de los estudios y diseños de la vía Ocaña – Gamarra, de la misma no se deduce que hiciera parte de un entramado con la finalidad de acceder a las pretensiones de Odebrecht; no obstante, lo que ello denota como se advirtió es la falta de cuidado y diligencia al no haber procurado las gestiones necesarias para analizar el alcance y la aplicación de la norma, pues ninguna de las pruebas allegadas a esta investigación da cuenta que hubiera realizado manifestación u observación ante niveles superiores a quienes les correspondía avalar y suscribir los respectivos documentos para la adición, y por ende de quienes dado el cargo que desempeñaban y el nivel de responsabilidad se esperaba la mayor atención y profundidad en el análisis del tema.

Por lo expuesto en cuanto al grado de culpabilidad definitivo, se considera que la conducta fue realizada con **Culpa Grave**, con fundamento en lo dispuesto en el parágrafo del artículo 44 de la Ley 734 de 2002 que consagra “.....La culpa será grave cuando se incurra en falta disciplinaria por inobservancia del cuidado necesario que cualquier persona del común imprime a sus actuaciones”, al considerar que fue resultado de la falta de cuidado que debía prestar a este asunto, que otra persona en sus mismas condiciones hubiera observado, resaltándose que “en cuanto hace a la categoría “culpa grave”, ha de precisarse que la “persona del común” a que alude como punto de referencia para estandarizar el nivel de exigibilidad, el artículo 44 de la Ley Disciplinaria en su parágrafo, debe entenderse como aquella sometida a la relación de sujeción especial, no determinada particularmente por funciones ni jerarquías, es decir, el servidor público promedio”¹⁹⁶, equiparado en este caso al profesional a quien se le hubiera confiado la revisión jurídica en el marco de la actividad contractual; por lo cual se considera que no fue acucioso al momento de revisar, y proyectar la adición al contrato de concesión, que contribuyó a que en las instancias de revisión y aprobación se justificara la adición de manera directa al concesionario en contravía del deber de selección objetiva de contratistas a través del respectivo mecanismo de selección, debido ello a la falta de cuidado que le debió prestar a este asunto.

Concluye esta Delegada de Juzgamiento que su actuar no encuentra justificación, pues en virtud del cargo que desempeñaba debía conocer de las particularidades del contrato de concesión, en especial respecto de sus adiciones; y debía ajustar su análisis al tenor del alcance de la norma, que en su caso se ha considerado fue resultado de la falta al deber de cuidado, y por ende se reprocha en menor grado su responsabilidad respecto de los demás disciplinados de quienes dado el cargo que desempeñaban y el nivel al que pertenecían, y por ende poder de decisión en la respectiva instancia, su conducta se consideró resultado de la desatención elemental dada la trascendencia que conllevó la adición en perjuicio de la selección objetiva, que contribuyó a beneficiar indebidamente a la Concesionaria Ruta del Sol.

8.3.5.2 Para el cargo segundo

El grado de culpabilidad fue imputado provisionalmente a título de DOLO, al considerar que el disciplinado justificó desde el punto de vista jurídico la contratación directa de la vía Ocaña – Gamarra a la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S, a través de la proyección, revisión y suscripción de los documentos pre y contractuales en los que se soportó la adición sin acudir a la licitación pública.

El funcionario de instrucción consideró la conducta en la modalidad dolosa, bajo el entendido de que, al tratarse de demostrar un elemento subjetivo, la única prueba directa que existiría sobre el conocimiento del sujeto sería la manifestación de esta persona sobre lo que se representó y realizó; es decir, su confesión. En caso contrario, las pruebas de su demostración serían indirectas y a través de indicios.

¹⁹⁶ Lecciones de Derecho Disciplinario, Volumen I, Instituto de Estudios del Ministerio Público. Pág. 65.
Expediente: IUS E - 2017 - 19229 / IUC D-2017-651-927370
Fallo de primera instancia sancionatorio.

Se indicó que para desempeñar el cargo debía ostentar la condición de abogado, y experto en temas de contratación estatal, en virtud de lo cual comprendía el alcance de los hechos y tenía la capacidad de determinarse de acuerdo a esa comprensión y actuó voluntariamente comprendiendo y queriendo lo que hacía favoreciendo posiblemente de manera irregular a la Concesionaria Ruta del Sol.

Esta Delegada de Juzgamiento, al igual que respecto del cargo primero, se separa de dicho planteamiento, y en su lugar calificará definitivamente el elemento subjetivo en la modalidad de **culpa grave**, teniendo en cuenta que si bien no se puede desligar su comportamiento del mandato imperativo de la responsabilidad que le fue atribuida en su condición de Experto G3 – Grado 07 de la Vicepresidencia Jurídica, en particular de emitir concepto jurídico sobre las modificaciones propuestas a los contratos de concesión, en su caso se acreditan circunstancias que hacen que la modalidad de su conducta se adecúe a la descrita, en tanto:

(i) En virtud de la función asignada, y como quedo expuesto en el respectivo análisis de tipicidad el disciplinado dio su visto bueno de revisión desde el componente jurídico al Estudio de Conveniencia y Oportunidad para la suscripción del Otrosí No. 6, el cual posteriormente proyectó conforme a las consideraciones plasmadas en dicho estudio, documentos a través de los cuales como ha quedado expuesto en repetidas ocasiones, se justificó la adición del contrato de concesión para la adición del tramo Ocaña – Gamarra, actuación con la que se desconoció la norma vigente para la época que en se llevó a cabo la adición, al tenor de lo dispuesto en la Sentencia C – 300 de 2012 que declaró exequible el primer inciso del artículo 28 de la Ley 1150 de 2007 en el entendido que la expresión **“obras adicionales directamente relacionadas con el objeto concesionado”**, **solamente autoriza la prórroga o adición de obras o actividades excepcional y necesariamente requeridas para cumplir el objeto del contrato inicial.**

Se advierte respecto de su participación en el Estudio de Conveniencia y Oportunidad, el cual fue suscrito por ANDRES FIGUEREDO SERPA, Vicepresidente de Gestión Contractual, que el disciplinado dio su visto bueno desde el componente jurídico al igual que lo hizo ALEXANDRA LOZANO VERGARA Gerente de Gestión Contractual 2; además de los vistos buenos desde el componente técnico, financiero, socioambiental, predial y de riesgos, como quedo expuesto en el análisis probatorio en el numeral ***“7.5.5 Trámite para la estructuración de las adiciones a través de los Otrosíes No. 3 y 6”***, en total dicho documento contó con el visto bueno de 12 funcionarios de las diferentes áreas.

Y respecto del Otrosí No. 06 se verifica que fue proyectado por el disciplinado además por YASMINE DEL CARMEN CORRALES PALEMINA, Experto Vicepresidencia de Gestión Contractual y FRANCISCO JAVIER FORERO LOZANO, Asesor Financiero y revisado por DANIEL FRANCISCO TENJO SUÁREZ, Gerente Grupo Carretero 1, EMERSON DURÁN VARGAS Gerente Grupo interno de Trabajo Financiero, MAURICIO ORLANDO CASTRO CASTAÑO Gerente de Riesgos, ALEXANDRA LOZANO VERGARA Gerente de Gestión Contractual 2 y ANDRÉS FIGUEREDO SERPA Vicepresidente de Gestión Contractual quien había suscrito los estudios en que se fundamentó.

Lo anterior para significar que en cuanto atañe a la estructura de la agencia y la naturaleza de las funciones a cargo del disciplinado, su labor estaba sometida a la revisión de la Gerente de Gestión Contractual y del Gerente del Grupo Carretero 1, para la posterior suscripción por parte del Vicepresidente de Gestión Contractual en el caso del Estudio de Conveniencia y Oportunidad y por parte del Presidente de la Agencia en el caso del Otrosí, quienes avalaron su actuación; situación que lleva a esta instancia a realizar un análisis diferente en torno a su responsabilidad, teniendo en cuenta que sus actuaciones se ciñeron a revisar y proyectar un documento, en ese sentido debe el despacho diferenciar la labor de quien atendiendo instrucciones proyectó el documento frente a la responsabilidad de los funcionarios de nivel superior, que instruyeron y avalaron su actuación, conforme a la responsabilidad que les asistía en virtud de la cual han sido encontrados responsables en esta instancia.

Es claro para la Delegada que el disciplinado contribuyó a la estructuración de la adición al contrato de concesión; no obstante, se advierte que fue resultado de un actuar negligente, y descuidado en el ejercicio de su cargo, como quiera que en virtud de la función que le correspondía debía cerciorarse que la adición cumpliera con los requisitos señalados en la norma al tenor de su interpretación constitucional, y que por ende estuviera soportado que la ejecución del tramo Ocaña – Gamarra era una *actividad excepcional y necesariamente requerida para cumplir el objeto del contrato inicial*, situación que omitió verificar el disciplinado con la debida diligencia, toda vez que si bien la justificación técnica estaba a cargo de otras áreas, era su deber constatar que en dichos documentos estuvieran contenidas las razones por las cuales se cumplía con los criterios previstos en el análisis constitucional de la norma, es decir que dicha justificación indicará porque era absolutamente necesario adicionarle al objeto inicial del contrato inicial esto es a la Vía Puerto Salgar – San Roque adicionar el tramo Ocaña – Gamarra; del análisis que ha quedado la justificación obedeció a la importancia y los beneficios de realizar la adición, pero no de forma concluyente a su absoluta necesidad; situación que lleva a considerar que no se esmeró el disciplinado en realizar un estudio juicioso y responsable sobre los argumentos de la exequibilidad condicionada, que le hubiera permitido advertir que en el caso no se acreditaban dichos supuestos o por lo menos que no estaban debidamente soportados.

(ii) En esta instancia de juzgamiento se considera que la calificación dolosa carece de sustento probatorio; dado que se extraña en el análisis provisional realizado por el funcionario de instrucción el fundamento que permita concluir que el disciplinado hubiera actuado voluntariamente queriendo y comprendiendo lo que hacía con el ánimo de favorecer de manera irregular a la Concesionaria, pues no obra en el plenario ningún medio de prueba del cual se pueda concluir el conocimiento que hubiera tenido DAVID LEONARDO MONTAÑO que su actuar se adecuaba a los elementos estructurales de la conducta disciplinaria atribuida y pese a ello hubiera actuado voluntariamente con el propósito de justificar la adición directa en beneficio de la Concesionaria.

Si bien es cierto con su actuar se contribuyó en la estructuración de la adición de la vía Ocaña – Gamarra, de la misma no se deduce que hiciera parte de un entramado

con la finalidad de acceder a las pretensiones de Odebrecht; no obstante, lo que ello denota como se advirtió es la falta de cuidado y diligencia al no haber procurado las gestiones necesarias para analizar el alcance y la aplicación de la norma, pues ninguna de las pruebas allegadas a esta investigación da cuenta que hubiera realizado manifestación u observación ante niveles superiores a quienes les correspondía avalar y suscribir los respectivos documentos para la adición, y por ende de quienes dado el cargo que desempeñaban y responsabilidad que les asistía se esperaba la mayor atención y profundidad en el análisis del tema.

Por lo expuesto en cuanto al grado de culpabilidad definitivo, se considera que la conducta fue realizada con **Culpa Grave**, con fundamento en lo dispuesto en el párrafo del artículo 44 de la Ley 734 de 2002 que consagra “.....La culpa será grave cuando se incurra en falta disciplinaria por inobservancia del cuidado necesario que cualquier persona del común imprime a sus actuaciones”, al considerar que fue resultado de la falta de cuidado que debía prestar a este asunto, que otra persona en sus mismas condiciones hubiera observado, resaltándose que “en cuanto hace a la categoría “culpa grave”, ha de precisarse que la “persona del común” a que alude como punto de referencia para estandarizar el nivel de exigibilidad, el artículo 44 de la Ley Disciplinaria en su párrafo, debe entenderse como aquella sometida a la relación de sujeción especial, no determinada particularmente por funciones ni jerarquías, es decir, el servidor público promedio”¹⁹⁷, equiparado en este caso al profesional a quien se le hubiera confiado la revisión jurídica en el marco de la actividad contractual; por lo cual se considera que no fue acucioso al momento de revisar, y proyectar la adición al contrato de concesión, que contribuyó a que en las instancias de revisión y aprobación se justificará la adición de manera directa al concesionario en contravía del deber de selección objetiva de contratistas a través del respectivo mecanismo de selección, debido ello a la falta de cuidado con que procedió frente a este asunto.

Concluye esta Delegada de Juzgamiento que su actuar no encuentra justificación, pues en virtud del cargo que desempeñaba debía conocer de las particularidades del contrato de concesión, en especial respecto de sus adiciones; y debía ajustar su análisis al tenor del alcance de la norma, que en su caso se ha considerado fue resultado de la falta al deber de cuidado, y por ende se reprocha en menor grado su responsabilidad respecto de los demás disciplinados de quienes dado el cargo que desempeñaban y el nivel al que pertenecían, y por ende poder de decisión en la respectiva instancia, su conducta se consideró resultado de la desatención elemental dada la trascendencia que conllevó la adición en perjuicio de la selección objetiva, que contribuyó a beneficiar indebidamente a la Concesionaria Ruta del Sol.

8.3.5.3 En respuesta a los argumentos de la defensa

Como quiera que hay coincidencia en los argumentos de defensa en torno al grado de culpabilidad y como ha quedado expuesto las conductas que soportan los cargos primero y segundo están relacionadas, se da respuesta a los argumentos de la defensa, para ambos cargos.

¹⁹⁷ Lecciones de Derecho Disciplinario, Volumen I, Instituto de Estudios del Ministerio Público, Pág. 65.
Expediente: IUS E - 2017 - 19229 / IUC D-2017-651-927370
Fallo de primera instancia sancionatorio.

8.3.5.3.1 Respecto al debido proceso y del derecho a la defensa

En virtud de la precisión inicial que realiza el disciplinado en el escrito de alegatos de conclusión, en el sentido que considera que la Procuraduría no ha sido respetuosa del debido proceso y del derecho a la defensa, toda vez que no se le entregó el expediente cuando lo solicitó el 7 de julio de 2021, sino seis meses después cuando el proceso ya se había asumido en la Delegada para la Moralidad Pública, se advierte que frente a dichos argumentos se pronunció en su momento la Procuraduría Delegada para la Moralidad Pública, a través de auto de 26 de enero de 2022¹⁹⁸ que denegó la solicitud de nulidad presentada por el disciplinado DAVID LEONARDO MONTAÑO GARCIA, decisión frente a la cual interpuso recurso de reposición que fue resuelto por auto de 17 de febrero de 2022¹⁹⁹ confirmando la decisión; razón por la cual no se pronunciara de nuevo el despacho sobre este particular, al ya haberse abordado en las respectivas oportunidades procesales el mismo asunto que trae a colación en esta oportunidad.

De igual forma, en el referido auto de 17 de febrero de 2022 se pronunció el despacho frente a la solicitud de compulsión de copias, aspecto frente al cual a su vez se dio respuesta al derecho de petición el 16 de junio de 2022.²⁰⁰

8.3.5.3.2 No participó en los actos de corrupción señalados en el pliego cargos.

Refirió el disciplinado que en ninguna de las pruebas recaudadas existe alguna referencia o cita de su nombre que pudiera determinar su coparticipación en los actos de corrupción que se plantearon en el pliego de cargos, y por ende las circunstancias referidas por los testigos nunca las conoció.

Al respecto se considera que asiste razón al disciplinado, y en virtud de ello en esta instancia de juzgamiento se ha modificado el grado de culpabilidad de Dolo a Culpa Grave, debido a la ausencia de fundamento probatorio para demostrar en el grado de certeza que se requiere en esta instancia que el actuar del disciplinado hubiera sido consiente y voluntario dirigido a favorecer a la Concesionaria, por el contrario, con base en los argumentos que quedaron expuestos se consideró resultado de la falta de cuidado que debía prestarle a este asunto.

8.3.5.3.3 Error factico frente al análisis de responsabilidad

Señaló igualmente que en su caso se incurrió en un notable defecto factico al equiparar la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad del Presidente, de los Vicepresidentes y de la Gerente de Gestión Contractual de la ANI, quienes pertenecían a los cargos del más alto nivel ejecutivo respecto de la suya en su condición de Experto de la Vicepresidencia Jurídica – Asesoría Legal Gestión Contractual, y al apreciar pruebas en extensiva responsabilidad grupal, cuando en su caso no tenía el deber de aprobar y avalar decisiones.

¹⁹⁸ Cfr. Folios 270 – 295 Cuaderno principal 18

¹⁹⁹ Cfr. Folios 423 - 440 Cuaderno principal 19

²⁰⁰ Cfr. Folios 1064 – 1068 Cuaderno principal 21

Expediente: IUS E - 2017 - 19229 / IUC D-2017-651-927370
Fallo de primera instancia sancionatorio.

Como ha quedado expuesto en los acápites referentes al análisis de tipicidad, ilicitud sustancial y culpabilidad, la responsabilidad ha sido analizada de manera individual respecto de cada uno de los disciplinados y respecto de cada uno los cargos formulados, ese sentido se confirma que el disciplinado MONTAÑO GARCIA incurrió en la falta disciplinaria gravísima que le fue reprochada frente al cargo primero y segundo, conducta que conllevó la afectación a los principios de la función pública que fueron considerados en la etapa de instrucción; no obstante en lo que atañe a la culpabilidad en esta instancia se realizó una variación teniendo en cuenta que como lo aduce el disciplinado el examen probatorio que permitió sustentar el actuar doloso de LUIS FERNANDO ANDRADE no soporta el actuar doloso de su parte ni respecto de los demás investigados.

En ese sentido han resultado de recibo los argumentos de defensa, como quiera que no se demostró que la participación que tuvieron los disciplinados en la estructuración de las adiciones, a partir de las funciones atribuidas a cada uno, haya sido desplegada como parte de un entramado de corrupción, al que hubieran accedido por petición del Presidente de la Agencia, situación que en esta instancia queda desvirtuada, de tal suerte que en el marco del análisis de la responsabilidad subjetiva e individual que se impone en materia disciplinaria se ha variado el grado de culpabilidad en adecuación a los deberes y participación de cada investigado dentro del proceso de adición al contrato de concesión para la ejecución del tramo Ocaña – Gamarra.

8.3.5.3.4 Respecto de su participación en los Otrosíes No. 3 y 6

Señaló el disciplinado que se limitó a firmar los estudios previos y proyectar los otrosíes, porque le fue encomendada esta actividad, lo cual realizó de conformidad con las consideraciones y conceptos técnicos, financieros y jurídicos que habían surgido del interventor y de la Vicepresidencia de Gestión Contractual y sus gerencias y conforme a las normas contractuales, además que el término “(...) obras adicionales directamente relacionadas con el objeto mencionado (...)” y “respecto de concesiones viales deberá referirse al mismo corredor vial” es un tema que se debe valorar desde el punto de vista técnico porque así lo señalaron la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en la Sentencia y el Concepto que han sido referidos en esta decisión, y que así ocurrió en los procesos previos a la suscripción de los Otrosíes al mediar concepto de parte de la interventoría y de la Vicepresidencia de Gestión Contractual y sus Gerencias.

Sobre este aspecto se reitera que el actuar que se le ha cuestionado de manera definitiva en esta instancia surge de las funciones que le correspondían como Experto G3 – GRADO 07 de la Vicepresidencia Jurídica - Asesoría Legal Gestión Contractual, específicamente la de “Emitir concepto jurídico sobre las modificaciones propuestas a los contratos de interventoría, concesión y demás formas de asociación público privada, de acuerdo con las normas vigentes y las directrices institucionales.” en virtud de la cual participó en la revisión jurídica de los Estudios de Conveniencia y Oportunidad que soportaron la suscripción de los Otrosíes 3 y 6 que posteriormente proyectó conforme a dichas consideraciones.

Se reitera, le era exigible que en el marco de esta función realizará el respectivo análisis, obviamente desde el ámbito jurídico como le correspondía, en el cual se advirtiera que la posibilidad de llevar a cabo la adición debía cumplir con lo dispuesto en la Sentencia C – 300 de 2012 *en el entendido que la expresión “obras adicionales directamente relacionadas con el objeto concesionado”, solamente autoriza la prórroga o adición de obras o actividades excepcional y necesariamente requeridas para cumplir el objeto del contrato inicial*, y que conforme a dicha condición los estudios técnicos que habían sido presentados para viabilizar la adición soportaran la necesidad y excepcionalidad requeridas para poder desarrollar el objeto inicial; se explica, una era la responsabilidad atribuible al área técnica para determinar dicha necesidad respecto del tramo principal, pero otra responsabilidad, en su caso desde el ámbito jurídico, era verificar que dichos estudios hicieran alusión a esos requisitos de necesidad y excepcionalidad que en una lectura juiciosa lo hubiera llevado a concluir que se había justificado la importancia y la mejora sustancial que se daría con la construcción de este nuevo tramo, no obstante no se había justificado, que fuera absolutamente necesario.

Ahora respecto de su consideración en el sentido que los proyectos de otrosíes no tenían visto bueno y de haberlos tenido no tenían valor jurídico hasta tanto fueran sometidos al Comité de Contratación de la entidad, se reitera que la responsabilidad atribuida a cada disciplinado parte de la específica función que tenía asignada y conforme a la cual participó en las distintas fases de estructuración del proceso de las adiciones; de ahí que la culpabilidad frente a cada uno sea valorada de manera distinta conforme a dichas particularidades, recordando que frente a la responsabilidad de algunos servidores ya se había pronunciado la Procuraduría Primera Delegada para la Contratación Estatal, que no viene al caso analizar. Aquí de manera particular en el caso de DAVID MONTAÑO se ha considerado dada su labor de proyección, que por ende estaba sometida a la revisión y aval por instancias superiores, que el reproche resulta menor, en tanto el deber objetivo de cuidado se exigía en condiciones diferentes frente a sus superiores dentro de las referidas actuaciones.

IX. FUNDAMENTACIÓN DE LA CALIFICACIÓN DE LA FALTA

9.1 Para el disciplinado LUIS FERNANDO ANDRADE MORENO

Conforme al análisis efectuado de las pruebas y de los argumentos de defensa, se encuentra acreditado que **LUIS FERNANDO ANDRADE MORENO** en su condición de Presidente de la ANI, tanto para el cargo primero como para el cargo segundo que se soportan por la suscripción de los Otrosíes 3 y 6, respectivamente, incurrió en la falta disciplinaria **Gravísima** prevista en el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002 por violación de los principios de transparencia y responsabilidad que regulan la contratación estatal, sancionables respecto de cada cargo a título de Dolo.



9.2 Para la disciplinada ALEXANDRA LOZANO VERGARA

Conforme al análisis efectuado de las pruebas y de los argumentos de defensa, se encuentra acreditado que **ALEXANDRA LOZANO VERGARA** en su condición de Gerente de Proyectos Funcional Código G2, Grado 09 de la planta del despacho del Presidente, ubicado en la Vicepresidencia Jurídica, Área de desempeño Asesoría Legal Gestión Contractual 2 de la ANI, tanto para el cargo primero como para el cargo segundo que se soportan por su participación en la estructuración de los Otrosíes 3 y 6, respectivamente, incurrió en la falta disciplinaria **Gravísima** prevista en el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002 por violación de los principios de transparencia y responsabilidad que regulan la contratación estatal, sancionables en cada cargo a título de **Culpa Gravísima por desatención elemental**.

9.3 Para el disciplinado CAMILO MENDOZA ROZO

Del análisis efectuado de las pruebas y de los argumentos de defensa, se encuentra acreditado que **CAMILO MENDOZA ROZO** en su condición de Vicepresidente de Agencia Código E2, Grado 05 de la Vicepresidencia de Gestión Contractual de la ANI, respecto del cargo único endilgado por la participación en la estructuración del Otrosí No. 3, incurrió en la falta disciplinaria **Gravísima** prevista en el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002 por violación de los principios de transparencia y responsabilidad que regulan la contratación estatal, sancionable a título de **Culpa Gravísima por desatención elemental**.

9.4 Para el disciplinado ANDRES FIGUEREDO SERPA

Teniendo en cuenta el análisis efectuado de las pruebas y de los argumentos de defensa, se encuentra acreditado que **ANDRES FIGUEREDO SERPA** en su condición de Vicepresidente de Agencia Código E2, Grado 05 de la Vicepresidencia de Gestión Contractual de la ANI, respecto del cargo único endilgado por la participación en la estructuración del Otrosí No. 6, incurrió en la falta disciplinaria **Gravísima** prevista en el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002 por violación de los principios de transparencia y responsabilidad que regulan la contratación estatal, sancionable a título de **Culpa Gravísima por desatención elemental**.

9.5 Para el disciplinado DAVID LEONARDO MONTAÑO GARCIA

Conforme al análisis efectuado de las pruebas y de los argumentos de defensa, se encuentra acreditado que **DAVID LEONARDO MONTAÑO GARCIA** en su condición de Experto Código G3 Grado 07 de la Vicepresidencia Jurídica, del área de desempeño Asesoría Legal Gestión Contractual 2 de la ANI, tanto para el cargo primero como para el cargo segundo que se soportan por su participación en la estructuración de los Otrosíes 3 y 6, respectivamente, incurrió en la falta disciplinaria **Gravísima** prevista en el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002 por violación de los principios de transparencia y responsabilidad que regulan la contratación estatal, sancionables en cada cargo a título de **Culpa Grave**.

X. NATURALEZA DE LA FALTA Y DOSIFICACIÓN DE LA SANCIÓN

Establecida la tipicidad y la ilicitud sustancial de la falta disciplinaria para todos los disciplinados por la incursión en el tipo disciplinario previsto en el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, *Participar en la etapa precontractual o en la actividad contractual, en detrimento del patrimonio público, o con desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal...* y determinada la culpabilidad de la misma, al adecuar su comportamiento en una falta que se ha calificado de manera definitiva para el caso de **LUIS FERNANDO ANDRADE MORENO** como: **Gravísima** a título de **Dolo**; en el caso de **ALEXANDRA LOZANO VERGARA**, **ANDRÉS FIGUEREDO SERPA**, y **CAMILO MENDOZA ROZO** como **Gravísima** a título de **Culpa Gravísima por desatención elemental**; y en el caso de **DAVID LEONARDO MONTAÑO GARCÍA**, como **Gravísima** a título de **Culpa Grave**, se procede a imponer la respectiva sanción.

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 44 de la Ley 734 de 2002, a las faltas gravísimas dolosas o cometidas con culpa gravísima les corresponde la sanción de destitución e inhabilidad general; sanción que al tenor de lo previsto en el numeral 1 del artículo 45 *ibidem*, implica la separación en el ejercicio del cargo y la imposibilidad de ejercer la función pública en cualquier cargo o función, por un término que oscila entre 10 a 20 años, como lo dispone el artículo 46 *ejusdem*.

De otra parte, al tenor de lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 43 de la Ley 734 de 2002 la realización típica de una falta objetivamente gravísima cometida con culpa grave será considerada falta grave, a las cuales conforme lo previsto en el numeral 3 del artículo 44 *ibidem*, les corresponde la sanción de suspensión que implica la separación del ejercicio del cargo en cuyo desempeño se originó la falta disciplinaria, la cual no será inferior a un mes ni superior a doce meses, conforme lo previsto en el artículo 46 *ejusdem*.

Por consiguiente, corresponde a esta dependencia graduar el término de la sanción a imponer a los disciplinados, de conformidad con los siguientes criterios establecidos en el artículo 47 de la Ley 734 de 2002;

“Artículo 47. Criterios para la graduación de la sanción.

- 1. La cuantía de la multa y el término de duración de la suspensión e inhabilidad se fijarán de acuerdo con los siguientes criterios:***
 - a) Haber sido sancionado fiscal o disciplinariamente dentro de los cinco años anteriores a la comisión de la conducta que se investiga;***
 - b) La diligencia y eficiencia demostrada en el desempeño del cargo o de la función;***
 - c) Atribuir la responsabilidad infundadamente a un tercero;***
 - d) La confesión de la falta antes de la formulación de cargos;***
 - e) Haber procurado, por iniciativa propia, resarcir el daño o compensar el perjuicio causado;***

- f) Haber devuelto, restituido o reparado, según el caso, el bien afectado con la conducta constitutiva de la falta, siempre que la devolución, restitución o reparación no se hubieren decretado en otro proceso;*
- g) El grave daño social de la conducta;*
- h) La afectación a derechos fundamentales;*
- i) El conocimiento de la ilicitud;*
- j) Pertenecer el servidor público al nivel directivo o ejecutivo de la entidad.*

2. A quien, con una o varias acciones u omisiones, infrinja varias disposiciones de la ley disciplinaria o varias veces la misma disposición, se le graduará la sanción de acuerdo con los siguientes criterios:

a) Si la sanción más grave es la destitución e inhabilidad general, esta última se incrementará hasta en otro tanto sin exceder el máximo legal.

b) (....)

c) Si la sanción más grave es la suspensión, esta se incrementará hasta en otro tanto, sin exceder el máximo legal.

(....)"

10.1 Para LUIS FERNANDO ANDRADE MORENO

Respecto a los atenuantes y agravantes relacionados supra, este Despacho procederá a realizar el correspondiente análisis de cada uno de los criterios:

- a) Haber sido sancionado fiscal o disciplinariamente dentro de los cinco años anteriores a la comisión de la conducta que se investiga;** Dado que el disciplinado no tiene antecedentes fiscales ni disciplinarios²⁰¹, este será tenido en cuenta como un **factor atenuante**.
- b) La diligencia y eficiencia demostrada en el desempeño del cargo o de la función;** De conformidad con el análisis de la conducta investigada conforme a los argumentos que han quedado expuestos, el grado de culpabilidad se atribuyó de manera definitiva en la modalidad dolosa por determinarse su conducta de acuerdo a la comprensión de los hechos y su ilicitud, y considerando que la misma conllevó la afectación de los principios de moralidad y de responsabilidad que rigen la función pública; razones que permiten considerar que este criterio no es aplicable, ni puede ser tenido en cuenta como factor atenuante.

²⁰¹ De conformidad con el certificado obrante a folio 1347 del Cuaderno principal 23
Expediente: IUS E - 2017 - 19228 / IUC D-2017-651-927370
Fallo de primera instancia sancionatorio.

- c) **Atribuir la responsabilidad infundadamente a un tercero;** Este criterio no será tenido en cuenta como factor agravante, de tal suerte que en desarrollo del ejercicio de defensa, el disciplinado no ha excusado de manera infundada la responsabilidad en otros servidores o particulares que desempeñen funciones públicas; los argumentos que sobre este particular se presentaron aluden al ejercicio propio de las responsabilidades que estuvieron a cargo de la estructuración del proceso de las adiciones al contrato de concesión.
- d) **La confesión de la falta antes de la formulación de cargos;** Esta circunstancia no se dio y por tanto no será tomada en cuenta como atenuante de la sanción.
- e) **Haber procurado, por iniciativa propia, resarcir el daño o compensar el perjuicio causado;** Esta circunstancia tampoco se dio y por tanto no será tomada en cuenta como atenuante de la sanción.
- f) **Haber devuelto, restituido o reparado, según el caso, el bien afectado con la conducta constitutiva de la falta, siempre que la devolución, restitución o reparación no se hubieren decretado en otro proceso;** Circunstancia que tampoco se acredita en la presente actuación y, por tanto, no será tomada en cuenta como atenuante de la sanción.
- g) **El grave daño social de la conducta;** Esta circunstancia será tomada como **factor agravante** de la sanción a imponer, toda vez que su actuar resulta en grado máximo reprochable por la sociedad, de suerte que a través de su conducta se afectaron principios elementales en el Estado Social de Derecho en procura de la selección objetiva y la libre concurrencia en la contratación estatal, recordando que es esta una de las formas a través de las cuales se concreta la inversión de los recursos públicos para el cumplimiento de los fines del Estado, de ahí que su actuar afectó el interés general, por cuanto la sociedad espera que los servidores públicos actúen con apego a la ley, además que se limitó la posibilidad de realizar un proceso abierto en igualdad de condiciones.

Se considera de tal magnitud el daño, amén que su actuar lo llevó a hacer parte de uno de los mayores entramados de corrupción que el país ha conocido, suscitado desde la constructora brasilera Odebrecht que le permitió quedarse con la mayor parte de adjudicación de vías en el país a través de los multimillonarios sobornos que pagó a diferentes funcionarios de entidades del Estado, a las que la ANI no fue ajena por virtud del actuar de su Presidente.
- h) **La afectación a derechos fundamentales;** Esta circunstancia no será tomada en cuenta como factor agravante, como quiera que, a parte de la grave afectación social, no está acreditada la afectación de manera particular de derechos fundamentales.
- i) **El conocimiento de la ilicitud;** Como se explicó en el análisis de la culpabilidad, las circunstancias en que se desplegó la conducta permiten de



manera definitiva la calificación a título de Dolo, atendiendo al cargo que desempeña, la experiencia que acreditaba, la forma en que actuó, circunstancias de las que se advierte el conocimiento sobre la ilicitud de su comportamiento, razón por la cual esta circunstancia será tenida en cuenta como **factor agravante** de la sanción.

- j) **Pertenecer el servidor público al nivel directivo o ejecutivo de la entidad;** Será tenido en cuenta como un **factor agravante**, en virtud de que el disciplinado ejercía como Presidente de la ANI, y por ende representante legal, máxima autoridad administrativa y responsable de la actividad contractual de la entidad, que dada su relación de sujeción se le exigía mayor compromiso en el acatamiento de los principios de la función pública, que supone en el ámbito del principio de culpabilidad que, entre mayor jerarquía funcional, mayor es el reproche, y que también corresponde analizar en sede de dosificación de la sanción.

Aunado a lo expuesto, se debe tener en consideración que LUIS FERNANDO ANDRADE MORENO en su condición de Presidente de la ANI incurrió dos veces en la falta disciplinaria contenida en el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, conforme al cargo primero y segundo que fueron probados en esta instancia.

En consecuencia, partiendo de 10 años de inhabilidad general y con la totalidad de los agravantes, es decir 3, en contraste con la totalidad de atenuantes, es decir 1; y que de acuerdo con lo estipulado en el numeral 2 del artículo 47 de la Ley 734 de 2002, el cual señala que *"A quien, con una o varias acciones u omisiones, infrinja varias disposiciones de la ley disciplinaria o varias veces la misma disposición"*, se incrementará la sanción en otro tanto, se tiene que, en el presente caso se podría llegar a una inhabilidad general superior a los 20 años que es el límite máximo, imperativo legal que corresponde respetar en aplicación del principio de legalidad.

Además debe destacarse que si bien el investigado ante la gravedad de su conducta, el nivel directivo que ostenta, la conciencia de su ilicitud y especialmente el grave daño social de la magnitud expuesta, frente a la moralidad con la que se debe actuar en la contratación estatal y manejo de recursos públicos que exigen un actuar impecable y sin el mínimo asomo de duda o cuestionamiento, conllevan a determinar que se hace acreedor a una severa sanción disciplinaria, **pues precisamente el cargo que ostentaba demanda el más alto estándar probó, cuya ética debe tener todo servidor público, y con mayor exigibilidad para aquellos que en virtud de la dignidad conferida son llamados a dar ejemplo ante la ciudadanía, ante sus subalternos, ante el país y también extensivo ante la comunidad internacional.**

En consecuencia, este Despacho declarará a **LUIS FERNANDO ANDRADE MORENO** en su condición de Presidente de la ANI como responsable disciplinariamente de las conductas objeto de los cargos primero y segundo formulados mediante auto del 29 de junio de 2021, quien se hará acreedor a la **SANCIÓN DE DESTITUCIÓN E INHABILIDAD GENERAL para ejercer la función pública en cualquier cargo durante el término de DIECIOCHO (18) AÑOS.**

10.2 Para ALEXANDRA LOZANO VERGARA

Respecto a los atenuantes y agravantes contenidos en el artículo 47 de la Ley 734 de 2002, antes relacionados, este Despacho procederá a realizar el correspondiente análisis de cada uno de los criterios:

- a) **Haber sido sancionado fiscal o disciplinariamente dentro de los cinco años anteriores a la comisión de la conducta que se investiga;** Dado que la disciplinada no tiene antecedentes fiscales ni disciplinarios²⁰², este será tenido en cuenta como un **factor atenuante**.
- b) **La diligencia y eficiencia demostrada en el desempeño del cargo o de la función;** De conformidad con el análisis de la conducta investigada conforme a los argumentos que han quedado expuestos, el grado de culpabilidad se atribuyó de manera definitiva en la modalidad de culpa gravísima, producto de la desatención elemental con la que actuó, que conllevó la afectación de los principios de moralidad y de responsabilidad que rigen la función pública; razones que permiten considerar que este criterio no es aplicable, ni puede ser tenido en cuenta como factor atenuante, al haber quedado demostrada la falta de diligencia y atención elemental que debía prestarle a este asunto.
- c) **Atribuir la responsabilidad infundadamente a un tercero;** Este criterio no será tenido en cuenta como factor agravante, de tal suerte que en desarrollo del ejercicio de defensa, la disciplinada no ha excusado de manera infundada la responsabilidad en otros servidores o particulares que desempeñen funciones públicas; los argumentos que sobre este particular se presentaron aluden al ejercicio propio de las responsabilidades que estuvieron a cargo de la estructuración del proceso de las adiciones al contrato de concesión.
- d) **La confesión de la falta antes de la formulación de cargos;** Esta circunstancia no se dio y por tanto no será tomada en cuenta como atenuante de la sanción.
- e) **Haber procurado, por iniciativa propia, resarcir el daño o compensar el perjuicio causado;** Esta circunstancia tampoco se dio y por tanto no será tomada en cuenta como atenuante de la sanción.
- f) **Haber devuelto, restituido o reparado, según el caso, el bien afectado con la conducta constitutiva de la falta, siempre que la devolución, restitución o reparación no se hubieren decretado en otro proceso;** Circunstancia que tampoco se acredita en la presente actuación y, por tanto, no será tomada en cuenta como atenuante de la sanción.
- g) **El grave daño social de la conducta;** Esta circunstancia será tomada como **factor agravante** de la sanción a imponer, toda vez que su actuar resulta reprochable por la sociedad, que espera que los servidores públicos actúen con apego estricto a la ley, que en su caso la desatención en el cumplimiento

²⁰² De conformidad con el certificado obrante a folio 1346 del Cuaderno principal 23
Expediente: IUS E - 2017 - 19229 / IUC D-2017-651-927370
Fallo de primera instancia sancionatorio.



de sus deberes conllevó a que se limitara la posibilidad de realizar un proceso abierto en igualdad de condiciones, afectando principios elementales en el Estado Social de Derecho en procura de la selección objetiva y la libre concurrencia en la contratación estatal, recordando que es esta una de las formas a través de las cuales se concreta la inversión de los recursos públicos para el cumplimiento de los fines del Estado, de ahí que su actuar afectó el interés general.

- h) **La afectación a derechos fundamentales;** Esta circunstancia no será tenida en cuenta como factor agravante, como quiera que, a parte de la grave afectación social, no está acreditado la afectación de manera particular de derechos fundamentales.
- i) **El conocimiento de la ilicitud;** Este criterio no será tenido en cuenta como factor agravante, teniendo en cuenta los argumentos que han sido plasmados en el análisis de culpabilidad, a partir del cual no se puede establecer que la disciplinada tuviera el conocimiento de la ilicitud de su comportamiento.
- j) **Pertenecer el servidor público al nivel directivo o ejecutivo de la entidad;** Será tenido en cuenta como un **factor agravante**, en virtud de que la disciplinada ostentaba el cargo de Gerente de Gestión Contractual, perteneciente al nivel central de la entidad, a quien se le había atribuido la función de realizar la revisión y aprobación desde el punto de vista jurídico a las adiciones al contrato de concesión, y en tal rol funcional actuó con desdén, y dio lugar a estructurar un proceso que no se acogía al mandato legal, así es que en virtud de la responsabilidad que se le había confiado se esperaba de ella que su nivel de atención y diligencia se enfocara a realizar un análisis serio y responsable.

Aunado a lo expuesto, se debe tener en consideración que ALEXANDRA LOZANO VERGARA en su condición de Gerente de Gestión Contractual 2 de la ANI incurrió do veces en la falta disciplinaria contenida en el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, conforme al cargo primero y segundo que fueron probados en esta instancia.

Ahora bien, las faltas gravísimas cometidas con culpa gravísima, se sancionan con destitución e inhabilidad general, partiendo de diez a veinte años para la inhabilidad general de conformidad con lo previsto en el artículo 46 de la Ley 734 de 2002; sin embargo y en aplicación del principio de **favorabilidad** contemplado en el artículo 8 del Código General Disciplinario, en concordancia con el numeral 2 del artículo 48 ibídem, estas mismas conductas partirán del mínimo de ocho (8) años de inhabilidad, razón por la que se tendrá en cuenta dicho rango para la imposición de la sanción, así como a los criterios de graduación señalados en el artículo 47 de la Ley 734 de 2002, que a su vez se reiteran en el artículo 50 del CGD.

En consecuencia, partiendo de 8 años de inhabilidad general y con la totalidad de los agravantes, es decir 2, en contraste con la totalidad de atenuantes, es decir 1; y de acuerdo con lo estipulado en el numeral 2 del artículo 47 de la Ley 734 de 2002, el

cual señala que *“A quien, con una o varias acciones u omisiones, infrinja varias disposiciones de la ley disciplinaria o varias veces la misma disposición”*, se incrementará la sanción en otro tanto; advirtiendo que en el presente se podría llegar a una inhabilidad general superior a los 10 años que es el límite máximo, imperativo legal que corresponde respetar en aplicación del principio de legalidad.

En consecuencia, este Despacho declarará a **ALEXADRA LOZANO VERGARA** en su condición de Gerente de Gestión Contractual 2 de la ANI como responsable disciplinariamente de las conductas objeto de los cargos primero y segundo formulados mediante auto del 29 de junio de 2021, quien se hará acreedora a la **SANCIÓN DE DESTITUCIÓN E INHABILIDAD GENERAL para ejercer la función pública en cualquier cargo durante el DIEZ (10) AÑOS,**

10.3 Para CAMILO MENDOZA ROZO

Respecto a los atenuantes y agravantes previstos en el artículo 47 de la Ley 734 de 2002 antes relacionados, este Despacho procederá a realizar el correspondiente análisis de cada uno de los criterios:

- a) **Haber sido sancionado fiscal o disciplinariamente dentro de los cinco años anteriores a la comisión de la conducta que se investiga;** Dado que el disciplinado no tiene antecedentes fiscales ni disciplinarios²⁰³, este será tenido en cuenta como un **factor atenuante**.
- b) **La diligencia y eficiencia demostrada en el desempeño del cargo o de la función;** De conformidad con el análisis de la conducta investigada conforme a los argumentos que han quedado expuestos, el grado de culpabilidad se atribuyó de manera definitiva en la modalidad de culpa gravísima, producto de la desatención elemental con la que actuó, que conllevó la afectación de los principios de moralidad y de responsabilidad que rigen la función pública; razones que permiten considerar que este criterio no es aplicable, ni puede ser tenido en cuenta como factor atenuante, al haber quedado demostrada la falta de diligencia y atención elemental que debía prestarle a este asunto.
- c) **Atribuir la responsabilidad infundadamente a un tercero;** Este criterio no será tenido en cuenta como factor agravante, de tal suerte que en desarrollo del ejercicio de defensa, el disciplinado no ha excusado de manera infundada la responsabilidad en otros servidores o particulares que desempeñen funciones públicas; los argumentos que sobre este particular se presentaron aluden al ejercicio propio de las responsabilidades que estuvieron a cargo de la estructuración del proceso de las adiciones al contrato de concesión.
- d) **La confesión de la falta antes de la formulación de cargos;** Esta circunstancia no se dio y por tanto no será tomada en cuenta como atenuante de la sanción.

²⁰³ De conformidad con el certificado obrante a folio 1344 del Cuaderno principal 23
Expediente: IUS E - 2017 - 19229 / IUC D-2017-651-927370
Fallo de primera instancia sancionatorio.

- e) **Haber procurado, por iniciativa propia, resarcir el daño o compensar el perjuicio causado;** Esta circunstancia tampoco se dio y por tanto no será tomada en cuenta como atenuante de la sanción.
- f) **Haber devuelto, restituido o reparado, según el caso, el bien afectado con la conducta constitutiva de la falta, siempre que la devolución, restitución o reparación no se hubieren decretado en otro proceso;** Circunstancia que tampoco se acredita en la presente actuación y, por tanto, no será tomada en cuenta como atenuante de la sanción.
- g) **El grave daño social de la conducta;** Esta circunstancia será tomada en cuenta como **factor agravante** de la sanción a imponer, toda vez que su actuar resulta reprochable por la sociedad, que espera que los servidores públicos actúen con apego estricto a la ley, que en su caso la desatención en el cumplimiento de sus deberes conllevó a que se limitara la posibilidad de realizar un proceso abierto en igualdad de condiciones, afectando principios elementales en el Estado Social de Derecho en procura de la selección objetiva y la libre concurrencia en la contratación estatal, recordando que es esta una de las formas a través de las cuales se concreta la inversión de los recursos públicos para el cumplimiento de los fines del Estado, de ahí que su actuar afectó el interés general.
- h) **La afectación a derechos fundamentales;** Esta circunstancia no será tomada en cuenta como factor agravante, como quiera que, a parte de la grave afectación social, no está acreditada la afectación de manera particular de derechos fundamentales.
- i) **El conocimiento de la ilicitud;** Este criterio no será tomado en cuenta como factor agravante, teniendo en cuenta los argumentos que han sido plasmados en el análisis de culpabilidad, a partir del cual no se puede establecer que el disciplinado tuviera el conocimiento de la ilicitud de su comportamiento.
- j) **Pertenecer el servidor público al nivel directivo o ejecutivo de la entidad;** Será tomado en cuenta como un **factor agravante**, en virtud de que el disciplinado ostentaba el cargo de Vicepresidente de Gestión Contractual, perteneciente al nivel central de la entidad, a quien se le había atribuido la función de dirigir y responder por las modificaciones a los contratos de concesión, y en tal rol funcional actuó con desdén, y dio lugar a estructurar un proceso que no se acogía al mandato legal, por lo que se esperaba de él mayor nivel de compromiso, atención y diligencia encaminado a soportar la viabilidad de la adición con base en un análisis serio y responsable.

Ahora bien, las faltas gravísimas cometidas con culpa gravísima, se sancionan con destitución e inhabilidad general, partiendo de diez a veinte años para la inhabilidad general de conformidad con lo previsto en el artículo 46 de la Ley 734 de 2002; sin embargo y en aplicación del principio de **favorabilidad** contemplado en el artículo 8 del Código General Disciplinario, en concordancia con el numeral 2 del artículo 48 ibídem, estas mismas conductas partirán del mínimo de ocho (8) años de inhabilidad,

razón por la que se tendrá en cuenta dicho rango para la imposición de la sanción, así como a los criterios de graduación señalados en el artículo 47 de la Ley 734 de 2002, que a su vez fueron reproducidos en el artículo 50 del CGD.

En consecuencia, partiendo de 8 años de inhabilidad general y con la totalidad de los agravantes, es decir 2, en contraste con la totalidad de atenuantes, es decir 1; este Despacho declarará a **CAMILO MENDOZA ROZO** en su condición de Vicepresidente de Gestión Contractual de la ANI como responsable disciplinariamente de la conducta objeto del cargo único formulado mediante auto del 29 de junio de 2021, quien se hará acreedor a la **SANCIÓN DE DESTITUCIÓN E INHABILIDAD GENERAL para ejercer la función pública en cualquier cargo durante el término de NUEVE (9) AÑOS.**

10.4 Para ANDRES FIGUEREDO SERPA

Respecto a los atenuantes y agravantes previstos en el artículo 47 de la Ley 734 de 2002 antes relacionados, este Despacho procederá a realizar el correspondiente análisis de cada uno de los criterios:

- a) **Haber sido sancionado fiscal o disciplinariamente dentro de los cinco años anteriores a la comisión de la conducta que se investiga;** Dado que el disciplinado no tiene antecedentes fiscales ni disciplinarios²⁰⁴, este será tenido en cuenta como un **factor atenuante.**
- b) **La diligencia y eficiencia demostrada en el desempeño del cargo o de la función;** De conformidad con el análisis de la conducta investigada conforme a los argumentos que han quedado expuestos, el grado de culpabilidad se atribuyó de manera definitiva en la modalidad de culpa gravísima, producto de la desatención elemental con la que actuó, que conllevó la afectación de los principios de moralidad y de responsabilidad que rigen la función pública; razones que permiten considerar que este criterio no es aplicable, ni puede ser tenido en cuenta como factor atenuante, al haber quedado demostrada la falta de diligencia y atención elemental que debía prestarle a este asunto.
- c) **Atribuir la responsabilidad infundadamente a un tercero;** Este criterio no será tenido en cuenta como factor agravante, de tal suerte que en desarrollo del ejercicio de defensa, el disciplinado no ha excusado de manera infundada la responsabilidad en otros servidores o particulares que desempeñen funciones públicas; los argumentos que sobre este particular se presentaron aluden al ejercicio propio de las responsabilidades que quienes estuvieron a cargo de la estructuración del proceso de las adiciones al contrato de concesión.

²⁰⁴ De conformidad con el certificado obrante a folio 1345 del Cuaderno principal 23
Expediente: IUS E - 2017 - 19229 / IUC D-2017-651-927370
Fallo de primera instancia sancionatorio.

- d) **La confesión de la falta antes de la formulación de cargos;** Esta circunstancia no se dio y por tanto no será tenida en cuenta como atenuante de la sanción.
- e) **Haber procurado, por iniciativa propia, resarcir el daño o compensar el perjuicio causado;** Esta circunstancia tampoco se dio y por tanto no será tenida en cuenta como atenuante de la sanción.
- f) **Haber devuelto, restituido o reparado, según el caso, el bien afectado con la conducta constitutiva de la falta, siempre que la devolución, restitución o reparación no se hubieren decretado en otro proceso;** Circunstancia que tampoco se acredita en la presente actuación y, por tanto, no será tenida en cuenta como atenuante de la sanción.
- g) **El grave daño social de la conducta;** Esta circunstancia será tenida como **factor agravante** de la sanción a imponer, toda vez que su actuar resulta reprochable por la sociedad, que espera que los servidores públicos actúen con apego estricto a la ley, que en su caso la desatención en el cumplimiento de sus deberes conllevó a que se limitara la posibilidad de realizar un proceso abierto en igualdad de condiciones, afectando principios elementales en el Estado Social de Derecho en procura de la selección objetiva y la libre concurrencia en la contratación estatal, recordando que es esta una de las formas a través de las cuales se concreta la inversión de los recursos públicos para el cumplimiento de los fines del Estado, de ahí que su actuar afectó el interés general.
- h) **La afectación a derechos fundamentales;** Esta circunstancia no será tenida en cuenta como factor agravante, como quiera que, a parte de la grave afectación social, no está acreditado la afectación de manera particular de derechos fundamentales.
- i) **El conocimiento de la ilicitud;** Este criterio no será tenido en cuenta como factor agravante, teniendo en cuenta los argumentos que han sido plasmados en el análisis de culpabilidad, a partir del cual no se puede establecer que el disciplinado tuviera el conocimiento de la ilicitud de su comportamiento.
- j) **Pertenecer el servidor público al nivel directivo o ejecutivo de la entidad;** Será tenido en cuenta como un **factor agravante**, en virtud de que el disciplinado ostentaba el cargo de Vicepresidente de Gestión Contractual, perteneciente al nivel central de la entidad, a quien se le había atribuido la función de dirigir y responder por las modificaciones a los contratos de concesión, y en tal rol funcional actuó con desdén, y dio lugar a estructurar un proceso que no se acogía al mandato legal, por lo que se esperaba de él mayor nivel de compromiso, atención y diligencia encaminado a soportar la viabilidad de la adición con base en un análisis serio y responsable.

Ahora bien, las faltas gravísimas cometidas con culpa gravísima, se sancionan con destitución e inhabilidad general, partiendo de diez a veinte años para la inhabilidad

general de conformidad con lo previsto en el artículo 46 de la Ley 734 de 2002; sin embargo y en aplicación del principio de **favorabilidad** contemplado en el artículo 8 del Código General Disciplinario, en concordancia con el numeral 2 del artículo 48 ibídem, estas mismas conductas partirán del mínimo de ocho (8) años de inhabilidad, razón por la que se tendrá en cuenta dicho rango para la imposición de la sanción, así como a los criterios de graduación señalados en el artículo 47 de la Ley 734 de 2002, a su vez reproducidos en el artículo 48 del CGD.

En consecuencia, partiendo de 8 años de inhabilidad general y con la totalidad de los agravantes, es decir 2, en contraste con la totalidad de atenuantes, es decir 1; este Despacho declarará a **ANDRES FIGUEREDO SERPA** en su condición de Vicepresidente de Gestión Contractual de la ANI como responsable disciplinariamente de la conducta objeto del cargo único formulado mediante auto del 29 de junio de 2021, quien se hará acreedor a la **SANCIÓN DE DESTITUCIÓN E INHABILIDAD GENERAL para ejercer la función pública en cualquier cargo durante el término de OCHO (8) AÑOS**, teniendo en altísima consideración el grave daño social de su conducta como quedó explicado en esta providencia.

10.5 Para DAVID LEONARDO MONTAÑO GARCIA

Respecto a los atenuantes y agravantes previstos en el artículo 47 de la Ley 734 de 2002, antes relacionados, este Despacho procederá a realizar el correspondiente análisis de cada uno de los criterios:

- a) **Haber sido sancionado fiscal o disciplinariamente dentro de los cinco años anteriores a la comisión de la conducta que se investiga;** Dado que el disciplinado no tiene antecedentes fiscales ni disciplinarios²⁰⁵, este será tenido en cuenta como un **factor atenuante**.
- b) **La diligencia y eficiencia demostrada en el desempeño del cargo o de la función;** De conformidad con el análisis de la conducta investigada conforme a los argumentos que han quedado expuestos, el grado de culpabilidad se **atribuyó de manera definitiva en la modalidad de culpa grave**, producto de la falta de cuidado con la que actuó, que conllevó la afectación de los principios de moralidad y de responsabilidad que rigen la función pública; razones que permiten considerar que este criterio no es aplicable, ni puede ser tenido en cuenta como factor atenuante, toda vez que si bien en su caso se reprocha en menor grado la comisión de la conducta, se le cuestiona la falta de diligencia.
- c) **Atribuir la responsabilidad infundadamente a un tercero;** Este criterio no será tenido en cuenta como factor agravante, de tal suerte que en desarrollo del ejercicio de defensa, el disciplinado no ha excusado de manera infundada la responsabilidad en otros servidores o particulares que desempeñen funciones públicas; los argumentos que sobre este particular se presentaron aluden al ejercicio propio de las responsabilidades de quienes estuvieron a

²⁰⁵ De conformidad con el certificado obrante a folio 1343 del Cuaderno principal 23
Expediente: IUS E - 2017 - 19229 / IUC D-2017-651-927370
Fallo de primera instancia sancionatorio.



cargo de la estructuración del proceso de las adiciones al contrato de concesión.

- d) **La confesión de la falta antes de la formulación de cargos;** Esta circunstancia no se dio y por tanto no será tenida en cuenta como atenuante de la sanción.
- e) **Haber procurado, por iniciativa propia, resarcir el daño o compensar el perjuicio causado;** Esta circunstancia tampoco se dio y por tanto no será tenida en cuenta como atenuante de la sanción.
- f) **Haber devuelto, restituido o reparado, según el caso, el bien afectado con la conducta constitutiva de la falta, siempre que la devolución, restitución o reparación no se hubieren decretado en otro proceso;** Circunstancia que tampoco se acredita en la presente actuación y, por tanto, no será tenida en cuenta como atenuante de la sanción.
- g) **El grave daño social de la conducta;** Esta circunstancia será tenida como **factor agravante** de la sanción a imponer, toda vez que su actuar resulta reprochable por la sociedad, que espera que los servidores públicos actúen con apego estricto a la ley, que en su caso la falta de cuidado en este asunto conllevó a que se limitara la posibilidad de realizar un proceso abierto en igualdad de condiciones, afectando principios elementales en el Estado Social de Derecho en procura de la selección objetiva y la libre concurrencia en la contratación estatal, recordando que es esta una de las formas a través de las cuales se concreta la inversión de los recursos públicos para el cumplimiento de los fines del Estado, de ahí que su actuar afectó el interés general.
- h) **La afectación a derechos fundamentales;** Esta circunstancia no será tenida en cuenta como factor agravante, como quiera que, a parte de la grave afectación social, no está acreditado la afectación de manera particular de derechos fundamentales.
- i) **El conocimiento de la ilicitud;** Este criterio no será tenido en cuenta como factor agravante, teniendo en cuenta los argumentos que han sido plasmados en el análisis de culpabilidad, a partir del cual no se puede establecer que el disciplinado hubiera actuado con el conocimiento de la ilicitud de su comportamiento.
- j) **Pertenecer el servidor público al nivel directivo o ejecutivo de la entidad;** Este criterio no será tenido en cuenta, toda vez que el disciplinado no pertenecía al nivel directivo o ejecutivo de la entidad, y dentro de las funciones atribuidas y que desplegó ha quedado demostrado que no contaba con poder de decisión, y sus funciones estaban encaminadas a proyectar documentos previa directriz de sus superiores y para ser sometidos a su posterior revisión y aval.

Aunado a lo expuesto, se debe tener en consideración que DAVID LEONARDO MONTAÑO GARCIA en su condición de Experto del área de desempeño Asesoría Legal Gestión Contractual 2, incurrió con su comportamiento dos veces en la falta disciplinaria contenida en el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002; conforme al cargo primero y segundo que fueron probados en esta instancia.

Ahora bien, dado que de conformidad con lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 43 de la Ley 734 de 2002 la realización típica de una falta objetivamente gravísima cometida con culpa grave será considerada falta grave, a las cuales conforme lo previsto en el numeral 3 del artículo 44 ibídem, les corresponde la sanción de suspensión que no será inferior a un mes ni superior a doce meses, se procede a imponer la respectiva sanción partiendo de 1 mes y teniendo en consideración la totalidad de los agravantes, es decir 1, y la totalidad de atenuantes, es decir 1; destacando además que de conformidad con el análisis de la conducta investigada conforme a los argumentos que han quedado expuestos, el grado de culpabilidad se **atribuyó de manera definitiva en la modalidad de culpa grave**, producto de la falta de cuidado con la que actuó, que conllevó la afectación de los principios de moralidad y de responsabilidad que rigen la función pública; y de acuerdo a lo estipulado en el numeral 2 del artículo 47 del CDU, el cual señala que *"A quien, con una o varias acciones u omisiones, infrinja varias disposiciones de la ley disciplinaria o varias veces la misma disposición"*, se incrementará la sanción en otro tanto, advirtiendo que se podría llegar a una suspensión superior a un año que es el límite máximo, imperativo legal que corresponde respetar en aplicación del principio de legalidad.

En consecuencia, este Despacho declarará a **DAVID LEONARDO MONTAÑO GARCIA** en su condición de Experto del área de desempeño Asesoría Legal Gestión Contractual 2 de la ANI como responsable disciplinariamente de las conductas objeto de los cargos primero y segundo formulados mediante auto del 29 de junio de 2021, quien se hará acreedor a la **SANCIÓN DE SUSPENSIÓN en el ejercicio del cargo durante el término de OCHO (8) MESES**, teniendo en altísima consideración el grave daño social de su conducta como quedó explicado en esta providencia.

Dado que el investigado laboró en la ANI en el período comprendido entre el 1 de noviembre del 2012, hasta el 26 de diciembre de 2016, en virtud de lo establecido por el inciso 2 del artículo 46 de la Ley 734 de 2002, dicha sanción será convertible en salarios de acuerdo al monto devengado para el momento de la comisión de la falta, que en el caso se desplegó en las vigencias 2013 y 2014, tomando en consideración el salario devengado en esta última vigencia, el cual de conformidad con certificación expedida por la Coordinadora del Grupo Interno de Trabajo de Talento Humano de la ANI²⁰⁶, ascendía a la suma de SIETE MILLONES SETECIENTOS SESENTA Y SEIS MIL TRESCIENTOS OCHENTA Y SEIS PESOS (\$ 7.766.386), por lo que teniendo en cuenta que la sanción es de ocho (8) meses, el disciplinado tendrá que cancelar la suma de SESENTA Y DOS MILLONES, CIENTO TREINTA Y UN MIL OCHENTA Y OCHO PESOS (\$62.131.088), valor que deberá

²⁰⁶ Cfr. Folio 223 del Cuaderno anexo 29
Expediente: IUS E - 2017 - 19229 / IUC D-2017-651-927370
Fallo de primera instancia sancionatorio.



consignar a favor de la Agencia Nacional de Infraestructura ANI en los términos señalados en el artículo 173 de la Ley 734 de 2002 y en el Decreto 2170 de 1992.

XI. NOTIFICACIONES Y RECURSOS

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 101 de la Ley 734 de 2002 esta decisión se notificará personalmente a los sujetos procesales a quienes se advertirá que contra la misma procede el recurso de apelación ante la Sala Disciplinaria Ordinaria de Juzgamiento conforme a lo señalado en el literal b) del numeral 2 del artículo 11 del Decreto 1851 de 2021, recurso que se concederá en el efecto suspensivo.

En virtud del **principio de favorabilidad**, en lo que tiene que ver con el término para interponer y sustentar el recurso de apelación en contra del fallo de primera instancia, se aplicará lo previsto en el artículo 225 G de la Ley 1952 de 2019, adicionado por el artículo 46 de la ley 2094 de 2021.

Para lo pertinente a la notificación de la presente decisión se tendrá en cuenta lo señalado en el artículo 8 de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, conforme lo establecido en el concepto C-159 del 11 de julio de 2022²⁰⁷ emitido por la Procuraduría Auxiliar para Asuntos Disciplinarios

El trámite se realizará a través de la Secretaría de esta Delegada, ubicada en la carrera 5 No. 16 – 80, piso 12, en donde permanecerá el expediente a disposición de los sujetos procesales.

En mérito de lo expuesto, La Procuradora Delegada Disciplinaria de Juzgamiento 1, en ejercicio de sus atribuciones legales y reglamentarias,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR RESPONSABLE DISCIPLINARIAMENTE a LUIS FERNANDO ANDRADE MORENO, identificado con cédula de ciudadanía No. 79.152.446, en su condición de Presidente de la ANI, para la época de los hechos, **por encontrarse PROBADO Y NO DESVIRTUADO** el primer y segundo cargo y en consecuencia **IMPONERLE SANCIÓN DISCIPLINARIA**, consistente en **DESTITUCIÓN E INHABILIDAD GENERAL** para ejercer función pública en cualquier cargo durante el término de **DIECIOCHO (18) AÑOS**, teniendo en cuenta los criterios de graduación referidos en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR RESPONSABLE DISCIPLINARIAMENTE a ALEXANDRA LOZANO VERGARA, identificada con cédula de ciudadanía No. 52.046.764, en su condición de Gerente de Proyectos Funcional Código G2, Grado 09 de la Planta del

²⁰⁷ En el concepto C-159 del 11 de julio de 2022 emitido por la Procuraduría Auxiliar para Asuntos Disciplinarios se indica que: "Entonces, si la Ley 2094/21 fue promulgada el 29 de junio de 2021m el 30 de junio de 2021, entró en vigor su artículo 1°, relativo a las funciones jurisdiccionales, en armonía con lo dispuesto en el artículo 74 *ibid.* Ello significa que como a partir de ese momento, la PGN – organismo de control independiente y autónomo de carácter administrativo – ejercer la función jurisdiccional en cumplimiento de la competencia disciplinaria, le resultan aplicables tanto el Decreto Legislativo 806 de 2020 (vigente hasta el 04/06/2022) como la Ley 2213 de 2022 (que entró a regir el 13/06/2022). Expediente: IUS E - 2017 - 19229 / IUC D-2017-651-927370 Fallo de primera instancia sancionatorio.



Despacho del Presidente, ubicado en la Vicepresidencia Jurídica, área de desempeño Asesoría Legal Gestión Contractual 2, de la ANI, para la época de los hechos, **por encontrarse PROBADO Y NO DESVIRTUADO** el primer y segundo cargo y en consecuencia **IMPONERLE SANCIÓN DISCIPLINARIA**, consistente en **DESTITUCIÓN E INHABILIDAD GENERAL** para ejercer función pública en cualquier cargo durante el término de **DIEZ (10) AÑOS**, teniendo en cuenta los criterios de graduación referidos en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: DECLARAR RESPONSABLE DISCIPLINARIAMENTE a CAMILO MENDOZA ROZO, identificado con cédula de ciudadanía No. 80.503.446, en su condición de Vicepresidente de Agencia Código E2 Grado 05 de la Vicepresidencia de Gestión Contractual de la ANI, para la época de los hechos, **por encontrarse PROBADO Y NO DESVIRTUADO** el cargo único y en consecuencia **IMPONERLE SANCIÓN DISCIPLINARIA**, consistente en **DESTITUCIÓN E INHABILIDAD GENERAL** para ejercer función pública en cualquier cargo durante el término de **NUEVE (9) AÑOS**, teniendo en cuenta los criterios de graduación referidos en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: DECLARAR RESPONSABLE DISCIPLINARIAMENTE a ANDRES FIGUEREDO SERPA, identificado con cédula de ciudadanía No. 79.683.020, en su condición de Vicepresidente de Agencia Código E2, Grado 05 de la Vicepresidencia Gestión Contractual de la ANI, para la época de los hechos, **por encontrarse PROBADO Y NO DESVIRTUADO** el cargo único y en consecuencia **IMPONERLE SANCIÓN DISCIPLINARIA**, consistente en **DESTITUCIÓN E INHABILIDAD GENERAL** para ejercer función pública en cualquier cargo durante el término de **OCHO (8) AÑOS**, teniendo en cuenta los criterios de graduación referidos en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: DECLARAR RESPONSABLE DISCIPLINARIAMENTE a DAVID LEONARDO MONTAÑO GARCIA, identificado con la C.C No. 9.533.650, en su condición de Experto Código G3, Grado 07 de la planta global, ubicado en la Vicepresidencia Jurídica de la ANI, área de desempeño Asesoría Legal Gestión Contractual 2, para la época de los hechos, **por encontrarse PROBADO Y NO DESVIRTUADO** el primer y segundo cargo y en consecuencia **IMPONERLE SANCIÓN DISCIPLINARIA**, consistente en **SUSPENSIÓN en el ejercicio del cargo durante el término de OCHO (8) MESES** teniendo en cuenta los criterios de graduación analizados; sanción que se ha de convertir en salarios que asciende a la suma de SESENTA Y DOS MILLONES, CIENTO TREINTA Y UN MIL OCHENTA Y OCHO PESOS (\$62.131.088), valor que deberá consignar a favor de la Agencia Nacional de Infraestructura ANI en los términos señalados en el artículo 173 de la Ley 734 de 2002 y en el Decreto 2170 de 1992, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

SEXTO: NOTIFICAR PERSONALMENTE la presente decisión por la Secretaría de esta Delegada a los investigados y sus defensores de conformidad con lo dispuesto en el artículo 101 de la Ley 734 de 2002 y, en los términos del artículo 8 de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, advirtiéndoles que contra la presente decisión procede el recurso de apelación ante la Sala Disciplinaria Ordinaria de Juzgamiento, según lo



previsto en el literal b) del numeral 2 del artículo 11 del Decreto 1851 de 2021, recurso que se deberá interponer y sustentar dentro del término de diez (10) días siguientes a la notificación de la presente providencia, de acuerdo a lo señalado en el acápite XI.

Las direcciones de los sujetos procesales que obran en el expediente son las siguientes:

- LUIS FERNANDO ANDRADE MORENO

luis.andrade.moreno@gmail.com

Defensor Principal

Dr. OSCAR IBÁÑEZ PARRA

oscar@ibanez.com.co; danielchacon@ibanez.com.co
info@ibanez.com.co

Defensor suplente

Dr. DANIEL CHACÓN ACUÑA

daniel.chacon@ibanez.com.co

- ALEXANDRA LOZANO VERGARA

alexandra_lozanov@gmail.com

Defensora

Dra. LISBETH STELLA IDROBO CARVAJAL

lidrobo@idroboasociados.com

- ANDRES FIGUERERO SERPA

Defensor

ASESORES JURIDICOS & CONSULTORES EMPRESARIALES S.A.S

Defensor principal

GUSTAVO QUINTERO NAVAS

Defensor suplente

ERIKA KAROLINA DAZA BUITRAGO

info@qnabogados.com

- CAMILO MENDOZA ROZO

Defensor

ASESORES JURIDICOS & CONSULTORES EMPRESARIALES S.A.S

Defensor

ASESORES JURIDICOS & CONSULTORES EMPRESARIALES S.A.S

Defensor principal

GUSTAVO QUINTERO NAVAS

Expediente: IUS E - 2017 - 19229 / IUC D-2017-651-927370
Fallo de primera instancia sancionatorio.

299



Defensor suplente
ERIKA KAROLINA DAZA BUITRAGO
info@qnabogados.com

- DAVID LEONARDO MONTAÑO GARCIA
dalemon22@hotmail.com

SEPTIMO: En firme la decisión sancionatoria, se remitirá a la División de Registro y Control y Correspondencia de este Organismo de Control los formularios para el registro de la sanción disciplinaria y se enviará copia de los fallos de primera y segunda instancia, si los hubiese, con su constancia de ejecutoria, para los fines pertinentes.

OCTAVO: REALIZAR por la Secretaría de la Delegada las comunicaciones, notificaciones, anotaciones y constancias de rigor.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

OLGA LILIANA SUAREZ COLMENARES
Procuradora Delegada Disciplinaria de Juzgamiento 1

Proyectó: AMTG
Revisó: OLSC
Aprobó: OLSC