



GRUPO ÉLITE ANTICORRUPCIÓN

Radicación:	IUS – 2017-54035 - IUCD – 2019 - 1232368
Disciplinado:	EDER PAOLO FERRACUTI, ELUBERTO MARTORELLI Y ALBERTO MARIÑO SAMPER
Cargo:	Representante Legal y Miembros Junta Directiva Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S
Entidad:	Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S
Quejoso:	De oficio
Fecha de la queja:	11-01-2019
Fecha de los hechos:	2015
Asunto:	Fallo de primera instancia

Bogotá, D. C., 13 de enero de 2021.

ACTUACIÓN PROCESAL

Por medio de auto de enero 14 de 2019 se ordenó la apertura de investigación disciplinaria “en contra del CONCESIONARIO RUTA DEL SOL SAS, en cabeza de los doctores ELUBERTO MARTORELLI; GUSTAVO RAMÍREZ; OSCAR HERNÁNDEZ; ALBERTO MARIÑO, y MIGUEL VARGAS HERNÁNDEZ en su condición de miembros de la Junta Directiva de esta persona jurídica por las posibles irregularidades en los trámites relacionados con la contratación de la sociedad Profesionales de Bolsa” (f. 54).

A través de auto visible a folio 493 se ordenó la vinculación del señor EDER PAOLO FERRACUTI quien para la época de los hechos investigados se desempeñaba como representante legal de la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S.

Con auto de noviembre 20 de 2019 se ordenó el cierre de la etapa de investigación disciplinaria (f. 672), decisión que fue notificada por estado del 29 de noviembre (f. 684) y contra la cual ninguno de los sujetos procesales presentó recurso de reposición (f. 695).

A través de auto de diciembre 16 de 2020 el Despacho profirió decisión de cargos en contra de los señores ELEUBERTO MARTORELLI, EDER PAOLO FERRACUTI y ALBERTO MARIÑO SAMPER.

Mediante auto del 19 de febrero de 2020 el Despacho negó nulidad invocada por el Dr. GUSTAVO QUINTERO NAVAS en su condición de apoderado del señor EDER PAOLO FERRACUTI.

En auto de fecha 21 de febrero de 2020, el Despacho se pronunció frente a las pruebas solicitadas en etapa de descargos.



Mediante correo electrónico de fecha 11 de marzo de 2020, el Dr. QUINTERO NAVAS obrando como apoderado de los señores ELEUBERTO MARTORELLI y EDER PAOLO FERRACUTI, presentó “RECURSO DE REPOSICIÓN PARCIAL Y EN SUBSIDIO DE APELACIÓN” en contra del auto de pruebas en descargos del 21 de febrero de 2020.

Por medio de auto de mayo 26 de 2020 el Despacho resolvió favorablemente el recurso de reposición.

Con auto de julio 8 de 2020 el Despacho aceptó el desistimiento que a través de correo electrónico del 2 de julio de 2020 presentó el Dr. URIEL ALBERTO AMAYA frente a la declaración de la señora ELISKA MARINOVICH LÓPEZ, considerando que se trataba de una prueba de parte solicitada únicamente por el Dr. URIEL ALBERTO AMAYA, sin que hubiera sido solicitada por ningún otro sujeto procesal.

Con auto de agosto 5 de 2020 se dispuso correr traslado a los sujetos procesales para alegatos de conclusión.

A través de escrito remitido vía e-mail el día 18 de agosto de 2020, el Dr. URIEL ALBERTO AMAYA OLAYA, apoderado de confianza del señor ALBERTO MARIÑO SAMPER, solicitó: *“dejar sin efecto o revocar el auto del 5 de agosto del año que curso, enviado a mi correo electrónico el 6 de agosto pasado”*.

Con auto del 20 de agosto de 2020 el Despacho negó la solicitud de revocatoria presentada por el Dr. AMAYA OLAYA.

En el término de traslado los abogados defensores presentaron los respectivos alegatos de conclusión.

Con posterioridad al vencimiento del término para presentar alegatos de conclusión, por medio de correo electrónico del primero de septiembre de 2020, el Dr. URIEL ALBERTO AMAYA OLAYA solicitó se fijara fecha y hora para recibir en versión libre a su poderdante.

El día 8 de septiembre de 2020 el señor ALBERTO MARIÑO SAMPER a través del Dr. JAIME LOMBANA VILLALBA, presentó recusación en contra del Procurador Primero Delegado para la Contratación Estatal.

El Procurador Primero Delegado para la Contratación Estatal a través de auto de septiembre 10 de 2020 no aceptó la recusación formulada por el Dr. LOMBANA VILLALBA y remitió la actuación a la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación para lo de su competencia.



La Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación por medio de auto del 18 de septiembre de 2020 rechazó la recusación presentada en contra del Procurador Primero Delegado para la Contratación Estatal.

El día 22 de octubre de 2020 el señor ALBERTO MARIÑO SAMPER en compañía de su apoderado de confianza presentó versión libre.

COMPETENCIA

El suscrito Procurador Primero Delegado para la Contratación Estatal, en condición de Coordinador del Subgrupo Disciplinario del Grupo Élite Anticorrupción, es competente para tramitar el presente proceso disciplinario hasta proferir decisión de fondo, en virtud de la Resolución 770 de 2019, por medio de la cual el señor Procurador General de la Nación designó funcionario especial para el presente radicado haciendo uso de la facultad establecida en el numeral 19 del artículo 7 del Decreto 262 de 2000.

INDIVIDUALIZACIÓN DE LOS INVESTIGADOS

EDER PAOLO FERRACUTI identificado con la cédula de extranjería No. 000390420 quien de conformidad con el certificado histórico de nombramiento de representación legal, fue nombrado como presidente y representante legal de la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., a través de acta No. 11 del 24 de septiembre de 2010, inscrita el 22 de diciembre de 2010, cargo que ostentó hasta el 15 de marzo de 2017.

ELEUBERTO MARTORELI identificado con la cédula de extranjería No. 427178 quien según el acta No. 11 de la Asamblea General de Accionistas de la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S, fue designado como miembro principal de la Junta Directiva de la Sociedad Concesionaria el día 25 de enero de 2013.

ALBERTO MARIÑO SAMPER identificado con la cédula de ciudadanía No. 19.240.702, quien de conformidad con el acta No. 04 de la Asamblea General de Accionistas de la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S, fue designado como miembro principal de la Junta Directiva de la Sociedad Concesionaria el día 17 de agosto de 2010.



CARGOS FORMULADOS A LOS INVESTIGADOS Y TIPIFICACIÓN DE LAS CONDUCTAS

En el auto de cargos de diciembre 16 de 2019, a los disciplinados le fueron formulados los siguientes cargos:

Cargo único formulado al señor EDER PAOLO FERRACUTI

“El señor EDER PAOLO FERRACUTI identificado con la cédula de extranjería No. 000390420, quien a través de acta No. 11 del 24 de septiembre de 2010, inscrita el 22 de diciembre de 2010¹, fue nombrado como presidente y representante legal de la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., presuntamente actuando en ésta última condición, suscribió el documento de fecha 27 de marzo de 2014 a través del cual comunicó a la COMPAÑÍA DE PROFESIONALES DE BOLSA S.A., que debidamente facultado para el efecto aceptaba la Oferta Mercantil de marzo 27 de 2014, cuyo objeto era la Prestación de Servicios de Asesoría Financiera y Banca de Inversión, perfeccionando de esta manera un contrato presuntamente falso en virtud del cual habría autorizado al contratista pagos por un valor neto de \$8.378.000.000² y total incluido IVA de \$9.467.270.400, realizados a partir de las facturas Nos. 55043 del 15 de diciembre de 2014, 55053 del 14 de enero de 2015, 55064 del 11 de marzo de 2015 y 55072 del 11 de mayo de 2015, con cargo a recursos públicos consignados en patrimonio autónomo constituido para la ejecución del Contrato Estatal de Concesión No. 001 de enero 14 de 2010, celebrado entre el Instituto Nacional de Concesiones (INCO) y la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., conducta con la cual habría utilizado indebidamente recursos de naturaleza pública, permitiendo su apropiación por un tercero en el valor neto previamente citado.

Tipificación de la conducta del señor EDER PAOLO FERRACUTI y deberes presuntamente infringidos

La conducta imputada al señor EDER PAOLO FERRACUTI lo fue a título de acción, en calidad de autor, en modalidad dolosa y fue tipificada en los numerales primero, cuarto y décimo del artículo 55 de la ley 734 de 2002, según el cual para los sujetos disciplinables por el régimen de los particulares es falta gravísima:

1. Realizar una conducta tipificada objetivamente en la ley como delito sancionable a título de dolo, por razón o con ocasión de las funciones.
4. Apropiarse, directa o indirectamente en provecho propio o de un tercero, de recursos públicos, o permitir que otro lo haga; o utilizarlos indebidamente.
10. Abusar de los derechos o extralimitarse en las funciones.

¹ El investigado ostentó este cargo hasta el 15 de marzo de 2017.

² Este valor se toma de las facturas 55043, 55053, 55064 y 55072, donde se encuentran discriminados valores de pago neto al contratista y valor de IVA.



El numeral primero del artículo 55 del CDU, fue complementado en el pliego de cargos con el artículo 289 de la ley 599 de 2000, que tipifica como delito la falsedad en documento privado:

“Artículo 289 ley 599 de 2000. Falsedad en documento privado. El que falsifique documento privado que pueda servir de prueba, incurrirá, si lo usa, en prisión de dieciséis (16) a ciento ocho (108) meses”.

Como deberes presuntamente infringidos fueron citados y desarrollados los numerales 1, 2 y 3 del artículo 23 de la ley 222 de 1995:

1. El deber de realizar los esfuerzos conducentes al adecuado desarrollo del objeto social.
2. El deber de velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales o estatutarias.
3. El deber de obrar de Buena Fe.

Cargo único formulado al señor ELEUBERTO MARTORELLI

“El señor ELEUBERTO MARTORELLI identificado con la cédula de extranjería No. 427178, quien el día 25 de enero de 2013 fue designado como miembro principal de la Junta Directiva de la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., presuntamente en los meses de marzo y abril del año 2015 falsificó el acta de la reunión de Junta Directiva de la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., de fecha 21 de febrero 2014, incluyendo en una primera versión presuntamente falsa por él firmada, la aprobación unánime por los miembros de la Junta Directiva de la autorización para que el representante legal de la sociedad concesionaria contratara a la firma Compañía Profesionales de Bolsa S.A., para que brindara asesoría encaminada a presentar alternativas de financiación y prestara apoyo a la Banca de inversión Corficolombiana en el cierre financiero del Proyecto Ocaña – Gamarra; e incluyendo en una segunda versión por él firmada, presuntamente de común acuerdo con el señor ALBERTO MARIÑO SAMPER también miembro principal de la Junta Directiva, la aprobación no por unanimidad sino por mayoría, de la contratación de la Compañía Profesionales de Bolsa S.A., para que brindara asesoría encaminada a presentar alternativas de financiación y prestara apoyo a la Banca de inversión Corficolombiana en el cierre financiero del Proyecto Ocaña – Gamarra”.

Tipificación de la conducta del señor ELEUBERTO MARTORELLI y deberes presuntamente infringidos

La conducta imputada al señor ELEUBERTO MARTORELLI lo fue a título de acción, en calidad de autor, en la modalidad dolosa y fue tipificada en el numeral primero del artículo 55 de la ley 734 de 2002, según el cual para los sujetos disciplinables por el régimen de los particulares es falta gravísima:

1. Realizar una conducta tipificada objetivamente en la ley como delito sancionable a título de dolo, por razón o con ocasión de las funciones.



Tipo disciplinario que fue complementado con el artículo 289 de la ley 599 de 2000, que regula el delito de falsedad en documento privado:

“Artículo 289 ley 599 de 2000. Falsedad en documento privado. El que falsifique documento privado que pueda servir de prueba, incurrirá, si lo usa, en prisión de dieciséis (16) a ciento ocho (108) meses”.

Como deberes presuntamente infringidos fueron citados y desarrollados, los numerales 1 y 2 del artículo 23 de la ley 222 de 1995:

1. El deber de velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales y estatutarias.
2. El deber de obrar de Buena Fe.

Cargo único formulado al señor ALBERTO MARIÑO SAMPER

“El señor ALBERTO MARIÑO SAMPER identificado con la cédula de ciudadanía No. 19.240.702, quien de conformidad con el acta No. 04 de la Asamblea General de Accionistas de la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S, fue designado como miembro principal de la Junta Directiva de esa sociedad el día 17 de agosto de 2010, presuntamente en los meses de marzo y abril del año 2015 se habría puesto de acuerdo con el señor ELEUBERTO MARTORELLI, también miembro principal de la Junta Directiva, para falsificar el acta de la reunión de Junta Directiva del 21 de febrero de 2014, sugiriendo una redacción según la cual la contratación de la Compañía Profesionales de Bolsa S.A., había sido una decisión de la mayoría con la cual no habrían estado de acuerdo los representantes de Episol; y llegando a un acuerdo final con el señor ELEUBERTO MARTORELLI en el sentido de incluir como tema aprobado, no por unanimidad, sino por mayoría, la contratación de la Compañía Profesionales de Bolsa S.A., para que brindara asesoría encaminada a presentar alternativas de financiación y prestara apoyo a la Banca de inversión Corficolombiana en el cierre financiero del Proyecto Ocaña – Gamarra, sentido en el cual fue firmada un acta presuntamente falsa por el señor ELEUBERTO MARTORELLI como presidente de la Junta Directiva de la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S”.

Tipificación de la conducta del señor ALBERTO MARIÑO SAMPER y deberes presuntamente infringidos

La conducta imputada al señor MARIÑO SAMPER lo fue a título de acción, en calidad de coautor, en la modalidad dolosa y fue tipificada en el numeral primero del artículo 55 de la ley 734 de 2002, según el cual para los sujetos disciplinables por el régimen de los particulares es falta gravísima:

1. Realizar una conducta tipificada objetivamente en la ley como delito sancionable a título de dolo, por razón o con ocasión de las funciones.

Tipo disciplinario que fue complementado con el artículo 289 de la ley 599 de 2000, que regula el delito de falsedad en documento privado:

“Artículo 289 ley 599 de 2000. Falsedad en documento privado. El que falsifique documento privado que pueda servir de prueba, incurrirá, si lo usa, en prisión de dieciséis (16) a ciento ocho (108) meses”.



Como deberes presuntamente infringidos fueron citados y desarrollados, los numerales 1 y 2 del artículo 23 de la ley 222 de 1995:

1. El deber de velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales y estatutarias.
2. El deber de obrar de Buena Fe.

ARGUMENTOS DE DEFENSA DE LOS SUJETOS PROCESALES

Argumentos de defensa del Dr. GUSTAVO QUINTERO NAVAS como apoderado de confianza de EDER PAOLO FERRACUTTI

En los escritos de descargos y alegatos de conclusión, el Dr. QUINTERO NAVAS presentó argumentos que pueden ser agrupados de la siguiente manera:

- Argumentos relacionados con la inexistencia de la calidad de sujeto disciplinable del señor EDER FERRACUTI, por el no ejercicio de función pública y la no administración de recursos públicos por parte de la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S.

“El cargo único contra Eder Ferracuti fue formulado en consideración a su calidad de representante legal de la sociedad concesionaria y bajo las hipótesis de haber ejercido una función pública y administrado recursos públicos.

(...)

De conformidad con lo anterior, es posible afirmar la Concesionaria y por extensión Eder Ferracuti no ejercieron ninguna función pública, teniendo en cuenta lo siguiente:

- a. Que en el Contrato de Concesión no se le confirió ninguna función pública a la Concesionaria.
- b. Que, en todo caso, la Concesionaria recibió por el contrato el encargo de realizar una obra pública, con autonomía y cierta libertad operativa frente al organismo contratante, pero ello no conlleva de suyo el ejercicio de una función pública, como erróneamente lo indica la Delegada.

Frente a la administración de recursos públicos señaló que en la Sección 3.01 del Contrato de Concesión se pactó la obligación de constituir un fideicomiso y agregó lo siguiente:

“... los recursos denominados Aportes INCO ingresaban al Patrimonio Autónomo en las Etapas Preoperativa y de Operación y Mantenimiento por causa del cumplimiento o pago de una obligación contractual del INCO para con la Concesionaria y no a título de fiducia. Entonces, como se ha explicado, el INCO no era parte en el Contrato de Fiducia, sino beneficiario de la Cuenta Aportes INCO, sujeto a las condiciones allí estipuladas.

“Ahora bien, frente a la administración de los recursos de peajes, elementos de prueba en los que el despacho soporta su teoría, se tiene que el Contrato de Concesión establece en la



Sección 13.05 literal (a):

“Además de los Aportes INCO, el INCO cede y entrega al Concesionario, durante la vigencia del Contrato, los Peajes y los derechos de recaudo de los mismos correspondientes a las Estaciones de Peaje que se detalla más adelante. Tal como se señala en el Apéndice Técnico, se harán mediciones de los Indicadores para determinar el nivel de cumplimiento del Concesionario y el valor neto de los Peajes recaudados que permanecerán en la Cuenta Aportes Concesionario. La diferencia entre dicho valor neto y el valor recaudado (sin tener en cuenta los aportes por contribución al Fondo de Seguridad Vial y la Contribución al Turismo) será trasladada a la Cuenta Aportes Inco.

(b) Las Estaciones de Peaje que se listan el cuadro siguiente, se entregarán al Concesionario para su operación en las fecha que allí se indican, fecha a partir de la cual se cederán al Concesionario los recursos del Peaje correspondiente, motivo por el cual dichos recursos ingresarán directamente a la Cuenta Aportes Concesionario y no podrá dársele una destinación diferente a los usos previstos para dicha cuenta en el Contrato de Fiducia Mercantil y en el presente Contrato”.

Bajo el anterior clausulado es claro que los peajes no eran recursos públicos, pues jamás formaron parte del patrimonio del INCO (hoy ANI), ni a las subcuentas que esta entidad tenía en el Contrato de Fiducia. Los peajes ingresaban directamente a las cuentas de la Concesionaria dentro del Contrato de Fiducia a título de “contraprestación” por las actividades desarrolladas con ocasión de la ejecución del Contrato de Concesión. Así, las sumas por concepto de peajes ingresan al patrimonio autónomo como recursos estrictamente privados, por corresponder a la remuneración de la Concesionaria.

En respaldo de la anterior conclusión cita concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, de fecha 7 de marzo de 2007, proferido bajo el Radicación No. 11001-03-06-000-2007-00005-00(1802) según el cual:

“2.2. Propiedad de los recursos comprometidos:

Cuando en los contratos de concesión, los aspectos financieros están estructurados en: (i) la obligación del concesionario de financiar la totalidad del objeto del contrato, (ii) el pago del total del valor del contrato y de todos los costos relacionados en la propuesta con el recaudo del peaje que se produzca durante la etapa de operación de la concesión, (iii) la cesión al concesionario del derecho a ese recaudo, (iv) la constitución de un fideicomiso y del consiguiente patrimonio autónomo, al que el concesionario debe aportar los recursos necesarios para la ejecución del contrato, y al cual también debe transferir los derechos patrimoniales derivados del contrato, esto es, entre otros, el derecho al recaudo del peaje, significa entonces que, en principio, el objeto de la concesión se realiza con recursos del concesionario: tanto los que aporta como los que recibe por concepto del recaudo del peaje, en virtud de la cesión de este recaudo que en el mismo contrato se le hace.

No hay, pues, recursos que provengan del presupuesto público, salvo aquellos que compensarán los déficits del contrato, en los términos pactados para mantener su equilibrio financiero, pero que también entran al patrimonio autónomo para pagar al concesionario”. (Se resalta).

Y agregó las siguientes consideraciones:

“Como se observa, el Contrato de Concesión señala que los traslados de la Cuenta Aportes INCO a la Cuenta Aportes Concesionario se dan al cumplimiento de un Hito, es decir, no se hacen a título de anticipo para cubrir gastos de la Concesionaria, sino que corresponden a la



remuneración por actividades efectivamente ejecutadas. Por ello, son pago —no anticipo- y por la tradición pierden la calidad de dineros públicos”

(...)

“Al respecto, durante el curso de la etapa probatoria, los testigos traídos al proceso sostuvieron de manera uniforme que la Concesionaria no administraba recursos públicos y que solo tenía injerencia respecto de los valores abonados a la sub-cuenta aportes Concesionario, que básicamente correspondían a los que recibía a título de contraprestación.

En efecto, quisiéramos comenzar con la declaración de GLORIA LIDA BOHÓRQUEZ, profesional experta en manejo de fiducias mercantiles, quien manifestó no haber tenido relación con los procesados, ni con la Concesionaria o Corficolombiana. Se trata entonces de una persona que, podríamos decir, tiene una condición de total neutralidad frente los investigados y los hechos que son materia del proceso. Durante su declaración, esta testigo fue enfática en cuanto a la naturaleza privada de los recursos administrados en las fiducias mercantiles, como se observa a continuación:

“Dr. Barone: Señora Gloria ¿usted le podría explicar al despacho, ¿cuál es la naturaleza de los recursos que se aportan a un contrato de fiduciario mercantil independientemente de quienes sean los aportantes a este contrato de fiduciario?

Testigo: Al respecto debo decir que las fiduciaras tienen un ente controlador que es la Superintendencia Financiera de Colombia. La Superintendencia tiene un aplicativo o un software en el cual deben radicarse los negocios fiduciarios por ellas celebrados, en ese caso el aplicativo es específico y pregunta lo siguiente: ¿El negocio administra sí o no recursos públicos? para el caso que nos ocupa y de acuerdo con los conceptos jurídicos que se han emitido en nuestra fiduciaria, los recursos deben entenderse que no son públicos o que no administra como tal, o el negocio no es público en razón a que la entidad pública que aporta directa o indirectamente recursos a ese patrimonio o a ese fideicomiso no tiene la condición de fideicomitente, entonces por tal razón se dice: el fideicomiso no tiene el carácter de público, es privado, independientemente, como vuelvo e insisto, que tenga recursos de aporte directo o indirecto de una entidad pública, entonces en ese orden de ideas, los negocios que derivan de concesiones en nuestra fiduciaria son matriculados como negocios de carácter público y derivan de un negocio privado, por ser el concesionario una entidad constituida para el propósito del desarrollo de ese proyecto y que tiene la condición también de privada, entonces se radican como privados. Hay otra pregunta que hace el aflictivo: ¿se recibe directa o indirectamente recursos? Y entonces en ese se coloca si los tiene o no los tiene, pero no significa por ello que el negocio sea de carácter público, es privado”.

Hay que anotar que el principal argumento de la Procuraduría para sostener que en este caso existió manejo de recursos públicos, está referido al hecho de que los dineros aportados al patrimonio autónomo estaban destinados a la ejecución de una obra pública y su correlativa concesión. No obstante y como es apenas obvio, la testigo aclaró que la destinación de los recursos no es lo que determina su naturaleza, veamos:

“Dr. Barone: Doctora Lida, entonces de acuerdo con lo que nos ha venido relatando hasta el momento, ¿la destinación última que vayan a tener los recursos aportados a un patrimonio autónomo es o no es determinante de la naturaleza de esos recursos?

Testigo: Yo vuelvo e insisto, lo que se determina como tal la condición del recurso es evaluado inicialmente y vuelvo e insisto, eso una vez validada y verificada la naturaleza y el origen como tal de los recursos, es allí donde se determinan si tiene o no la condición o carácter de público o privados, entonces si usted me hace la pregunta de que el contrato se esta celebrando con un privado, una persona de derecho privado y se celebra con la fiduciaria,



pues todo sigue la misma suerte y todo es de carácter privado”.

La Procuraduría también recibió la declaración del doctor SANTIAGO JARAMILLO VILLAMIZAR, abogado experto en negocios fiduciarios, quien debía declarar acerca de las conclusiones vertidas en un concepto de su autoría, que se encuentra aportado al expediente. Este testigo también sostuvo que los recursos aportados en desarrollo del Contrato de Fiducia no tenían el carácter de públicos. Previamente, en su concepto aportado al expediente manifestó lo siguiente sobre la cuenta “Aportes Concesionario” del patrimonio autónomo:

“En vista de lo anterior los recursos que ingresan a esta cuenta y subcuentas son recursos que no tienen el carácter de recursos públicos debido a que provienen de los aportes de capital de la concesionaria así como de la financiación de prestamistas, es decir no tienen origen en el patrimonio del Estado. Sobre los peajes más adelante se explica los motivos por los cuales tampoco son recursos públicos”.

Respecto de los peajes a los que se refieren el párrafo anterior, se sostiene en el concepto:

“(…) es claro que los peajes no son recursos públicos pues los mismos no entran a las arcas del INCO hoy ANI ni a las subcuentas que ésta tenía en el Contrato de Fiducia, sino directamente a las cuentas de la Concesionaria dentro del Contrato de Fiducia, como contraprestación por las actividades que desarrolla la Concesionaria, de tal manera que como se señala y desarrolla más adelante el pago del precio como contraprestación de la obra realizada por la Concesionaria hace que los recursos públicos pierdan dicha calidad al ingresar al patrimonio de la Concesionaria”.

(…)

Conforme al concepto rendido es posible sostener que la Concesionaria no manejaba recursos públicos. En primer lugar, porque los recursos de la cuenta “Aportes Concesionario” provenían directamente de la Concesionaria o se recibían a título de contraprestación. En segundo lugar, porque la Concesionaria no tenía injerencia alguna en el manejo de la cuenta “Aportes INCO”. En consecuencia, los únicos recursos que se administraban con la participación de la sociedad Concesionaria, serían todos de naturaleza privada.

Ahora bien, durante su declaración, el doctor Santiago Jaramillo reafirmó sus posición acerca de la naturaleza privada de los recursos pertenecientes al patrimonio autónomo, según se muestra a continuación:

“Dr. Barone: Ok. Muchas gracias. Doctor Santiago aclarado esos aspectos generales, quisiera preguntarle por lo siguiente: ¿que naturaleza tiene los recursos que se aportan a un contrato de fiducia mercantil?”

Testigo: Los recursos que se aportan a un contrato de fiducia mercantil son recursos privados. El negocio fiduciario tiene distintas modalidades que se podrían dividir principalmente en dos: la fiducia mercantil propiamente dicha que esta regulada en el Código de Comercio y las normas de la Superintendencia Financiera, cuya celebración da lugar a la constitución de un patrimonio autónomo y la fiducia publica que esta regulada en la ley 80 es una modalidad de negocio fiduciario que recae sobre recursos públicos, donde el constituyente es una entidad publica y que por expresa disposición legal no da lugar a la integración de un patrimonio autónomo, en el caso que nos ocupa el documento que yo tuve en frente mío para revisión, es un contrato de fiducia mercantil irrevocable (no se entienda una palabra) recursos, en donde el fideicomitente es un particular y da lugar a un patrimonio autónomo.

Dr. Barone: Muchas gracias. Doctor Santiago sí en este mismo contrato de fiducia mercantil donde se da origen a la constitución de un patrimonio autónomo, el fideicomitente fuese una



entidad de derecho publico ¿estos recursos que ingresan al patrimonio autónomo, una vez ingresados efectivamente en el patrimonio autónomo ¿son recursos públicos o son recursos privados?

Testigo: Son varias precisiones, no conviven fiducia mercantil y fiducia publica a la vez, ese engendro no existe, por lo tanto en el fideicomiso y en este fideicomiso no es que haya recursos privados y recursos públicos, lo que ocurre es que el fideicomiso que es uno solo, tiene por objeto administrar recursos, unos que aportan directamente el fideicomitente, que es el concesionario y otros que recibe el fideicomitente por el derecho que tiene a recibir unos pagos por parte de la entidad publica, por lo tanto recibidos los recursos que provienen de la entidad publica, los recibe por la transferencia de los mismos, por la tradición de los mismos y por lo tanto los recursos, son de propiedad del patrimonio autónomo y son recursos privados.

Dr. Barone: muy bien doctor Santiago ¿y si estamos frente a un contrato de fiducia publica, la entidad publica constituyente transfiere el dominio de los recursos a un patrimonio autónomo o en los contratos de fiducia publica no hay transferencia de dominio?

Testigos: en los contratos de fiducia publica, la regla general es que no hay transferencia del dominio de los recursos, hay unos casos excepcionales previstos en la ley que no es el caso que nos ocupa, es el caso de recursos por ejemplo, que se transfieren para realizar el pago del pasivo pensionale, allí hay un patrimonio autónomo o recursos que se transfieren para adelantar procesos de titularización que dan lugar a la emisión y colocación de recursos en mercado publico de valores, en esos casos si hay patrimonio autónomo pero la regla general, doctor Barone es que, no hay transferencia de la propiedad la entidad publica puede celebrar negocios fiduciarios pero no de aquellos que se denominan fiducia mercantil". (Se resalta)

Como puede observarse, el testigo fue claro y enfático en señalar que los recursos administrados en una fiducia mercantil son de carácter privado, aún si el constituyente tiene la calidad de entidad pública, en la medida que, sobre los recursos aportados opera una verdadera transferencia del dominio a favor del patrimonio autónomo. A esto habría que agregar que en el presente caso sería aún más evidente la naturaleza privada de los recursos, por cuanto el INCO no era fideicomitente en el Contrato de Fiducia, sino un simple beneficiario de la subcuenta aportes INCO.

(...)

Dr. Barone: Ok. Doctor Santiago, siguiendo con es orden de cosas, otro de los elementos que sostiene la Procuraduría en sus cargos para afirmar que los recursos son públicos, deriva del hecho de que la concesionaria no podía disponer libremente de los recursos que estaban fideicomitados en el patrimonio autónomo, ni siquiera de los recursos que formaban parte de la cuenta aportes concesionario, entonces entendiendo que ese es el origen de lo que le voy a preguntar, yo quisiera que le explicara al despacho: si el hecho de que la concesionaria no pudiese disponer libremente de los recursos aportados al patrimonio autónomo, incluido los recursos que estaban aportados a cuenta aportes concesionarios, implica que esos recursos tuviesen la naturaleza de recursos públicos.

Testigo: No, no lo considero así, en manera alguna cambia o transforma la naturaleza de los recursos, lo que ocurre es que el contrato de fiducia deviene o da lugar, de fiducia mercantil, da lugar a un patrimonio autónomo. El patrimonio autónomo genera por definición legal una separación de los bienes del patrimonio de quien los transfiere, del constituyente y aun de los beneficiarios, que tiene varias consecuencias: la principal como consecuencia de la separación patrimonial, la principal es la inembargabilidad la regla general es que los bienes que integran un patrimonio autónomo están afectos exclusivamente al cumplimiento de la finalidad del fideicomiso, y ese patrimonio autónomo solo garantiza las obligaciones que el adquiere para el desarrollo del mismo..."



(...)

En suma, el testigo sostuvo que desde cualquier óptica los recursos aportados con ocasión del desarrollo del Contrato de Fiducia son privados. La circunstancia por demás aceptada de que los recursos estaban afectos al cumplimiento de un fin de interés público y las limitaciones en materia de disposición no son argumentos de recibo para considerar que los recursos de las fiducias mercantiles pueden revestir la calidad de dineros públicos.

Con todo, aunque las declaraciones rendidas coinciden en que los recursos aportados al patrimonio autónomo revisten la condición de privados, de todas maneras valdría aclarar que la Concesionaria no tenía ninguna injerencia en el manejo de los recursos de la cuenta Aportes INCO.

(...)

Como puede notarse, la Concesionaria no tenía injerencia alguna en el manejo de la subcuenta Aportes INCO, por lo que se desvanece cualquier vestigio de duda sobre una supuesta administración de recursos públicos en el presente asunto. La totalidad de las personas llamadas a declarar en el curso del proceso coinciden de manera uniforme en que los recursos administrados en desarrollo del Contrato de Fiducia eran privados y no públicos. A esto se le suman los argumentos jurisprudenciales y doctrinales expresados al inicio de este acápite, lo que permite concluir que la postura expuesta por la Procuraduría en los cargos es tan exótica como ausente de cualquier soporte legal, contable o fáctico.

En este sentido, resultaría abiertamente equivocado que la Procuraduría persista en la tesis de la administración de recursos públicos, carente absolutamente de validez, para habilitar por esa vía la procedencia de la acción disciplinaria contra particulares. Por tanto, lo que se impone es el reconocer la improcedencia de la acción en el presente asunto y, consecuentemente, el archivo del expediente.

- Argumentos relacionados con la inexistencia de tipicidad en la conducta del señor EDER PAOLO FERRACUTI.

En el acápite del escrito de descargos denominado "INEXISTENCIA DE TIPICIDAD EN LA CONDUCTA DESPLEGADA POR EDER FERRACUTI", el abogado defensor presentó los siguientes argumentos:

"EL CONTRATO CON PROFESIONALES DE BOLSA NO ES FALSO, COMO ERRÓNEAMENTE LO CONSIDERA EL DESPACHO.

(...)

Ahora bien, el despacho considera que con la suscripción del contrato con Profesionales de Bolsa se configuró el delito de falsedad en documento privado, nada más alejado de la realidad. Por el contrario, en el peor de los escenarios estaríamos ante una posible nulidad o una inoponibilidad del contrato, que serían producto de una sanción civil.

(...)

La Delegada señala que el contrato firmado el 27 de marzo de 2014 es considerado presuntamente falso, pues su objeto y sus obligaciones no habrían sido cumplidas pero sí pagadas. La descripción hecha por el Operador Disciplinario más que un delito lo que deja entrever es una posible nulidad contractual.



(...)

Según lo expresado por la Corte, se considera que un contrato está viciado de nulidad cuando faltan los requisitos que la ley exige para su validez. Asimismo, la declaratoria de nulidad es la sanción que se impone por omitir los requisitos esenciales del artículo 1502 del Código Civil.

Entonces, si el despacho considera que el contrato firmado con Profesionales de Bolsa está viciado por no cumplir con alguno de los requisitos esenciales, debe esperar a que se decrete la nulidad de este y se imponga la respectiva sanción civil. Lo que no acepta esta defensa es, que se pretenda imputar un delito inexistente para justificar la adecuación de un tipo disciplinario.

Así las cosas, se encuentra que la falta disciplinaria endilgada en el cargo único no se ajusta a la descripción que brinda el artículo 289 de la Ley 599 de 2000. En consecuencia, este cargo no está llamado a prosperar.

EL SEÑOR FERRACUTI NO SE APROPIÓ Y MUCHO MENOS PERMITIÓ QUE UN TERCERO SE APROPIARA DE LOS RECURSOS PÚBLICOS.

Frente a la segunda falta disciplinaria formulada en el cargo único, se observa que el numeral 4 del artículo 55 de la Ley 734 de 2002 establece lo siguiente:

4. Apropiarse, directa o indirectamente, en provecho propio o de un tercero de recursos públicos, o permitir que otro lo haga; o utilizarnos indebidamente

El despacho fundamenta la falta bajo la tesis de que mi cliente permitió que subcontratistas se apropiaran de los supuestos recursos públicos que administraba la Concesionaria Ruta del Sol, dineros que presuntamente tenían destinación exclusiva para la ejecución del Contrato de Concesión. El ente de control le reprocha a mi representado haber obviado su aparente deber de diligencia al autorizar la presunta incursión de la Concesionaria en negocios que no tenía relación con el Contrato de Concesión.

(...)

Ahora bien, es preciso reiterar que el dinero proveniente de los peajes ingresaba directamente a las cuentas de la Concesionaria dentro del Contrato de Fiducia a título de “contraprestación” por las actividades desarrolladas con ocasión de la ejecución del Contrato de Concesión. Así, las sumas por concepto de peajes ingresan al patrimonio autónomo como recursos estrictamente privados, por corresponder a la remuneración de la Concesionaria.

Por consiguiente, el análisis realizado por el despacho no fue el correcto para ajustar la conducta de mi representado al tipo disciplinario imputado en el pliego de cargos. El numeral 4 del artículo 55 de la Ley 734 es claro al establecer que se requiere una apropiación de RECURSOS PÚBLICOS para que el reproche disciplinario pueda prosperar.

Sin embargo, y como se ha explicado en líneas anteriores, no existió administración de recursos públicos por parte de la Concesionaria, lo que de por sí da pie a aseverar que mi cliente no cometió la falta que se le pretende endilgar. Por ende, estamos ante un error de atribución que genera atipicidad, puesto que a mi cliente se le está reprochando una conducta que no tenía la posibilidad de realizar. Esta situación le exoneraría de la responsabilidad disciplinaria prevista en el numeral 4 del art. 55 del CDU.



LA PROCURADURÍA NO TIENE LA COMPETENCIA PARA DIRIMIR CONFLICTOS ENTRE LOS SOCIOS Y EL REPRESENTANTE LEGAL DE LA CONCESIONARIA RUTA DEL SOL

Frente a la tercera falta disciplinaria endilgada en el cargo único, se tiene que el numeral 10 del artículo 55 de la Ley 734 de 2002 establece lo siguiente: “Abusar de los derechos o extralimitarse en las funciones.”

Al respecto, la Procuraduría señala que mi cliente supuestamente se extralimitó en el ejercicio de sus funciones, al presuntamente haber firmado el contrato con Profesionales de Bolsa cuando este excedía el límite estatutario de contratación del representante legal sin la autorización de la Junta Directiva de la Sociedad Concesionaria.

Para comenzar a desvirtuar lo expresado por el despacho, es preciso señalar lo que la Corte Suprema de Justicia ha indicado frente a las extralimitaciones de los representantes legales de las sociedades:

“Los actos de los representantes que sobrepasen los límites de sus facultades son sancionados por el derecho, mediante la figura de la inoponibilidad del negocio con respecto al representado”

Lo que el Alto Tribunal señala es, que el contrato que el representante legal celebró no produce efecto alguno frente a la persona jurídica que representa. Por lo tanto, él es quien asume todas las consecuencias del negocio con su propio patrimonio y no con el patrimonio social.

Además, el contrato celebrado sería inoponible para la sociedad, lo que supone que tal acuerdo jamás produjo efectos para ella. Por ende, se podría inferir que fue celebrado entre el representante legal, en representación propia, y la otra parte del contrato. Debe decirse que, la inoponibilidad está consagrada en el artículo 901 del Código de Comercio y ha sido considerada como una sanción dirigida a salvaguardar a los terceros frente a actos o negocios jurídicos que no cumplen con los requisitos de publicidad exigidos por el ordenamiento jurídico.

Todo lo anterior se da en el ámbito del derecho civil, y es esa jurisdicción la que debe imponer las sanciones a que dé lugar. Lo que no puede ser aceptado por esta defensa es, que la Procuraduría se atribuya la competencia de regular la relación de privados que existió en la Concesionaria Ruta del Sol, generando hipótesis sobre manejo de recursos públicos y ejercicio de función pública que no existieron, pero, sobre todo, creando un peligroso precedente para los particulares que contratan con el estado.

Así las cosas, se encuentra que las tres faltas disciplinarias endilgadas en el cargo único tienen un error en la adecuación típica, toda vez que la conducta de mi representado no se ajusta a la descripción que brinda la norma. En consecuencia, este cargo no está llamado a prosperar”.

- Argumentos según los cuales la Procuraduría Delegada no cuenta con la competencia para determinar la legalidad del acta 50.

“La procuraduría le reprocha en el cargo único el haber vulnerado el numeral 1 del artículo 55 de la Ley 734 de 2002. A continuación, se abordará la falta y se demostrará que hay un error en la adecuación típica hecha por el operador disciplinario.



El numeral 1 del artículo 55 de la Ley 734 de 2002 establece lo siguiente: “Realizar una conducta tipificada objetivamente en la ley como delito sancionable a título de dolo, por razón o con ocasión de las funciones.”

La conducta tipificada en el Código Penal para el cargo único es la falsedad en documento privado, consagrada en el artículo 289 de la Ley 599 de 2000, por supuestamente haber suscrito el documento de fecha 27 de marzo 2014 con el que se perfeccionaba un contrato.

El artículo 289 de la Ley 599 de 2000 consagra que: “El que falsifique documento privado que pueda servir de prueba, incurrirá, si lo usa, en prisión de dieciséis (16) a ciento ocho (108) meses.”

(...)

Ahora bien, el despacho considera que con la modificación del Acta 50 se configuró el delito de falsedad en documento privado, porque ese documento sirvió “de prueba de un presunto costo asociado a la ejecución del contrato estatal de concesión No. 001 de 2010.”

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 191 del Código de Comercio, los socios ausentes podrán impugnar las decisiones de la junta directiva cuando no se ajusten a las prescripciones legales o a los estatutos. La impugnación solo podrá ser intentada dentro de los dos meses siguientes a la fecha de la reunión en la cual sean adoptadas las decisiones.

(...)

Ahora bien, el artículo 20 del Código General del Proceso, prevé que los jueces civiles del circuito conocen en primera instancia de los siguientes asuntos: “(...) 8. De la impugnación de actos de asamblea, junta directiva, junta de socios o de cualquier otro órgano directivo de personas jurídicas sometidas al derecho privado, sin perjuicio de la competencia atribuida a las autoridades administrativas en ejercicio de funciones jurisdiccionales”.

Congruente con lo anterior, el artículo 24 del mismo Código, dispone que las autoridades administrativas a que se refiere este artículo ejercerán funciones jurisdiccionales conforme a las siguientes reglas: “5. La Superintendencia de Sociedades tendrá facultades jurisdiccionales en materia societaria, referidas a: (...) c) La impugnación de actos de asambleas, juntas directivas, juntas de socios o de cualquier otro órgano directivo de personas sometidas a su supervisión”.

En asuntos societarios la competencia es evidente. Los órganos encargados de resolver las controversias surgidas de las actas de juntas directivas son la Superintendencia de Sociedades y los jueces civiles, del circuito. Por lo tanto, no es de recibo para esta defensa que la Procuraduría emita un juicio de valor sobre un acta que no ha sido demandada ante la jurisdicción competente, y sobre la que no existe una decisión en firme por parte de las citadas autoridades.

Así las cosas, se encuentra que la falta disciplinaria endilgada en el cargo único tiene un error en la adecuación típica, toda vez que la conducta de mi representado no se ajusta a la descripción que brinda la norma. En consecuencia, este cargo no está llamado a prosperar.



- Argumentos relacionados con la imputación subjetiva

“... el Despacho no examinó si mi cliente tuvo conocimiento de los elementos estructurales del tipo disciplinario. En todo caso, debe tenerse en cuenta que mi representado es extranjero que ejercía en un cargo privado y, por ello, no entendía estar sometido al régimen disciplinario”.

“... el despacho no analizó si mi cliente conocía los tipos disciplinarios que se le endilgan. Ahora, es preciso reiterar que mi cliente, además de ser extranjero, es un particular que no es sujeto disciplinable, por lo que no tiene por qué conocer la Ley 734 de 2002.

“Dicho lo anterior, y teniendo en cuenta lo expuesto por el operador disciplinario en el acápite de culpabilidad, no quedó demostrado que mi representado haya actuado con dolo frente a los reproches disciplinarios hechos por la Procuraduría General de la Nación.

- Argumentos en torno a la ausencia de ilicitud sustancial en las actuaciones del señor EDER PAOLO FERRACUTTI

“La Procuraduría indica en el pliego de cargos lo siguiente:

“Y porque en esta etapa procesal se aprecia, que la conducta materia del cargo único formulado al señor EDER PAOLO FERRACUTTI, pudo haber afectado el principio de moralidad administrativa al haber actuado presuntamente en contravía de la veracidad, rectitud y probidad que deben observar los particulares que intervienen en la celebración o ejecución de contratos estatales y que con ocasión de estos asumen el ejercicio de funciones públicas y la administración de recursos de ésta misma naturaleza, defraudando la transparencia que debe caracterizar la gestión de los intereses y recursos públicos”.

Habida cuenta de lo anterior, ciñéndose a las normas aplicables a la actuación administrativa de la referencia, no era dable para el despacho proferir pliego de cargos con base en suposiciones, figuraciones o imaginaciones sobre la ilicitud sustancial. Si lo que la Procuraduría General de la Nación busca con este proceso es que no haya impunidad en el caso Odebrecht, se le recuerda que actualmente existen múltiples investigaciones de las autoridades competentes que seguramente llegarán a buen puerto.

Lo que no es aceptable para esta defensa es que el operador disciplinario acuda a teorías exóticas sobre manejo de recursos públicos y ejercicio de la función pública, en contravía del ordenamiento jurídico y lo probado en el proceso, para derivar en particulares una improcedente responsabilidad disciplinaria. Es preciso señalar que el Ministerio Público es la entidad encargada de investigar a los servidores públicos en el ejercicio de sus funciones. La aplicación del régimen disciplinario a los particulares es de carácter excepcional, por lo que mal haría la Procuraduría en ampliar el contenido y alcance de las causales que la habilitan, para convertir en sujeto disciplinable a cualquier particular que tenga una relación con la Administración Pública”.

Argumentos de defensa del Dr. GUSTAVO QUINTERO NAVAS como apoderado de confianza del señor ELEUBERTO ANTONIO MARTORELLI

En los escritos de descargos y alegatos de conclusión, el Dr. QUINTERO NAVAS presentó argumentos que se pueden agrupar de la siguiente manera:



- Argumentos sobre la inexistencia de la calidad de sujeto disciplinable por el no ejercicio de función pública y la no administración de recursos públicos por parte de la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S.

En relación con el no ejercicio de función pública el apoderado sostuvo:

“De conformidad con lo anterior, es posible afirmar la Concesionaria y por extensión Eleuberto Martorelli no ejercieron ninguna función pública, teniendo en cuenta lo siguiente:

a. Que en el Contrato de Concesión no se le confirió ninguna función pública a la Concesionaria.

b. Que, en todo caso, la Concesionaria recibió por el contrato el encargo de realizar una obra pública, con autonomía y cierta libertad operativa frente al organismo contratante, pero ello no conlleva de suyo el ejercicio de una función pública, como erróneamente lo indica la Delegada.

Frente a la inexistencia de administración de recursos públicos el apoderado defensor señaló que en la Sección 3.01 del Contrato de Concesión se pactó la obligación de constituir un fideicomiso y agregó lo siguiente:

“Así, la administración de los recursos asignados a la obra se realiza en forma separada, tanto jurídica como contablemente, a través de un vehículo fiduciario compuesto de cuentas y subcuentas, como más adelante se explicará”.

(...)

“De esta manera los recursos denominados Aportes INCO ingresaban al Patrimonio Autónomo en las Etapas Preoperativa y de Operación y Mantenimiento por causa del cumplimiento o pago de una obligación contractual del INCO para con la Concesionaria y no a título de fiducia. Entonces, como se ha explicado, el INCO no era parte en el Contrato de Fiducia, sino beneficiario de la Cuenta Aportes INCO, sujeto a las condiciones allí estipuladas.

“Ahora bien, frente a la administración de los recursos de peajes, elementos de prueba en los que el despacho soporta su teoría, se tiene que el Contrato de Concesión establece en la Sección 13.05 literal (a):

“Además de los Aportes INCO, el INCO cede y entrega al Concesionario, durante la vigencia del Contrato, los Peajes y los derechos de recaudo de los mismos correspondientes a las Estaciones de Peaje que se detalla más adelante. Tal como se señala en el Apéndice Técnico, se harán mediciones de los Indicadores para determinar el nivel de cumplimiento del Concesionario y el valor neto de los Peajes recaudados que permanecerán en la Cuenta Aportes Concesionario. La diferencia entre dicho valor neto y el valor recaudado (sin tener en cuenta los aportes por contribución al Fondo de Seguridad Vial y la Contribución al Turismo) será trasladada a la Cuenta Aportes Inco.

(b) Las Estaciones de Peaje que se listan el cuadro siguiente, se entregarán al Concesionario para su operación en las fecha que allí se indican, fecha a partir de la cual se cederán al Concesionario los recursos del Peaje correspondiente, motivo por el cual dichos recursos ingresarán directamente a la Cuenta Aportes Concesionario y no podrá dársele una destinación diferente a los usos previstos para dicha cuenta en el Contrato de Fiducia Mercantil y en el presente Contrato”.



Bajo el anterior clausulado es claro que los peajes no eran recursos públicos, pues jamás formaron parte del patrimonio del INCO (hoy ANI), ni a las subcuentas que esta entidad tenía en el Contrato de Fiducia. Los peajes ingresaban directamente a las cuentas de la Concesionaria dentro del Contrato de Fiducia a título de “contraprestación” por las actividades desarrolladas con ocasión de la ejecución del Contrato de Concesión. Así, las sumas por concepto de peajes ingresan al patrimonio autónomo como recursos estrictamente privados, por corresponder a la remuneración de la Concesionaria.

En respaldo de la anterior conclusión el Dr. QUINTERO NAVAS citó concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, de fecha 7 de marzo de 2007, proferido bajo el Radicación No. 11001-03-06-000-2007-00005-00(1802) según el cual:

“2.2. Propiedad de los recursos comprometidos:

Cuando en los contratos de concesión, los aspectos financieros están estructurados en: (i) la obligación del concesionario de financiar la totalidad del objeto del contrato, (ii) el pago del total del valor del contrato y de todos los costos relacionados en la propuesta con el recaudo del peaje que se produzca durante la etapa de operación de la concesión, (iii) la cesión al concesionario del derecho a ese recaudo, (iv) la constitución de un fideicomiso y del consiguiente patrimonio autónomo, al que el concesionario debe aportar los recursos necesarios para la ejecución del contrato, y al cual también debe transferir los derechos patrimoniales derivados del contrato, esto es, entre otros, el derecho al recaudo del peaje, significa entonces que, en principio, el objeto de la concesión se realiza con recursos del concesionario: tanto los que aporta como los que recibe por concepto del recaudo del peaje, en virtud de la cesión de este recaudo que en el mismo contrato se le hace.

No hay, pues, recursos que provengan del presupuesto público, salvo aquellos que compensarán los déficits del contrato, en los términos pactados para mantener su equilibrio financiero, pero que también entran al patrimonio autónomo para pagar al concesionario”.

Y agregó las siguientes consideraciones:

“Como se observa, el Contrato de Concesión señala que los traslados de la Cuenta Aportes INCO a la Cuenta Aportes Concesionario se dan al cumplimiento de un Hito, es decir, no se hacen a título de anticipo para cubrir gastos de la Concesionaria, sino que corresponden a la remuneración por actividades efectivamente ejecutadas. Por ello, son pago —no anticipo- y por la tradición pierden la calidad de dineros públicos.

(...)

Entonces, quien retuvo la facultad de impartir instrucciones de disposición a la Fiduciaria sobre los recursos públicos fue el INCO, a manera de una limitación al derecho de dominio o garantía para asegurar el cumplimiento de la finalidad del patrimonio autónomo. Esa entidad era la única que podía decidir sobre los recursos y su liberación a favor de la Concesionaria se hacía a título de pago, bajo los términos del Contrato de Concesión, por el cumplimiento de los Hitos convenidos.

De acuerdo con todo lo expuesto, no es cierto que Concesionaria hubiere manejado administró recursos públicos por causa del Contrato de Concesión. Lo anterior implica que ELEUBERTO MARTORBLLI no puede ser considerado como sujeto disciplinable en los términos del artículo 53 del CDU”

“Al respecto, durante el curso de la etapa probatoria, los testigos traídos al proceso



sostuvieron de manera uniforme que la Concesionaria no administraba recursos públicos y que solo tenía injerencia respecto de los valores abonados a la sub-cuenta aportes Concesionario, que básicamente correspondían a los que recibía a título de contraprestación.

En efecto, quisiéramos comenzar con la declaración de GLORIA LIDA BOHÓRQUEZ, profesional experta en manejo de fiducias mercantiles, quien manifestó no haber tenido relación con los procesados, ni con la Concesionaria o Corficolombiana. Se trata entonces de una persona que, podríamos decir, tiene una condición de total neutralidad frente los investigados y los hechos que son materia del proceso. Durante su declaración, esta testigo fue enfática en cuanto a la naturaleza privada de los recursos administrados en las fiducias mercantiles, como se observa a continuación:

“Dr. Barone: Señora Gloria ¿usted le podría explicar al despacho, ¿cuál es la naturaleza de los recursos que se aportan a un contrato de fiduciario mercantil independientemente de quienes sean los aportantes a este contrato de fiduciario?

Testigo: Al respecto debo decir que las fiduciarias tienen un ente controlador que es la Superintendencia Financiera de Colombia. La Superintendencia tiene un aplicativo o un software en el cual deben radicarse los negocios fiduciarios por ellas celebrados, en ese caso el aplicativo es específico y pregunta lo siguiente: ¿El negocio administra sí o no recursos públicos? para el caso que nos ocupa y de acuerdo con los conceptos jurídicos que se han emitido en nuestra fiduciaria, los recursos deben entenderse que no son públicos o que no administra como tal, o el negocio no es público en razón a que la entidad pública que aporta directa o indirectamente recursos a ese patrimonio o a ese fideicomiso no tiene la condición de fideicomitente, entonces por tal razón se dice: el fideicomiso no tiene el carácter de público, es privado, independientemente, como vuelvo e insisto, que tenga recursos de aporte directo o indirecto de una entidad público, entonces en ese orden de ideas, los negocios que derivan de concesiones en nuestra fiduciaria son matriculados como negocios de carácter público y derivan de un negocio privado, por ser el concesionario una entidad constituida para el propósito del desarrollo de ese proyecto y que tiene la condición también de privada, entonces se radican como privados. Hay otra pregunta que hace el aflictivo: ¿se recibe directa o indirectamente recursos? Y entonces en ese se coloca si los tiene o no los tiene, pero no significa por ello que el negocio sea de carácter público, es privado”. (Se resalta).

Hay que anotar que el principal argumento de la Procuraduría para sostener que en este caso existió manejo de recursos públicos, está referido al hecho de que los dineros aportados al patrimonio autónomo estaban destinados a la ejecución de una obra pública y su correlativa concesión. No obstante y como es apenas obvio, la testigo aclaró que la destinación de los recursos no es lo que determina su naturaleza, veamos:

“Dr. Barone: Doctora Lida, entonces de acuerdo con lo que nos ha venido relatando hasta el momento, ¿la destinación última que vayan a tener los recursos aportados a un patrimonio autónomo es o no es determinante de la naturaleza de esos recursos?

Testigo: Yo vuelvo e insisto, lo que se determina como tal la condición del recurso es evaluado inicialmente y vuelvo e insisto, eso una vez validada y verificada la naturaleza y el origen como tal de los recursos, es allí donde se determinan si tiene o no la condición o carácter de público o privados, entonces si usted me hace la pregunta de que el contrato se esta celebrando con un privado, una persona de derecho privado y se celebra con la fiduciaria, pues todo sigue la misma suerte y todo es de carácter privado”.

La Procuraduría también recibió la declaración del doctor SANTIAGO JARAMILLO VILLAMIZAR, abogado experto en negocios fiduciarios, quien debía declarar acerca de las conclusiones vertidas en un concepto de su autoría, que se encuentra aportado al expediente. Este testigo también sostuvo que los recursos aportados en desarrollo del Contrato de Fiducia



no tenían el carácter de públicos. Previamente, en su concepto aportado al expediente manifestó lo siguiente sobre la cuenta “Aportes Concesionario” del patrimonio autónomo:

“En vista de lo anterior los recursos que ingresan a esta cuenta y subcuentas son recursos que no tienen el carácter de recursos públicos debido a que provienen de los aportes de capital de la concesionaria así como de la financiación de prestamistas, es decir no tienen origen en el patrimonio del Estado. Sobre los peajes más adelante se explica los motivos por los cuales tampoco son recursos públicos”.

Respecto de los peajes a los que se refieren el párrafo anterior, se sostiene en el concepto:

“(…) es claro que los peajes no son recursos públicos pues los mismos no entran a las arcas del INCO hoy ANI ni a las subcuentas que ésta tenía en el Contrato de Fiducia, sino directamente a las cuentas de la Concesionaria dentro del Contrato de Fiducia, como contraprestación por las actividades que desarrolla la Concesionaria, de tal manera que como se señala y desarrolla más adelante el pago del precio como contraprestación de la obra realizada por la Concesionaria hace que los recursos públicos pierdan dicha calidad al ingresar al patrimonio de la Concesionaria”.

(…)

Conforme al concepto rendido es posible sostener que la Concesionaria no manejaba recursos públicos. En primer lugar, porque los recursos de la cuenta “Aportes Concesionario” provenían directamente de la Concesionaria o se recibían a título de contraprestación. En segundo lugar, porque la Concesionaria no tenía injerencia alguna en el manejo de la cuenta “Aportes INCO”. En consecuencia, los únicos recursos que se administraban con la participación de la sociedad Concesionaria, serían todos de naturaleza privada.

Ahora bien, durante su declaración, el doctor Santiago Jaramillo reafirmó sus posición acerca de la naturaleza privada de los recursos pertenecientes al patrimonio autónomo, según se muestra a continuación:

“Dr. Barone: Ok. Muchas gracias. Doctor Santiago aclarado esos aspectos generales, quisiera preguntarle por lo siguiente: ¿que naturaleza tiene los recursos que se aportan a un contrato de fiducia mercantil?”

Testigo: Los recursos que se aportan a un contrato de fiducia mercantil son recursos privados. El negocio fiduciario tiene distintas modalidades que se podrían dividir principalmente en dos: la fiducia mercantil propiamente dicha que esta regulada en el Código de Comercio y las normas de la Superintendencia Financiera, cuya celebración da lugar a la constitución de un patrimonio autónomo y la fiducia publica que esta regulada en la ley 80 es una modalidad de negocio fiduciario que recae sobre recursos públicos, donde el constituyente es una entidad publica y que por expresa disposición legal no da lugar a la integración de un patrimonio autónomo, en el caso que nos ocupa el documento que yo tuve en frente mío para revisión, es un contrato de fiducia mercantil irrevocable (no se entienda una palabra) recursos, en donde el fideicomitente es un particular y da lugar a un patrimonio autónomo.

Dr. Barone: Muchas gracias. Doctor Santiago sí en este mismo contrato de fiducia mercantil donde se da origen a la constitución de un patrimonio autónomo, el fideicomitente fuese una entidad de derecho publico ¿estos recursos que ingresan al patrimonio autónomo, una vez ingresados efectivamente en el patrimonio autónomo ¿son recursos públicos o son recursos privados?

Testigo: Son varias precisiones, no conviven fiducia mercantil y fiducia publica a la vez, ese engendro no existe, por lo tanto en el fideicomiso y en este fideicomiso no es que haya



recursos privados y recursos públicos, lo que ocurre es que el fideicomiso que es uno solo, tiene por objeto administrar recursos, unos que aportan directamente el fideicomitente, que es el concesionario y otros que recibe el fideicomitente por el derecho que tiene a recibir unos pagos por parte de la entidad pública, por lo tanto recibidos los recursos que provienen de la entidad pública, los recibe por la transferencia de los mismos, por la tradición de los mismos y por lo tanto los recursos, son de propiedad del patrimonio autónomo y son recursos privados.

Dr. Barone: muy bien doctor Santiago ¿y si estamos frente a un contrato de fiducia pública, la entidad pública constituyente transfiere el dominio de los recursos a un patrimonio autónomo o en los contratos de fiducia pública no hay transferencia de dominio?

Testigos: en los contratos de fiducia pública, la regla general es que no hay transferencia del dominio de los recursos, hay unos casos excepcionales previstos en la ley que no es el caso que nos ocupa, es el caso de recursos por ejemplo, que se transfieren para realizar el pago del pasivo pensional, allí hay un patrimonio autónomo o recursos que se transfieren para adelantar procesos de titularización que dan lugar a la emisión y colocación de recursos en mercado público de valores, en esos casos si hay patrimonio autónomo pero la regla general, doctor Barone es que, no hay transferencia de la propiedad la entidad pública puede celebrar negocios fiduciarios pero no de aquellos que se denominan fiducia mercantil". (Se resalta)

Como puede observarse, el testigo fue claro y enfático en señalar que los recursos administrados en una fiducia mercantil son de carácter privado, aún si el constituyente tiene la calidad de entidad pública, en la medida que, sobre los recursos aportados opera una verdadera transferencia del dominio a favor del patrimonio autónomo. A esto habría que agregar que en el presente caso sería aún más evidente la naturaleza privada de los recursos, por cuanto el INCO no era fideicomitente en el Contrato de Fiducia, sino un simple beneficiario de la subcuenta aportes INCO.

(...)

Dr. Barone: Ok. Doctor Santiago, siguiendo con es orden de cosas, otro de los elementos que sostiene la Procuraduría en sus cargos para afirmar que los recursos son públicos, deriva del hecho de que la concesionaria no podía disponer libremente de los recursos que estaban fideicomitados en el patrimonio autónomo, ni siquiera de los recursos que formaban parte de la cuenta aportes concesionario, entonces entendiendo que ese es el origen de lo que le voy a preguntar, yo quisiera que le explicara al despacho: si el hecho de que la concesionaria no pudiese disponer libremente de los recursos aportados al patrimonio autónomo, incluido los recursos que estaban aportados a cuenta aportes concesionarios, implica que esos recursos tuviesen la naturaleza de recursos públicos.

Testigo: No, no lo considero así, en manera alguna cambia o transforma la naturaleza de los recursos, lo que ocurre es que el contrato de fiducia deviene o da lugar, de fiducia mercantil, da lugar a un patrimonio autónomo. El patrimonio autónomo genera por definición legal una separación de los bienes del patrimonio de quien los transfiere, del constituyente y aun de los beneficiarios, que tiene varias consecuencias: la principal como consecuencia de la separación patrimonial, la principal es la inembargabilidad la regla general es que los bienes que integran un patrimonio autónomo están afectos exclusivamente al cumplimiento de la finalidad del fideicomiso, y ese patrimonio autónomo solo garantiza las obligaciones que el adquiere para el desarrollo del mismo..."

(...)

En suma, el testigo sostuvo que desde cualquier óptica los recursos aportados con ocasión del desarrollo del Contrato de Fiducia son privados. La circunstancia por demás aceptada de que los recursos estaban afectos al cumplimiento de un fin de interés público y las limitaciones



en materia de disposición no son argumentos de recibo para considerar que los recursos de las fiducias mercantiles pueden revestir la calidad de dineros públicos.

Con todo, aunque las declaraciones rendidas coinciden en que los recursos aportados al patrimonio autónomo revisten la condición de privados, de todas maneras valdría aclarar que la Concesionaria no tenía ninguna injerencia en el manejo de los recursos de la cuenta Aportes INCO.

(...)

Como puede notarse, la Concesionaria no tenía injerencia alguna en el manejo de la subcuenta Aportes INCO, por lo que se desvanece cualquier vestigio de duda sobre una supuesta administración de recursos públicos en el presente asunto. La totalidad de las personas llamadas a declarar en el curso del proceso coinciden de manera uniforme en que los recursos administrados en desarrollo del Contrato de Fiducia eran privados y no públicos. A esto se le suman los argumentos jurisprudenciales y doctrinales expresados al inicio de este acápite, lo que permite concluir que la postura expuesta por la Procuraduría en los cargos es tan exótica como ausente de cualquier soporte legal, contable o fáctico.

En este sentido, resultaría abiertamente equivocado que la Procuraduría persista en la tesis de la administración de recursos públicos, carente absolutamente de validez, para habilitar por esa vía la procedencia de la acción disciplinaria contra particulares. Por tanto, lo que se impone es el reconocer la improcedencia de la acción en el presente asunto y, consecuentemente, el archivo del expediente.

- Argumentos según los cuales la Procuraduría Delegada no cuenta con la competencia para determinar la legalidad del acta 50.

“La procuraduría le reprocha en el cargo único el haber vulnerado el numeral 1 del artículo 55 de la Ley 734 de 2002. A continuación, se abordará la falta y se demostrará que hay un error en la adecuación típica hecha por el operador disciplinario.

El numeral 1 del artículo 55 de la Ley 734 de 2002 establece lo siguiente: “Realizar una conducta tipificada objetivamente en la ley como delito sancionable a título de dolo, por razón o con ocasión de las funciones.”

La conducta tipificada en el Código Penal para el cargo único es la falsedad en documento privado, consagrada en el artículo 289 de la Ley 599 de 2000, por supuestamente haber suscrito el documento de fecha 27 de marzo 2014 con el que se perfeccionaba un contrato.

El artículo 289 de la Ley 599 de 2000 consagra que: “El que falsifique documento privado que pueda servir de prueba, incurrirá, si lo usa, en prisión de dieciséis (16) a ciento ocho (108) meses.”

(...)

Ahora bien, el despacho considera que con la modificación del Acta 50 se configuró el delito de falsedad en documento privado, porque ese documento sirvió “de prueba de un presunto costo asociado a la ejecución del contrato estatal de concesión No. 001 de 2010.”

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 191 del Código de Comercio, los socios ausentes podrán impugnar las decisiones de la junta directiva cuando no se ajusten a las prescripciones legales o a los estatutos. La impugnación solo podrá ser intentada dentro de los dos meses siguientes a la fecha de la reunión en la cual sean adoptadas las decisiones.



(...)

Ahora bien, el artículo 20 del Código General del Proceso, prevé que los jueces civiles del circuito conocen en primera instancia de los siguientes asuntos: "(...) 8. De la impugnación de actos de asamblea, junta directiva, junta de socios o de cualquier otro órgano directivo de personas jurídicas sometidas al derecho privado, sin perjuicio de la competencia atribuida a las autoridades administrativas en ejercicio de funciones jurisdiccionales".

Congruente con lo anterior, el artículo 24 del mismo Código, dispone que las autoridades administrativas a que se refiere este artículo ejercerán funciones jurisdiccionales conforme a las siguientes reglas: "5. La Superintendencia de Sociedades tendrá facultades jurisdiccionales en materia societaria, referidas a: (...) c) La impugnación de actos de asambleas, juntas directivas, juntas de socios o de cualquier otro órgano directivo de personas sometidas a su supervisión".

En asuntos societarios la competencia es evidente. Los órganos encargados de resolver las controversias surgidas de las actas de juntas directivas son la Superintendencia de Sociedades y los jueces civiles, del circuito. Por lo tanto, no es de recibo para esta defensa que la Procuraduría emita un juicio de valor sobre un acta que no ha sido demandada ante la jurisdicción competente, y sobre la que no existe una decisión en firme por parte de las citadas autoridades.

Así las cosas, se encuentra que la falta disciplinaria endilgada en el cargo único tiene un error en la adecuación típica, toda vez que la conducta de mi representado no se ajusta a la descripción que brinda la norma. En consecuencia, este cargo no está llamado a prosperar.

- Argumentos relacionados con la imputación subjetiva.

"... el despacho no hizo un análisis de si mi cliente tuvo conocimiento de los elementos estructurales del tipo disciplinario. En todo caso, debe tenerse en cuenta que mi representado es extranjero y no conocía la ley disciplinaria...". Agrega "debe tenerse en cuenta que mi representado es extranjero que ejercía un cargo privado y, por ello no entendía estar sometido al régimen disciplinario"

"... el despacho no analiza si mi cliente conocía los tipos disciplinarios que se le endilgan. Ahora, es preciso reiterar que mi cliente, además de ser extranjero, es un particular que no es sujeto disciplinable, por lo que no tiene por qué conocer la Ley 734 de 2002.

"...queda en evidencia la indiscutible necesidad de hacer un análisis profundo de la voluntad de mi cliente para cometer el supuesto ilícito disciplinario. Era indispensable que se hiciera un análisis de la voluntad del señor Martorelfi. Sin embargo, el pliego de cargos evadió hacer ese estudio y simplemente se dedicó a enumerar pruebas que no demuestran la culpabilidad de mi representado.

Dicho lo anterior, y teniendo en cuenta lo expuesto por el operador disciplinario en el acápite de culpabilidad, no quedó demostrado que mi representado haya actuado con dolo frente a los reproches disciplinarios hechos por la Procuraduría General de la Nación.



- Argumentos en torno a la ausencia de ilicitud sustancial en las actuaciones del señor Eleuberto Martorelli.

“... no era dable para el despacho proferir pliego de cargos con base en suposiciones, figuraciones o imaginaciones sobre la ilicitud sustancial. Si lo que la Procuraduría General de la Nación busca con este proceso es que no haya impunidad en el caso Odebrecht, se le recuerda que actualmente existen múltiples investigaciones de las autoridades competentes que seguramente llegaran a buen puerto.

Lo que no es aceptable para esta defensa es que el operador disciplinario acuda a teorías exóticas sobre manejo de recursos públicos y ejercicio de la función pública, en contravía del ordenamiento jurídico y lo probado en el proceso, para derivar en particulares una improcedente responsabilidad disciplinaria. Es preciso señalar que el Ministerio Público es la entidad encargada de investigar a los servidores públicos en el ejercicio de sus funciones. La aplicación del régimen disciplinario a los particulares es de carácter excepcional, por lo que mal haría la Procuraduría en ampliar el contenido y alcance de las causales que la habilitan, para convertir en sujeto disciplinable a cualquier particular que tenga una relación con la Administración Pública.

Argumentos Dr. URIEL ALBERTO AMAYA OLAYA apoderado de confianza del señor ALBERTO MARIÑO SAMPER.

En el escrito de descargos el Dr. AMAYA OLAYA presentó argumentos que pueden ser agrupados de la siguiente manera:

- Argumentos relacionados con la inexistencia de funciones públicas asociadas a la ejecución del contrato de concesión por la gestión predial a cargo del concesionario.

Manifestó el abogado defensor, que la gestión predial no es exclusiva de los contratos de concesión, pues también en los contratos de obra pública el contratista puede adelantar este tipo de gestiones y señaló que las obligaciones que en esta materia tenía la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., emergían de la Sección 7.01 del contrato de concesión y del apéndice predial social que definía la gestión predial como:

“2.1.1. Gestión Predial. Es el proceso de investigación jurídica, física y socio-económica, en el cual se identifica la relación existente entre los inmuebles requeridos para la ejecución del proyecto y sus propietarios; los resultados obtenidos se incorporan a la ficha predial, al plano de afectación predial y al avalúo comercial del bien, con los cuales se inicia el proceso de enajenación, previo el lleno de la documentación requerida **para su adquisición por parte del INCO.**

Estando contenidas las obligaciones del concesionario en los numerales 1.1 y 1.2. del Apéndice Predial Social, ninguna de las cuales en su concepto se corresponde con la definición que de función pública contiene el artículo 53 de la ley 734 de 2002 ya que no implican la expedición de actos unilaterales o el ejercicio de poderes coercitivos, además de señalar, que en el caso de la enajenación voluntaria “quien suscribe los documentos traslaticios de dominio es el propietario del predio y el INCO. A este respecto, el numeral 2.5. del Apéndice precisa que el Concesionario debe proyectar los documentos



de compraventa pertinentes para la revisión y firma por parte del INCO" (...) "Lo anterior permite demostrar que la gestión predial fue compartida entre el Concesionario y el INCO, de tal forma que el Concesionario se encargaba de todas las gestiones previas a la compra de los predios, al tiempo que el INCO era el encargado de firmar los títulos traslativos de dominio (en el caso de enajenación voluntaria) o de firmar la resolución de expropiación (en caso de fracasar la negociación voluntaria)".

Sobre este mismo tópico, en el concepto del Dr. JAIME ORLANDO SANTOFIMIO aportado por el Dr. URIAL AMAYA como anexo a su escrito de descargos se consignó lo siguiente:

"148.- Por su naturaleza, la actividad contractual si es desarrollada por un particular es básicamente de derecho privado y entraña el ejercicio de su autonomía negocial. Ahora bien, en tratándose de adquisición de predios para efectos de proyectos concesionales, se deduce de la lectura de las normas vigentes para el momento de la celebración del contrato de concesión objeto de análisis, artículo 34 de la Ley 105 de 1993, que dicha actividad se le podía asignar en el reparto de obligaciones contractuales, al concesionario, pero ello no comportaba por sí mismo el ejercicio de funciones públicas en los términos del artículo 53 de la ley 734 de 2002.

(...)

150.- Conforme a la redacción de esta cláusula contractual, son dos los requisitos que se deben verificar para efectos de determinar la naturaleza de la actividad desarrollada por el Concesionario en relación con adquisición de Predios, la primera, (i) determinar si realmente a la luz del artículo 34 de la Ley 105 de 1993, se ha producido en el Concesionario una delegación de funciones públicas administrativas, esto es, facultades de poder y decisión administrativa en relación con la adquisición de Predios; y (ii) verificar de conformidad a la distribución de obligaciones y responsabilidades establecidas en el Apéndice Predial Social del Contrato, las funciones precisas y las responsabilidades reales asumidas por el Concesionario en materia de predios.

(...)

152.- Al verificar el contenido material del Contrato de Concesión No 001 del 14 de enero de 2010, Capítulo VII, Adquisición predial y demás información suministrada para el presente concepto, se puede afirmar que no existe acto de delegación alguna al Concesionario para el ejercicio de funciones públicas en los términos exigidos en el artículo 53 de la ley 734, en lo que a la adquisición de predios respecta:

153.- Las obligaciones contractuales del concesionario se redujeron en la realidad de las cosas a meras "gestiones prediales", y apoyos para la adquisición predial, cuyo ámbito material se puede apreciar de la lectura de las Cláusulas 7.01 a 7-07 del Contrato en cuestión, pero de manera más concreta y detallada del Apéndice Predial Social del Contrato, disposiciones todas estas que no empoderaban de modo alguno al Concesionario para que adoptara decisiones, creara o modificara derechos subjetivos de manera unilateral, actuara como autoridad, en fin para que ejerciera algún tipo de poder sobre los particulares o específicamente sobre quienes tenían algún título, derecho, o posesión en relación con los predios que se debían adquirir para el desarrollo del proyecto.

(...)

155.- Ahora bien, revisado el Apéndice Social y Predial, se presenta similar situación. La gestión encomendada al Concesionario es meramente técnica y de apoyo adelantando todas las actuaciones propias para la adquisición y/o enajenación voluntaria, operando en estos casos como una típica gestión contractual a favor de terceros regulada por el Derecho Civil,



artículo 1505 y siguientes del Código Civil, en cuanto siempre la titularidad de los bienes inmuebles será del INCO. Siendo gestión a favor de terceros regulada de manera especial por las normas civiles carece de la esencia de una función pública administrativa, no significa desarrollo alguno de función pública administrativa, todo lo contrario, es una actividad propia de la gestión negocial civil, de naturaleza civil tendiente a la celebración de contratos de compraventa de predios”.

- Argumentos relacionados con la inexistencia de funciones públicas asociadas a la ejecución del contrato de concesión por la recepción de la carretera y de la infraestructura vial para su operación.

Para el apoderado “por el sólo hecho de que la CRDS haya recibido la carretera no implica que la CRDS cumpla funciones públicas. Se trata solamente de una obligación contractual que tenía el INCO para que la CRDS pudiera cumplir con las suyas: *“SECCIÓN 2.03. Principales Obligaciones del INCO durante la Fase de Preconstrucción. (a) Entregar en concesión al Concesionario el Sector, incluyendo las Estaciones de Pesaje y las Estaciones de Peaje existentes señaladas en la Sección 13.05(0), a más tardar el tercer Día Hábil siguiente a la fecha de suscripción del Acta de inicio. Esta entrega se hará en el estado en que se encuentren tales bienes. La puesta a disposición del Sector será efectuada mediante acta suscrita por el INCO, el Concesionario y el Interventor”.*

Sobre el mismo punto, en el concepto del Dr. SANTOFIMIO GAMBOA aportado como anexo del escrito de alegatos de conclusión del Dr. AMAYA OLAYA se señaló lo siguiente:

“173.- Se trata del simple cumplimiento de una obligación surgida del contrato e inevitable para el debido cumplimiento de las prestaciones pactadas. Entregar terrenos para efectos de los desarrollos propios del Contrato de Concesión no implica ningún tipo de actividad pública con prerrogativas de poder. Recordemos que el Estado y las demás entidades públicas que entregan terrenos a los concesionarios no dejan de ser titulares de estos, el concesionario lo único que realiza en relación con ellos es simplemente actividades contractuales”.

- Argumentos sobre la inexistencia de administración de recursos públicos.

El lo que a este tópico se refiere, el apoderado sostuvo que tanto los aportes INCO, como los recursos de peajes hacían parte de la remuneración del concesionarios, por lo cual tenían la condición de recursos privados recibidos a título de pago. Las principales consideraciones del defensor en este aspecto fueron las siguientes:

“... uno de los elementos esenciales del contrato de concesión es la remuneración, la cual, según el artículo 32 de la Ley 80, puede consistir en “derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden”.

En similar sentido, el párrafo 3o del artículo 30 de la ley 105 (norma específica para concesiones viales) establece que “Bajo el esquema de concesión, los ingresos que produzca la obra dada en concesión serán asignados en su totalidad a la concesionaria privado, hasta tanto éste obtenga dentro del plazo estipulado en el contrato de concesión, el retorno al (sic) capital invertido, El Estado recuperará su Inversión con los ingresos provenientes de la operación una vez culminado el período de concesión”



En línea con lo anterior, la doctrina ha establecido que “La remuneración de la concesionaria consiste en el derecho que le es conferido de percibir en su provecho y de parte de los usuarios del servicio, una contraprestación que puede constituir en una tarifa”

De lo anterior se colige que: (i) la remuneración es el pago que recibe el concesionario a cambio de las prestaciones que ejecuta en el marco de un contrato de concesión, (ii) los recursos que recibe a título de pago los recibe en provecho suyo y (iii) los recursos recibidos por el Concesionario por parte del Estado, a título de pago, dejan de ser recursos públicos.

4.2. " En el caso concreto, según la Sección 1.02 del Contrato de Concesión, la remuneración se componía de (i) los Aportes del INCO al Patrimonio Autónomo y (ii) los ingresos provenientes del recaudo de peaje.

(...)

“el Concesionario NO administraba los recursos de la Cuenta Aportes INCO, pues quien disponía y ordenaba la transferencia de dichos recursos era el INCO. Así se dispuso en la Sección 3.02, ítem d, numeral iii del Contrato de Concesión:

(...)

Ahora, una vez se cumplían con las condiciones para remuneración (principalmente entrega de hitos), los montos asociados a los hitos entregados se trasladaban de la Cuenta Aportes INCO a la Cuenta Aportes Concesionario, pero a título de pago o remuneración, de manera que, a partir de ese momento, podían utilizarse por el Concesionario para la atención de todos los pagos, costos y gastos derivados de la ejecución contractual. Esto significa que, una vez cumplida la condición de entrega del hito, el dinero asociado al mismo que se entregaba a la Concesionaria a título de pago. Así pues, frente a la remuneración recibida por el Concesionario o el salario recibido por el funcionario público no puede predicarse la existencia de una administración de recursos públicos.

(...)

En cuanto a los recursos provenientes de recaudo de peaje se precisa que, en virtud de la sección 13.05, dichos recursos fueron cedidos al Concesionario con la firma del Contrato de Concesión e ingresaban directamente a la Cuenta Aportes Concesionario a título de pago o remuneración y, por eso mismo, podían utilizarse para la atención de todos los pagos, costos y gastos a cargo del Concesionario para el cumplimiento de sus obligaciones contractuales. Por lo tanto, los recursos de peaje, una vez ingresaban a la Cuenta Aportes Concesionario, dejaban de ser públicos, de igual forma a lo que acontece con un funcionario público cuando el Estado gira el salario respectivo a la cuenta bancaria del empleado. Así pues, frente a la remuneración recibida por el Concesionario o el salario recibido por el funcionario público no puede predicarse la existencia de una administración de recursos públicos.

Entonces, como es natural en este tipo de contratos, se insiste, el Concesionario era el encargado de realizar el recaudo de los peajes, pero dichos recursos tenían la particularidad de hacer parte de la remuneración a favor del Concesionario, de manera que, por regulación contractual, la naturaleza de los recursos de peaje deja de ser pública cuando ingresan a la Cuenta Aportes Concesionario”.

En el mismo sentido y sobre el mismo punto, en el concepto del Dr. JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA aportado por el Dr. AMAYA OLAYA como anexo de su escrito de alegatos de conclusión, partiendo de la Sección 1.02 del contrato de concesión, que establecía que la contraprestación del concesionario estaba



compuesta por los aportes INCO al patrimonio autónomo y los ingresos provenientes del recaudo de peajes, se conceptuó que los aportes INCO y los peajes hacían parte de la remuneración del contratista, se integraban en el cálculo para la obtención del VTIP y perdían su naturaleza pública una vez ingresaban en las cuentas de la fiducia a título de pago de dicha remuneración, por lo cual no resultaba aplicable el artículo 52 de la ley 734 de 2002, en la medida en que no se estaba ante recursos de naturaleza pública:

“84.- Como puede verse, el INCO cumplía con su obligación de pago de la remuneración del concesionario, en el componente que se cubría con los aportes de esa Entidad con cargo a recursos de vigencias futuras, en el momento en que dichos recursos ingresaban a la cuenta Aportes INCO, por lo que desde el momento en que ello ocurría no tenía que reconocer ajustes por inflación o por las variaciones cambiarias, y al mismo tiempo los intereses que se generaban en la cuenta se reconocían a favor del concesionario. Siendo ello así es claro que no es posible afirmar la naturaleza pública de tales recursos una vez ingresaban a las cuentas de la fiducia.

86.- Entonces, según se desprende del anterior marco contractual, el aporte del INCO se integraba al cálculo para verificar la obtención del VPIT, es decir al valor que se pactó como remuneración del concesionario, el cual, por tanto, una vez lo giraba el INCO, ingresaban al patrimonio autónomo (a través de la cuenta Aportes INCO) a título de pago de dicha remuneración del concesionario.

(...)

107.- Si las reglas y cláusulas pactadas prevén que el ingreso de esos dineros públicos está destinado a la remuneración del concesionario, así se manejen a través del Patrimonio Autónomo, son en realidad un pago de las obligaciones y prestaciones del concesionario que debe hacerse conforme a lo pactado y con sujeción a las reglas incorporadas en el Contrato para sus desembolsos. Su fuente normativa es sin duda el parágrafo 1o del artículo 30 de la Ley 105 de 1993 que determina que “... *Los municipios, los departamentos, los distritos y la Nación podrán aportar partidas presupuestales para proyectos de infraestructura en los cuales, de acuerdo con los estudios, los concesionarios no puedan recuperar su inversión en el tiempo esperado...*”

108.- En consecuencia, una vez ingresaban los recursos a la Cuenta Aportes INCO al patrimonio autónomo, los mismos se consideraban pago de la remuneración del concesionario, y en consecuencia mudaban su naturaleza de pública a privada...”

(...)

109.- La remuneración del contratista es el pago por el cumplimiento de sus obligaciones y la materialización de las prestaciones pactadas. Su fundamento jurídico deviene de la figura del pago regulada en el Título XIV, del Libro IV del Código Civil, artículos 1625 y siguientes que se ocupa en nuestro ordenamiento “... de los modos de extinguirse las obligaciones y primeramente de la solución o pago efectivo...” de las mismas, de donde se concluye sin mayor esfuerzo que cumplido lo pactado total o parcialmente y efectuado el pago se entiende extinguida la obligación total o parcialmente y, en consecuencia, lo pagado sale del patrimonio de quien lo efectúa y pasa enteramente al de la parte que lo recibe, dada la solución o pago efectivo (Art. 1625, No 1) y sobre el entendido de que “ El pago efectivo es la prestación de lo que se debe” (Art. 1626).



(...)

116.- Conforme a lo anterior, los recursos provenientes del recaudo de peajes constituyen desde la perspectiva de su naturaleza la contraprestación del concesionario pagada desde el inicio mismo del Contrato, le pertenecen en los términos del Contrato. Lo anterior es de claridad meridiana a la luz no solo de las disposiciones transcritas del Contrato de Concesión, sino también de las estipulaciones del Contrato de Fiducia Mercantil. Al respeto, en la Cláusula Cuarta del mencionado Contrato de Fiducia Mercantil, se determina que el manejo de los ingresos correspondientes al recaudo de peajes se tratará como aportes del concesionario “(...) *ingresarán a la Cuenta Aportes Concesionario (...)*”, precisamente en virtud de la cesión que desde el inicio del contrato se le hizo del derecho de recaudo. Entonces, en tanto recaudaba recursos propios, en virtud de la cesión, cuando ingresaban al patrimonio autónomo ya venían con esa naturaleza de ser recursos del concesionario.

117.- Así las cosas, si los peajes son definidos contractualmente como parte de la contraprestación del concesionario, y esa contraprestación se paga conforme a los mecanismos y procedimientos pactados, son entonces recursos del concesionario, constituyen jurídicamente el pago por su actividad o prestación contratada.

122.- En relación con la primera parte de la pregunta referida a ¿El hecho de que los recursos de peajes cedidos al concesionario debieran destinarse al objeto del Contrato de Concesión hacía que a pesar de dicha cesión los referidos recursos tuvieran naturaleza pública? Mi respuesta es negativa. Admitir algo así sería negar la naturaleza jurídica de la cesión de un recurso que es precisamente desprenderse por la entidad pública titular del mismo de esa titularidad con un objeto específico, en el caso de las concesiones para pagar la contraprestación debida al concesionario, luego resultaría ser un imposible desde cualquier punto de vista que se le tildara al peaje de recurso público una vez cedido y pagado. Jurídicamente esos recursos han salido de la esfera de la acción pública y su naturaleza la determina el hecho de ser el producto de un pago.

(...)

127.- Objetivamente esta disposición del artículo 53 de la Ley 734 de 2002 no es de aplicación al Contrato de Concesión No 001 del 14 de enero de 2010 en relación con los ingresos de peajes sobre los que versa la pregunta, por las siguientes razones:

128.- (i) El recaudo regulado en el Contrato de Concesión en relación con esta materia no lo es en manera alguna en relación con recursos públicos, sino con recursos del concesionario que han dejado de ser públicos desde el momento en que fueron cedidos al concesionario;

129.- (ii) El concesionario conforme a lo pactado recauda lo que le pertenece; no recauda recursos públicos ...”

(...)

130.- (iii) El contrato de manera absolutamente clara lo que autoriza al concesionario es recaudar el recurso que le pertenece en cuanto le fue cedido como parte de pago de la contraprestación pactada.

131.- (iv) Y por último, no nos encontramos frente a recursos derivados del presupuesto público de la entidad contratante, ni de ninguna otra, en estos casos el recurso como lo determina el mismo Contrato deviene directamente de los usuarios y no del presupuesto público, por la razón elemental que ha dejado de ser una fuente de ingresos del tesoro y en virtud de la cesión pasa a ser un ingreso propio del concesionario...”



- Argumentos relacionado con la no transferencia de funciones administrativas a través del contrato de concesión.

Sobre este tópico, el apoderado señaló que la descentralización por colaboración se encuentra regulada en el artículo 111 de la ley 489 de 1998 y que al no estar presentes en el caso sub judice, los requisitos exigidos por esa norma, no existió transferencia de funciones administrativas:

Ninguno de los anteriores requisitos se cumplieron en este caso porque el objeto del Contrato de Concesión no era transferir el ejercicio de funciones administrativas, sino *“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, según lo dispone la Sección 1.02 del Contrato de Concesión.*

Si el Contrato de Concesión hubiese sido el acto mediante el cual se trasladaban funciones administrativas al Concesionario así debió expresarse y señalarse específicamente las funciones administrativas que desarrollaría el Concesionario, así como las condiciones de su ejercicio, pero no se hizo porque el objeto del Contrato de Concesión era otro (diseñar, financiar, construir, operar y mantener una vía). Si el Contrato de Concesión fuera el vínculo para trasladar funciones administrativas su plazo máximo hubiese sido de 5 años, como lo señala la Ley 489 y no de 20 años como lo reguló la Sección 1.04 del Contrato de Concesión. Si el Contrato de Concesión hubiese sido el instrumento para trasladar funciones administrativas al Concesionario todos los actos que este hubiera proferido serían actos administrativos, según lo dispone el artículo 112 de la Ley 489, pero lo cierto es que el Concesionario no expidió ningún acto administrativo por carecer de facultades y competencia para ello.

Por el contrario, los actos del Concesionario estaban relacionados con la elaboración de diseños, la búsqueda de financiación, la construcción de vías y el mantenimiento de estas, labores que carecen de unilateralidad o ejercicio de función pública. Incluso, en materia predial, como se explicó, el Concesionario sólo realizaba ciertas actividades operativas, pero la decisión de expropiación la expedía el INCO.

- Argumentos de defensa relacionados con el no ejercicio de funciones públicas por el señor ALBERTO MARIÑO SAMPER.

“Pero más aún, si se aceptare en simple gracia de discusión los argumentos del auto de imputación respecto de la naturaleza pública de los recursos con los cuales se pagó el cuestionado contrato, aún en ese extremo (ya descartado según se demostró en los acápites previos), era necesario también demostrar que mi poderdante, en su condición de particular, tenía un expreso y definido rol de administrador que ejercía funciones públicas, carácter que surge no simplemente por una relación material del agente con el recurso, sino por una expresa competencia jurídica (previa, precisa y delimitada) inexistente en todo caso.

(...)

Lo anterior quiere decir que para adscribirle a un particular la competencia para “administrar” recursos públicos, se requiere de una “titularidad jurídica” previa y expresamente determinada, de la cual surge una “disponibilidad jurídica” del agente sobre dicho patrimonio (no una mera



“disponibilidad material”), y de la cual a su vez se deriva un rol de garante frente a la protección del mismo. Se debe reiterar con pertinencia, que esa “competencia” debe hallarse expresamente incluida en las obligaciones contractuales del particular.

(...)

En efecto, conforme las labores de mi representado en la organización, es evidente que él, dado su rol funcional de miembro de Junta Directiva, NO tenía función alguna en relación con el manejo de recursos públicos. Lo anterior sin perjuicio de que los pagos que la concesionaria hacía a sus contratistas o proveedores solo podían provenir de los recursos producto de su remuneración, es decir, recursos propios, según lo previsto en el contrato.

Debe insistirse que el doctor Mariño NO autorizaba, instruía ni emitía ordenes de pago, función que se encontraba en cabeza de la administración de la concesionaria y los empleados designados para tal fin por parte del accionista mayoritario.

Al no poseer entonces una específica competencia que le otorgara una habilitación jurídica (disponibilidad jurídica) sobre tales erogaciones, no puede ser catalogada en Derecho como un administrador de recursos públicos.

- Argumentos relacionados con la inexistencia de la conducta irregular achacada al señor MARIÑO SAMPER.

El apoderado partió de señalar que por el porcentaje de participación accionaria que Odebrecht tenía en la Sociedad Concesionaria Ruta del SOL S.A.S., la administración y el control de la sociedad estaban en manos de Odebrecht, manifestó que su poderdante asistió a la reunión de junta directiva del 21 de febrero de 2014, que en dicha reunión solo se aprobó lo correspondiente a la suscripción del Otro sí Ocaña – Gamarra y frente al cruce de correos electrónicos señaló que habían tenido lugar porque los representantes de Odebrecht manifestaron que había existido una omisión en texto del acta 50 por lo cual ésta debía ser modificada y aclaró que con posterioridad al cruce de correos, nunca se llevó a sesión de junta directiva la modificación del acta 50, por lo que considera todo se trató de una estrategia para inducir a error a su cliente:

“Conforme a los elementos iniciales descritos, y entrando ya particularmente en el objeto de la presente investigación, el 21 de febrero de 2014 sesionó la Junta Directiva de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. En dicha oportunidad asistieron tres miembros principales con derecho a voto (Euleuberto Martorelli, Gustavo Ramírez y Alberto Mariño -mi defendido-), dos miembros suplentes (Óscar Hernández y Miguel Vargas) y cinco invitados (Felipe Cabral, Mauricio Millán, Marcelo Piller, Ricardo Paredes, Karen Tovar.)

(...)

En dicha sesión únicamente se aprobó lo siguiente, tal como consta en el Acta No. 50:

“Conforme a lo expuesto en el punto referente al informe Ocaña Gamarra y con base en el texto recibido por parte de la ANI, el Presidente solicitó a la Junta Aprobación para la Suscripción del Otrosí No 6 correspondiente a la construcción del proyecto Ocaña-Gamarra, una vez revisado y explicado el texto por parte del Presidente a los miembros de Junta, éstos



de manera unánime aprobaron la suscripción del Otrosí No 6 al Contrato de Concesión.”

(...)

El doctor Mariño, en atención a que la mayoría de la junta estaba conformada por miembros de Odebrecht, asumió que con la redacción propuesta quedaba claro que la minoría, es decir, Episol, se oponía a la contratación y que Odebrecht la había aprobado. Por lo tanto, el 6 de abril envió un correo señalando su acuerdo: *“Estoy de acuerdo con la última redacción propuesta en el mail adjunto.”* El doctor Mariño partía de la verificación del quorum del acta, por lo que respondió dichos correos con las percepciones que generaban los hechos ciertos y constantes de las reuniones de actas, esto es, la mayoría de los miembros de Junta eran de Odebrecht y las actuaciones debían estar resguardadas bajo el principio de buena fe. Por lo tanto, en dichos correos dejó absolutamente claro que Episol no había aprobado la contratación de la firma Profesionales de Bolsa y que si, como lo afirmaban los representantes de Odebrecht, había existido una omisión en el texto del acta 50, si se aprobaba una modificación de dicha acta esto debía quedar explícito.

(...)

Es fundamental advertir que con posterioridad a las conversaciones y correos que han sido descritos, nunca se llevó a la Junta Directiva el acta modificatoria del Acta 50, para efectos de ser aprobada, tal como lo exigen los estatutos y el Código de Comercio.

(...)

El viernes 11 de enero de 2019, con ocasión de la noticia del portal Cuestión Pública, el doctor Alberto Mariño Samper, tuvo conocimiento de la situación investigada, procediendo en compañía de Marcela Acuña, Gerente Jurídica de Corficoiombiana, y ÁSvaro Oeding, actual Director Jurídico de Infraestructura de Corficoiombiana, a asistir a las oficinas de CRDS para solicitar al Dr. Carlos González, representante legal de la CRDS designado por la Superintendencia de Transporte, en virtud de la situación de control ejercida por esa entidad sobre la concesionaria, las explicaciones frente a los hechos referidos en la nota de prensa. En dicha reunión, el Dr. González exhibió los libros de la compañía, en los que se evidenció, sin sustento alguno, la existencia de varias versiones del Acta 50 de Junta Directiva.

Pues bien, ante la evidente irregularidad, estos hechos fueron puestos en conocimiento de la Fiscalía General de la Nación mediante denuncia radicada el 18 de enero de 2019 en la que se presentaron 13 anexos como elementos materiales de prueba que dan cuenta de los hechos que también se exponen en el presente memorial de descargos.

A la Junta Directiva del 21 de febrero de 2014 asistieron 3 directores con derecho a voto: Eleuberto Martorelli, postulado de Odebrecht, Gustavo Ramírez y Alberto Mariño, postulados de Episol; los otros dos miembros de Junta que asistieron fueron los suplentes de éstos últimos. Así las cosas, cuando informaron al Doctor Mariño de la supuesta omisión en el acta 50, él no sólo creyó de buena fe que pudo haberse presentado una omisión en la redacción del acta, sino que en ese preciso momento no recordó los asistentes a la reunión del 21 de febrero de 2014 y formó su juicio conforme a la cotidianeidad de las sesiones de Junta y la conformación de los miembros de ésta, que la mayoría eran representantes de Odebrecht. Sin embargo, en la cadena de correos siempre dejó claro el punto de vista de Episol: la oposición a la contratación con la firma Profesionales de Bolsa.

(...)

En correo del 25 de marzo de 2015 de Luis Ernesto Perez, abogado de la CRDS y secretario de la Junta Directiva de la concesionaria, dirigido a Oscar Hernández y Eliska Marinovich



mediante el cual envía un acta firmada de JD No. 50 de CRDS manifestando “adjunto el acta que firmamos el día viernes para que repose en sus archivos, la original de la misma reposa en el libro de actas de la CRDS”. Esta versión del acta incluye el siguiente texto en su última página:

“Teniendo en cuenta la poca experiencia que la sociedad tiene en el mercado financiero y el corto tiempo con el que se cuenta para el cierre financiero del proyecto Ocaña – Gamarra, posterior a la suscripción del otrosí 6. El socio mayoritario solicita a la Junta Directiva autorización para que el Representante Legal de la CRDS contrate un especialista financiero, con el fin de que brinde asesoría encaminada a presentar alternativas de financiación y brindar apoyo a la Banca de Inversión Corficolombiana en el cierre financiero del mencionado proyecto.

Se propone la contratación de la firma Profesionales de Bolsa S.A., por un valor básico de \$2.000.000.000 y una prima adicional de éxito dependiendo de las condiciones conseguida en dicho cierre.

Una vez explicado por parte del Miembro de Junta representante del socio mayoritario las condiciones y calidades del servicios, y la experiencia de la firma presentada en el campo financiero del país, se aceptó de manera unánime, por parte de los miembros de junta la contratación de dicha firma”.

Se evidencia de los destinatarios de este correo que el Dr. Mariño no recibió dicho mensaje.

El anterior numeral evidencia que antes de ser abordado verbalmente el Doctor Mariño por los señores Martorelli y Pérez Duran, ya ellos habían firmado una versión diferente (y en consecuencia apócrifa) del acta 50, en la que se incorporaba el texto que le fuera remitido el 26 de marzo de 2015 sin firmaren versión Word, afirmando que la contratación de Profesionales de Bolsa había sido aprobada por unanimidad. Esto quiere decir, sin margen a duda, que los correos y demás fue una estrategia para inducirlo en error”.

- Argumentos relacionados con el presunto desconocimiento de reglas del derecho comercial

Conforme las normas mercantiles (Código de Comercio, art. 195), las actas son suscritas por el Presidente y Secretario de la sesión correspondiente, personas que dan fe de lo acontecido en la reunión y que certifican los hechos y decisiones que en ella hayan ocurrido. Así las cosas, es responsabilidad única de las personas designadas como Presidente y Secretario, conforme los estatutos, el correcto registro las actas. El Dr. Mariño no era ni Presidente ni Secretario de la sesión, ni su voto único era mayoría para tomar decisiones en la Junta Directiva.

Adicionalmente, y conforme la validez probatoria de las actas prevista en la Ley 1429 de 2010, art. 42 Inc 2, las actas se presumen auténticas mientras no se demuestre lo contrario, así las cosas los hechos en ellas consignadas se reputarán que ocurrieron en esos términos, mientras no se desacredite de otra forma lo narrado en las actas. Así las cosas, tal y como se acredita con las versiones libres rendidas por Gustavo Antonio Ramírez, Oscar Hernández Gaona y Miguel Vargas Hernández, en la sesión del 21 de febrero de 2014 no se presentó ni se sometió a aprobación de la Junta Directiva la contratación de Profesionales de Bolsa, y por tanto, las presuntas actas que tienen esa inclusión, no son válidas.

Las modificaciones que quisieron hacerse al acta se dieron más de un año después de celebrada la sesión de junta directiva, y luego de que el representante legal ya hubiera pagado parte del precio. Así las cosas, el representante legal actuó fuera de sus atribuciones, lo que implicaría que no comprometió a la sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. Así mismo, y



como se indicó que las presuntas actas contentivas de la aprobación no surtieron los procedimientos corporativos requeridos para cobrar validez, dicha actuación no fue saneada ni ratificada por la Junta Directiva”.

- Argumentos relacionados con la tipicidad

“Ahora bien, la configuración del delito de falsedad en documento privado en lo tocante a la tipicidad comporta reglas jurídicas que no se esbozan en la descripción que ha hecho el Despacho, en principio, el comportamiento es eminentemente doloso así que frente a la conducta del doctor Mariño Samper no se aprecia cuál fue la participación de éste en la alegada falsificación. Lo anterior por cuanto de la lectura de los hechos se desprende que quienes buscaron al doctor Alberto Marino fueron los funcionarios de Odebrecht, quienes le propusieron la modificación del Acta bajo el argumento de una omisión involuntaria fueron los funcionarios de Odebrecht, cuando le propusieron la primera redacción en la que se exponía que la aprobación de la contratación con Profesionales de Bolsa se aprobaba de manera unánime fue por parte de los funcionarios de Odebrecht, quienes incluso firmaron un acta con dicha redacción la cual, desde luego, es anterior al cruce de correos que da lugar a la vinculación de mi defendido al presente proceso. Dichas consideraciones dan lugar a advertir que la conducta descrita en el artículo 289 del Código Penal es ajena al comportamiento del doctor Alberto Marino en el plano objetivo de la configuración típica.

En este sentido, y frente a la decisión final a la que se llega en el cruce de correos -correos que tampoco revelan la conducta penal señalada- la misma plantea un hecho incontrovertible: la oposición de Episol, referida por Alberto Mariño Samper, a la contratación con Profesionales de Bolsa. Esto se desprende de la redacción inicialmente formulada por mi defendido, a la cuál, no sobra aclarar, accedió confiando en sus interlocutores ya que le fue informada una omisión involuntaria en el Acta 50 del 21 de febrero de 2014, situación que podía ser perfectamente saneada. Sin embargo, partiendo de la posición minoritaria de Episol frente a Odebrecht en la Junta el doctor Mariño consignó lo siguiente: "Una vez explicado por parte del Miembro de Junta representante del socio mayoritario las condiciones y calidades del servicio, la experiencia de la firma presentada en el campo financiero del país, la junta aprobó por mayoría la contratación de dicha firma, por cuanto los representantes de Episol no estuvieron de acuerdo."

Lo anterior desde el análisis objetivo del tipo es de la mayor relevancia toda vez que demuestra que el Doctor Mariño NO estaba falsificando un documento y mucho menos pretendía usarlo, ni lo usó -requisito de la configuración del tipo penal de falsedad en documento privado- por cuanto él estaba en desacuerdo de dicha contratación, a los únicos a quienes les interesaba era a los representantes de Odebrecht.

Bajo esta misma lógica debe valorarse el elemento subjetivo del tipo, que es doloso...

(...)

Partiendo de lo anterior, de una lectura de los hechos se aprecia nítidamente que el doctor Alberto Mariño NO preveía intelectualmente la ejecución del delito de falsedad en documento privado, que sus actuaciones en el cruce de correos que se investiga se desprende de una solicitud que le fuera hecha por los representantes de Odebrecht para incluir legal y válidamente una contratación en un acta, la cual se habría omitido de manera involuntaria y frente a la que mi representado se opuso. Nada de ello advierte el elemento cognitivo intelectual de la comisión de un ilícito, ni que con su actuación se estaba dado un perfil de legalidad a una contratación que presuntamente no lo era. Así las cosas, tampoco hay una configuración típica en el plano subjetivo”.



- Argumentos sobre la no vulneración de los artículos 25 numeral 6 y 26 literal de la escritura de constitución de la sociedad

Tal como se expuso, el reproche respectivo se fundamenta en que no se convocó una Junta Directiva para tratar el tema de la contratación de Profesionales de Bolsa respecto del Acta 50 de 21 de febrero de 2014.

(...)

Ahora bien, para mi defendido no surgió realmente esa supuesta modificación del acta en tanto ésta no se trató en la Junta Directiva, tal como expuso como irregularidad ante la Fiscalía. Por otro lado, a quien correspondía haber convocado una Junta para presentar el acta adicional modificatoria era al socio mayoritario, Odebrecht, o sus representantes en los órganos de administración, quienes disponían de la supuesta información que explicaba en su momento la aparente necesidad de dicho contrato.

Se insiste, para qué el doctor Alberto Mariño convocaría una Junta para tratar una contratación que solo le interesaba a los representantes de Odebrecht y que si no se trataba en Junta no se incluía en el acta, que era precisamente lo que pretendía Episol! y que mi defendido dejó sentado en el cruce de correos.

Lo anterior demuestra que la exigibilidad objetiva de los artículos 25 (numeral 6) y 26 (literal d) no estaba en cabeza de mi prohijado para el caso de la contratación de Profesionales de Bolsa, pues en el presente caso la mayoría estaba conformada por los representantes de Odebrecht, quienes podían haber aprobado dicha contratación sin la participación de Episol, solo que en la Junta en la que les interesaba añadir dicha contratación ellos no asistieron, por esto se vieron en la maniobra de tratar de inducir en error a mi defendido con un cruce de correos, a pesar de ellos ya haber firmado un acta con anterioridad a estos correos en donde se decía que la contratación se había aprobado de manera unánime y ante la oposición de mi representado volvieron a modificar el Acta 50 -con oposición de Episol- pero nunca la presentaron en la Junta para que se surtiera el trámite de su aprobación, irregularidad que fue puesta en conocimiento por mi prohijado a la Fiscalía General.

- Argumentos sobre la no vulneración de los artículos 23 de la ley 222 de 1995, 196 del Código de Comercio.

“De los hechos descritos en el análisis de la conducta se puede apreciar que mi representado no conoció de la celebración del contrato con Profesionales de Bolsa sino hasta cuando éste ya se había celebrado, y fuera informado por los representantes de Odebrecht de una omisión involuntaria de la discusión y sometimiento de ese negocio en la Junta Directiva. Para ese momento en marzo de 2015 no había méritos para desconfiar en el proceder de Odebrecht, de tal manera que partiendo de la buena fe que le era exigible a ambos consideró que dicha omisión había sido involuntaria y, partiendo de un ánimo estrictamente negocial y propio del giro cotidiano de los negocios aceptó, de buena fe -se reitera- entrar a conocer del borrador del acta modificatoria del Acta 50. Al respecto, no debe dejarse de mencionar que para esa época no había noticia del entramado de corrupción que era Odebrecht.

Para valorar la conducta del doctor Mariño se precisa mencionar que él no es abogado, que él fue abordado para lo relacionado con el acta modificatoria por el gerente Jurídico de la concesionaria y quien, además, era el secretario de la Junta Directiva, es decir, alguien que profesionalmente infundía confianza en mi prohijado y quien no le informó que ya se habían realizado pagos de dicho contrato. Bajo ese parámetro de conducta el doctor Mariño estaba confiado en la legalidad de lo que se hacía, de tal manera que procedió con una discusión propia del aspecto negocial a discutir el tema de la contratación de Profesionales de Bolsa para señalar la oposición de Episol a esa contratación. Es decir, mi representado actuaba partiendo de la buena fe del gerente jurídico de la concesionaria y del presidente de Odebrecht en Colombia, toda vez que para ese momento no tenía razón alguna para dudar de



su proceder.

Ahora bien, no puede echarse de menos por parte del Despacho que cuando se destapa el escándalo y se conocen los hechos de corrupción de esa compañía, el Doctor Alberto Mariño denunció a los representantes de Odebrecht por el delito de falsedad en documento privado, es decir que sí se adelantaron acciones para reprochar las modificaciones en el acta 50 y se refirió en dicha denuncia la irregularidad de no haberse llevado a la Junta el acta modificatoria”.

- Argumentos sobre la inexistencia de “causalidad -imputación- entre el comportamiento de Alberto Mariño Samper y la contratación de Profesionales de Bolsa”

“La situación por la que los referidos señores requerían de una aprobación de los miembros de Episol era porqué los representantes de Odebrecht no habían asistido en mayoría a la Junta Directiva del 21 de febrero de 2014, solo asistieron como miembros principales el señor Martorelli, el doctor Gustavo Ramírez y el doctor Alberto Mariño, quiere decir esto que cualquier decisión que se hubiera aprobado tenía que haberse compartido por los tres miembros de Junta. Para esto los señores Pérez y Martorelli montaron un cruce de correos en el que mi defendido participó dejando claro lo principal, la oposición de Episol a la contratación con Profesionales de Bolsa.

(...)

Este recuento táctico se deja plasmado para que el Despacho advierta que la modificación del Acta solo era un mero artilugio de Odebrecht para tratar de plasmar una legalización de un contrato que mi prohijado siempre rechazó y que, antes de haberse dado el cruce de correos, ya se había ejecutado de forma irregular por parte del presidente de la compañía. Que la participación de mi defendido es inane ante los hechos objetivos de la irregular modificación del acta y más aún de la celebración del aludido contrato.

En el artículo 25 de los estatutos sociales se listan 19 funciones de la Junta Directiva y de sus miembros; no obstante, dentro de dichos preceptos NO se especifica que los miembros de junta deban ordenar de qué cuenta se destinan los recursos para el pago de los diferentes contratos, para ello hay unas disposiciones contractuales y a quien le corresponde velar y tomar dichas decisiones es al presidente de la compañía, cargo que nunca ocupó el doctor Alberto Mariño, por lo tanto, en el hipotético caso en que se hayan destinado recursos distintos a los propios del concesionario dicha ordenación de pago es ajena a las competencias de mi representado.

En este sentido, es claro que la conducta con entidad suficiente de configurar un menoscabo de las normas disciplinarias fue desplegada por parte de Eleuberto Martoreií y Luis Ernesto Pérez, quienes realizaron todos los actos tendientes a la modificación del Acta 50, hechos por los cuales mi defendido los denunció ante la Fiscalía General de la Nación”.

- Argumentos relacionados con la inexistencia de dolo

“Pues bien, en materia disciplinaria el contenido del dolo es sustancialmente idéntico al del derecho penal.

En materia penal, por su parte, la ley 599 de 2000 en su artículo 22 señala -con resaltado nuestro-, que *“La conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización”* definición y contenido que se proyecta por esa misma vía normativa en la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.



De este modo tenemos que el contenido del dolo se integra por dos elementos correspondientes, uno al intelectual (conocimiento) y el otro al volitivo (voluntad), todos ellos referidos a un resultado típico.

En el Derecho Penal, por doctrina mayoritaria y jurisprudencia el dolo significa conocimiento y voluntad de los elementos del tipo objetivo. Es decir que el dolo exige que el agente “conozca” y “quiera” la “realización del tipo”.

(...)

Siendo ello así, el concepto de dolo, a partir de sus elementos el intelectual (conocimiento) y el volitivo (voluntad), está referido a un resultado típico, tipicidad que en la responsabilidad disciplinaria exige por tanto el conocimiento de que con una determinada conducta se está produciendo una infracción al deber funcional, más la voluntad dirigida a ese antijurídico propósito lesivo.

(...)

“Por lo tanto, para efectos de la imputación de responsabilidad disciplinaria a la Delegada le correspondía el deber procesal de haber realizado un ejercicio minucioso de comprobación de, por un lado, la infracción o incumplimiento grave de un deber funcional (en todo caso inexistente, según ya se demostró) y, por otro lado lo que aquí interesa, la comprobación que mi poderdante (aceptando en gracia de discusión los reproches formulados) actuó verdaderamente de forma consciente y voluntaria (elementos cognoscitivo y volitivo fundantes del dolo), en el sentido de que su comportamiento no era ajustado a derecho por cuanto de él como se esperaba normativamente, *ex ante*, otra conducta (conocimiento de lo antijurídico del comportamiento) y adicionalmente debe estar acreditado en el proceso que el agente actuó con la voluntad encaminada a producir la infracción.

(...)

Pues bien, de acuerdo con los parámetros dogmáticos y normativos acotados en los párrafos precedentes nos preguntamos: ¿cuáles son los medios demostrativos, razonados y objetivos, que den certeza frente a que el doctor Alberto Mariño actuó con conocimiento de tener de la conducta (falsificación de un documento privado) y que con éste quería legalizar un contrato con la firma Profesionales de Bolsa -contrato con el que él estaba en desacuerdo-? Según el Despacho la prueba esta dada por el hilo de correos que se cruzaron el señor Eieuberto Martorelli y mi representado, sin embargo, no desarrolló motivación alguna del por qué dicho cruce de correos permite advertir que el señor Alberto Mariño actuaba con conocimiento de que se estaba falsificando un documento privado, ni tampoco demuestra argumentativamente el Despacho que mi representado tenía la voluntad o intención de desconocer una norma jurídica”.

Argumentos presentados por el Dr. URIEL ALBERTO AMAYA OLAYA en el escrito de alegatos de conclusión

- Argumentos relacionados con la inexistencia de ejercicio de función pública por parte de la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., en relación con la adquisición de predios, recepción de un bien público para su manejo y construcción, operación y mantenimiento de una vía pública.



“Pues bien, según se aprecia el criterio central de la norma para determinar el contenido jurídico del concepto “funciones públicas” para efectos de determinar los particulares que pueden ser sujetos disciplinables (género que incluye las “*funciones administrativas*” o “*actividades propias de los órganos del Estado*”), es el ejercicio de “actos de poder” propios del Estado.

“Véase que no basta con que al particular se le haya encargado una gestión o una actividad que normalmente se cumple por un servidor público que presta sus servicios a un un órgano del Estado, sino que es necesario que se “acredite” que en el ejercicio de dicha gestión o actividad en efecto ejerce actos de autoridad o de poder público (que “*ordene o señale conductas, expida actos unilaterales o ejerza poderes coercitivos.*)

(...)

“En suma, para determinar si un particular ejerce funciones públicas en los términos exigidos por el artículo 53 de la ley 734, debe demostrarse que la función que se le ha atribuido comporta el ejercicio de “actos de poder”, de imperio, de mando, de autoridad, de inspección y vigilancia, propios del Estado y de las autoridades públicas, excluyendo de tal categorización por lo tanto, aquellos actos, actividades, obligaciones o gestiones que simplemente proyectan la capacidad del particular como sujeto de derecho privado que colabora con la administración pública”.

Partiendo de las anteriores consideraciones, el apoderado defensor sostiene que la labor de adquisición de predios encargada al concesionario, así como las labores construcción, operación y mantenimiento de una vía pública, no constituyen ejercicio de función pública en los términos del artículo 53 de la ley 734 de 2002. Los soportes de la anterior conclusión en relación con las labores de la adquisición de predios se pueden concretar en los siguientes:

“Como ya se dijo, para verificar si en efecto nos encontramos en el plano del ejercicio de funciones públicas por el concesionario, se hace necesario determinar (y probar) dentro del proceso, en el marco del contenido obligacional referido a la adquisición de predios, cuáles de las actividades específicas a cargo del concesionario comportan de manera concreta una “manifestación” de ordenación o señalamiento de conductas, expedición de actos unilaterales o ejercicio de poderes coercitivos y en general, el ejercicio de prerrogativas de poder público, como lo previene el artículo 53 del CDU. Dicha carga no fue cumplida por el Despacho en el caso concreto, y no la podía cumplir pues basta ver las actividades comprendidas dentro de la gestión y adquisición predial que se le encargó al concesionario para percatarse que en su descripción de ninguna manera se le facultó al concesionario para ejercer actos de poder público o prerrogativas que sólo conciernen al Estado, sino actividades materiales, operativas, de servicios y apoyo a la gestión, previas unas y concomitantes otras, requeridas para que el INCO se hiciera dueño de los predios que el proyecto demandaba para su ejecución”.

(...)

En efecto, en materia predial, al Concesionario se le encargaron actividades materiales, intelectuales, operativas, incluso jurídicas, *pero de ninguna manera se le atribuyeron potestades para dar órdenes o señalar conductas a los propietarios de los predios, tampoco para expedir actos unilaterales frente a dichos propietarios o terceros ni para ejercer poderes coercitivos*, a diferencia de las competencias que en ese ámbito se reservó el INCO y que sí comportan actos de poder estatal como la expedición de los actos de expropiación por vía administrativa, manifestaciones unilaterales de la autoridad administrativa que tienen la capacidad de imponerse a los particulares, prerrogativas de poder que solo corresponden al Estado.



Así lo corrobora también el profesor JAIME ORLANDO SANTOFIMIO en el concepto allegado con los presentes alegatos...”

(...)

“En suma, las obligaciones y las actividades contractualmente otorgadas al concesionario en el ámbito de la gestión predial y adquisición de predios, en modo alguno configuraron la utilización de *“mecanismos que envuelven y requieren el ejercicio de potestades públicas”* o el *“ejercicio de autoridad inherente del Estado”*, o de *“potestades públicas”*, o de *“potestades que reflejan el imperium estatal”*, y en esa medida tales actividades no pueden considerarse como ejercicio de función pública en los términos del artículo 53 del CDU”.

Los argumentos que sustentan la afirmación de abogado defensor frente a la inexistencia de ejercicio de función pública, por la labores de construcción, operación y mantenimiento de la vía entregada en concesión, los argumentos fueron los siguientes:

“... en lo que respecta a la construcción y mantenimiento a cargo del contratista, la materialidad de dichas actividades en uno y otro evento, es la misma. Entonces, si la construcción y el mantenimiento de un bien inmueble público no es función pública en el marco del contrato de obra, tampoco puede serlo en el marco de un contrato de concesión.

(...)

La “Construcción” de una vía, en términos de la ingeniería civil, comprende movimientos de tierras, cortes, rellenos, drenaje, excavación, estabilización de suelos, remoción, bases y subases, ejecución de terraplenes, pedraplenes, mejoramiento del subsuelo, construcción de pavimentos asfálticos, obras de arte, etc., actividades materiales todas todas que coinciden en el contrato de obra y en el de concesión, y para cuya ejecución no se requiere de poderes o prerrogativas exclusivas del Estado, ni fueron ejercidas de ninguna manera en el marco del contrato de concesión 001 de 2010.

El “mantenimiento”, que puede ser rutinario, periódico o de emergencia, es el “Conjunto de actividades destinadas a preservar la condición de una carretera y de sus componentes (...) con el fin de que sigan prestando de manera efectiva el servicio para el cual fueron construidos o dispuestos”. De ninguna manera demanda para su ejecución por el concesionario el ejercicio de actos de autoridad, mando o coercitivos, ni en general de poderes y prerrogativas del Estado.

De otro lado, en el contrato de obra y en el contrato de concesión - como el 001 de 2010-, la entidad pública hace entrega del bien público – la vía en este caso o el sector – al contratista para que, como lo dice el propio Despacho, el contratista cumpla con sus obligaciones (la de construcción y mantenimiento en ambos casos, y según sea el alcance del objeto contractual, y la adicional de operación en el de concesión), y a la vez como condición sine qua non para que el concesionario explote económicamente la vía. Véase también que cuando una entidad pública arrienda un bien público de su propiedad a un particular, debe entregárselo al contratista, y si la destinación del bien lo permite, el arrendatario tendrá el derecho de explotarlo económicamente, caso en el cual se incurriría en un despropósito mayúsculo si se afirmara que el arrendatario por recibir dicho bien y “manejarlo”, ejerce funciones públicas.

(...)

“La obra, y en general la infraestructura vial, “constituye el objeto material del contrato” cuya explotación se encuentra asociada a la remuneración del concesionario (...) Entonces, la explotación económica de la obra es una actividad típicamente comercial, necesaria y



orientada a la recuperación de la inversión, y no una función pública.”

De otra parte, afirmar que se está enfrente del ejercicio de funciones públicas por el concesionario porque la operación de la infraestructura comporta “labores orientadas a la prestación del servicio de tránsito a los usuarios del sector” como lo señaló el Despacho, desconoce por completo que no es posible equiparar prestación de un servicio público con el ejercicio de función pública, tal y como lo ha destacado la propia Corte Constitucional, entre muchas otras en la reciente sentencia C-185 de 2019 (...) Providencia que reitera lo dicho en la sentencia C- 037 de 2003 en el sentido de que el particular que preste un servicio público será disciplinable “cuando ejerza una función pública que implique la manifestación de las potestades inherentes al Estado, y estas sean asignadas explícitamente por el Legislador”.

Pero además se desconoce con el planteamiento, lo dispuesto por el propio artículo 53 de la ley 734, que preceptúa:

No serán disciplinables aquellos particulares que presten servicios públicos, salvo que en ejercicio de dichas actividades desempeñen funciones públicas, evento en el cual resultarán destinatarios de las normas disciplinarias”.

- Argumentos relacionados con la inexistencia de administración de recursos públicos por parte de la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S

Señaló el apoderado defensor, que la remuneración de concesionario dentro de la cual se incluyeron los ingresos por concepto de peajes, era un elemento esencial del contrato de concesión No. 001 de 2010:

“Entonces, dentro de los elementos esenciales del contrato de concesión [elementos que se identifican normalmente porque hacen parte del concepto o de la definición que hace la ley del contrato de que se trate, de modo que si no concurren en el negocio jurídico *que* se encuentra bajo exámen, el contrato no existe o degenera en uno distinto], se encuentra la remuneración a favor del concesionario, esto es, aquello que recibe a cambio o como contraprestación o retribución por las obligaciones que adquiere (financiar, construir, mantener, operar un bien u obra destinado al uso o al servicio público, etc). Sin remuneración, no existe contrato de concesión.

Dicha remuneración, puede consistir, según la norma que se viene citando, en i) derechos, tarifas, tasas, valorización, ii) la participación en la explotación del bien, o iii) una suma periódica, única o porcentual y, iv) en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden.

(...)

Celebrado el contrato, y en un todo de conformidad con la minuta incluida en el pliego, se acordó que el INCO cedía y entregaba al concesionario durante la vigencia del Contrato, los Peajes y los derechos de recaudo, estableciéndose que dicha cesión ocurriría en la misma fecha de entrega del sector.

Luego de la suscripción del acta de inicio, llevada a cabo el 31 de marzo de 2010, el sector objeto del contrato fue entregado el 7 de abril de 2010 y con él las estaciones de peaje, salvo la del peaje Pailitas que aún estaba en construcción, y fue entregada al concesionario el 2 de julio de 2010.

Es claro entonces, conforme a todo lo anterior que, como parte de la remuneración pactada a favor del concesionario, en contraprestación por todas las obligaciones asumidas a su cargo,



los peajes generados desde el inicio del contrato y sus derechos de recaudo, fueron efectivamente cedidos al concesionario hasta concurrencia de lo necesario para, conjuntamente con los aportes INCO, alcanzar el VPIT, logrado lo cual se produciría la terminación del contrato.

(...)

La cesión de los peajes pactada y efectivamente realizada por el INCO a favor del concesionario como parte de la remuneración de este último, comportó la transferencia de su titularidad y, consecuentemente, la naturaleza privada de los recursos a partir de dicha cesión.

(...)

Tales derechos puede ser por tanto objeto de cesión por regla general, con las salvedades que consagra la ley, entendiéndose por “cesión de derechos” “la disposición que del derecho hace su titular traspasándolo a otra persona sea a título gratuito u oneroso ya que se trata de un efecto patrimonial enajenable como cualquier otro”.

La cesión de derechos implica -por esencial estructura jurídica de la institución-, la tradición como lo prevén los artículos 761 y 1959 del C.C., citados a continuación en el orden enunciado y con resaltados nuestros:

ARTICULO 761. TRADICIÓN DE DERECHOS PERSONALES. La tradición de los derechos personales que un individuo cede a otro, se verifica por la entrega del título, hecha por el cedente al cesionario.

ARTICULO 1959. FORMALIDADES DE LA CESIÓN. La cesión de un crédito, a cualquier título que se haga, no tendrá efecto entre el cedente y el cesionario sino en virtud de la entrega del título. Pero si el crédito que se cede no consta en documento, la cesión puede hacerse otorgándose uno por el cedente al cesionario, y en este caso la notificación de que trata el artículo 1961 debe hacerse con exhibición de dicho documento.

Así lo subraya la Corte Suprema de Justicia, desde las raíces clásicas de la jurisprudencia:

“La cesión de créditos requiere que entre el cedente y el cesionario exista un contrato traslativo de dominio, que puede ser venta, permuta, donación etc., puesto que la cesión es apenas el modo de hacer la tradición del derecho personal del cedente al cesionario

(...)

En suma, la cesión es la tradición del derecho, comporta la transferencia de la titularidad del mismo, como consecuencia de lo cual es claro que por virtud de la cesión de los peajes y de los derechos de recaudo el concesionario se hace titular del derecho a percibir a partir de dicho momento y hacia el futuro durante el plazo de la concesión, los peajes que paguen los usuarios, y una vez percibidos es el dueño de los recursos derivados de tales pagos. Igualmente, y por tal razón el recaudo de ninguna manera lo es sobre recursos públicos, sino sobre recursos que le pertenecen en virtud de dicha cesión.

(...)

Como puede verse, desde la autorización dada por el INVIAS, quedó claro que la cesión tendría lugar desde el acta de entrega a la que nos hemos referido hasta la fecha de terminación del contrato de concesión, y de ninguna manera que, como parece entenderlo el Despacho, sólo después de pagados todos los costos y gastos del proyecto, el concesionario se hacía dueño de los recursos de peajes.



(...)

Finalmente, aun cuando resulte necio decirlo es claro que cuando el artículo 53 de la ley 734 dispone que administran recursos públicos los particulares que recaudan rentas que las entidades públicas han destinado para su utilización con fines específicos, se refiere a recursos que pertenecen a las entidades públicas, que hacen parte del patrimonio público, así no estén en sus presupuestos, como el caso por ejemplo de algunas cuentas especiales o fondos especiales de la Nación o de sus entidades, y de ninguna manera a recursos que han salido de su patrimonio por un acto dispositivo previo.

Pero claramente para que sean recursos públicos deben encontrarse en el patrimonio del Estado, no en el patrimonio de un particular.

Si en el contrato de concesión se estipuló que el concesionario debía destinar dichos recursos respecto de los cuales se le transfirió la propiedad en virtud de la cesión [recursos privados, reiteramos, cedidos a su favor como remuneración por las obligaciones asumidas a su cargo], al pago de gastos y costos reales asociados a la ejecución del proyecto, tal circunstancia de ninguna manera convierte dichos recursos privados en públicos. No existe norma alguna en el ordenamiento jurídico que establezca o de la cual pueda deducirse dicha naturaleza pública en razón de tal compromiso de uso de los referidos recursos. No existe ninguna disposición normativa según la cual un recurso privado que deba comprometerse o esté comprometido para la ejecución de un proyecto público, se considera público en razón de dicha destinación, aun a pesar de dicha titularidad privada. De aceptarse la tesis del Despacho, en todos los casos en que un particular asume la obligación de ejecutar un contrato estatal con sus propios recursos, en tanto deba destinar recursos privados a cubrir los costos y gastos asociados al objeto del mismo y mientras ello ocurra, tales recursos públicos serían públicos, lo cual es absolutamente insostenible. Bajo la tesis del Despacho no solo los recursos de peaje sino todos los demás recursos que el concesionario se comprometió a destinar al proyecto, incluidos los aportes equity, y los recursos de financiación que obtuvo de los prestamistas, serían recursos públicos, lo que, insistimos, carece de algún fundamento jurídico.

(...)

De otro lado, en el dictamen pericial aportado por esta defensa, ante la pregunta formulada en el sentido de que se explicara “si en el Contrato de Concesión 001 de 2010 los recursos de peaje constituyeron contraprestación para el Concesionario”, luego del respectivo análisis económico-financiero de dicho contrato, afirmó:

“De acuerdo con el Contrato de Concesión Ruta del Sol Sector 2, el ingreso proveniente del recaudo de peajes era uno de los componentes de la contraprestación para el Concesionario (Sección 1.02- numeral (a)). Dichos recursos fueron cedidos al Concesionario desde el momento de la entrega del Sector y entraban directamente a la Cuenta Aportes Concesionario, cuenta en la cual el Concesionario era el ordenante.” (P. 24)

En fin, tal planteamiento es igualmente corroborado por el Dr. JAIME ORLANDO SANTOFIMIO G. en el concepto por el emitido, que se adjunta con el presente escrito, al cual simplemente me remito”.

(...)

Igualmente, y ya desde la perspectiva de las disposiciones que regulan los negocios fiduciarios, y en particular el contrato de fiducia mercantil, [naturaleza del celebrado para la ejecución del proyecto objeto del contrato de concesión 001 de 2010], el testigo JUAN CARLOS PERTUZ Gerente Jurídico de la Sociedad Fiduciaria Corficolombiana, en su declaración jurada rendida el 6 de julio de 2020, hizo las siguientes importantísimas



precisiones respecto de la naturaleza privada de los recursos aportados al patrimonio autónomo constituido para el manejo de los recursos del proyecto:

“En el contrato ruta, en el fideicomiso Ruta del Sol, también insisto, al igual que en todos los fideicomisos de concesión que se manejan en Colombia la naturaleza de los recursos aportados al patrimonio autónomo de la concesión, en virtud de la ley, es de naturaleza privada.

¿Por qué son recursos privados? Hace poco lo mencioné en mi primera respuesta, porque los recursos que son fideicomitados están afectos a la ejecución del proyecto de concesión y a la remuneración del concesionario (...) es diferente al tratamiento que el ordenamiento jurídico le ha dado a los recursos afectos a la ejecución de los proyectos de concesión, que como lo decía, el Consejo Técnico de Contaduría Pública adscrito al Ministerio de Hacienda, y citando jurisprudencia, digamos, pacífica del Consejo de Estado sobre la materia, pues es clara en establecer que esos recursos pese a tener un origen público, al ser separados de la contabilidad general de la Nación para ser afectados exclusivamente a la ejecución de un proyecto de concesión, a título de remuneración del concesionario, pues mutan su naturaleza jurídica y dejan de ser recursos públicos propiamente dichos...”.

- Argumentos según los cuales, la conducta imputada al señor ALBERTO MARIÑO SAMPER no tienen que ver con el ejercicio de funciones públicas o con la administración de recursos públicos.

“La falta reprochada disciplinariamente al particular debe ser una expresión directa de la función pública atribuida y ejercida por él o de la administración de recursos públicos que, igualmente, se le atribuyó y ejerció.

(...)

“... en la medida en que es la precisa y acotada actividad de ejercer funciones públicas o administrar recursos públicos u oficiales la que fundamenta -doblemente-, tanto el carácter de sujeto disciplinable del particular como la propia competencia de la Procuraduría, la conducta reprochada como falta disciplinaria en el auto de cargos (fáctica y jurídicamente) debe haberse desplegado (u omitido) por el particular dentro de ese preciso límite material y jurídico del ejercicio del poder público atribuido.

(...)

La supuesta falta disciplinaria imputada al Señor ALBERTO MARIÑO SAMPER, inexistente como ya se ha demostrado y se confirmará más adelante, en todo caso, aceptándola en gracia de discusión, no tiene relación alguna con las supuestas funciones públicas y la administración de recursos públicos en la modalidad de recaudo que el Despacho afirma le fueron atribuidas a la CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. Menos aún guarda relación con algún deber funcional que le correspondiera al señor ALBERTO MARIÑO, en razón de esas supuestas funciones y administración en cabeza de la Concesionaria.

De acuerdo con lo planteado en el acápite precedente, un elemento central de la estructura normativa del “sujeto disciplinable” en tratándose de un particular, para efectos del ejercicio legítimo y válido de la acción disciplinaria en su contra, es que la conducta objeto del correspondiente reproche disciplinario, se haya derivado de la específica función pública que se le haya atribuido o de la administración de recursos públicos que se le haya confiado.

En el presente caso, insisto aceptando en simple gracia de discusión el planteamiento, la falta atribuida a ALBERTO MARIÑO SAMPER fue la supuesta incursión en la conducta tipificada



como delito de falsedad en documento privado, pero es evidente que esa conducta no se derivó de las supuestas funciones públicas y administración de recursos públicos planteados como tales en el auto de imputación.

(...)

La conducta objeto de reproche disciplinario, ni fáctica ni jurídicamente tuvo relación alguna ni derivó del ejercicio de aquellas supuestas funciones públicas o de la administración de los peajes en lo que al recaudo respecta, ni provino de actividades específicas propias de tales poderes o como manifestación de ellos.

- Argumentos según los cuales, la conducta del señor ALBERTO MARIÑO SAMPER no se adecua a la falta disciplinaria endilgada.

“De conformidad con lo que ya se ha explicado en acápites anteriores, el cargo imputa la falta disciplinaria correspondiente al tipo establecido en el numeral primero del artículo 55 de la ley 734 de 2002, norma que consagra lo siguiente:

“ARTÍCULO 55. SUJETOS Y FALTAS GRAVÍSIMAS. Los sujetos disciplinables por este título sólo responderán de las faltas gravísimas aquí descritas. Son faltas gravísimas las siguientes conductas:

1. Realizar una conducta tipificada objetivamente en la ley como delito sancionable a título de dolo, por razón o con ocasión de las funciones (...).”.

Tipo que en los términos del auto “se complementa con el artículo 289 de la ley 599 de 2000, al haber presuntamente realizado la conducta tipificada en la ley penal como delito de falsedad en documento privado”. Dicho artículo establece ese tipo penal de la siguiente manera:

“ARTICULO 289. FALSEDAD EN DOCUMENTO PRIVADO. El que falsifique documento privado que pueda servir de prueba, incurrirá, si lo usa, en prisión de dieciséis (16) a ciento ocho (108) meses”.

Como puede advertirse, para que la conducta de una persona se adecúe a dicho tipo, es necesario: i) la falsificación de un documento, ii) que el documento pueda servir de prueba (capacidad probatoria) y iii) que lo use.

(...)

En este orden de ideas, en este caso es de gran trascendencia para fijar el sentido de la violación imputada, el que se desarrolle una explicación de la modalidad de la falsedad de documento privado en la que se habría incurrido. En efecto, la jurisprudencia constitucional y ordinaria penal ha definido con claridad que el artículo 289 del Código Penal integra 2 dimensiones absolutamente diferenciadas del delito de falsedad en documento privado. Se ha referido al tema de la siguiente manera:

“El delito de falsedad en documento privado tiene dos connotaciones, una, producto de su alteración material, como puede ocurrir cuando alguien enmienda, tacha, borra, suprime o de cualquier manera altera su texto. La otra, la falsedad ideológica, tiene lugar cuando el particular consigna en el documento privado hechos o circunstancias ajenas a la realidad, es decir, cuando falta a su deber de verdad sobre un aspecto que comporta quebrantamiento de relaciones sociales con efectos jurídicos”.



Cuál modalidad de falsedad documental se le endilga como conducta del señor Mariño correspondiente a la supuesta falta disciplinaria gravísima en la que se indica que presuntamente incurrió? De esa modalidad depende todo el ejercicio de la defensa en lo que a la tipicidad de la conducta respecta. El que se impute una modalidad de falsedad ideológica conlleva que se cuestiona no la genuinidad de un documento sino la veracidad de su contenido. El que se impute una falsedad material implica por el contrario llevar el foco a la alteración documental. La evaluación de la conducta, el desarrollo de un razonamiento de defensa en los ámbitos fáctico y jurídico está totalmente condicionado por la especificidad de la modalidad del delito en el que se considere se estuvo incurso.

(...)

Todos estos elementos fueron ignorados en el análisis planteado por el auto de cargos. En ningún momento, al referirse a la conducta del señor Mariño y su pretendida correspondencia con el tipo penal, el texto aborda los verbos rectores que rigen el delito de falsedad en documento privado, tampoco efectúa un examen de la capacidad probatoria del documento supuestamente falseado. De esta manera nunca se pregunta por el momento de consumación del delito, omite que no basta con la mera adulteración del documento (acto de falsificación) para que este se configure dado que también se exige que sea utilizado (acto de uso) para establecer o modificar relaciones jurídicas. Aspiración que no se podrá concretar si por su propia naturaleza el documento no es idóneo para conseguir dicho propósito, aspecto que tampoco es estudiado en instancia alguna por la imputación.

(...)

El objeto del reproche se enfoca entonces en la determinación de la existencia de un acto por parte del señor Mariño relacionado con la primera acción de “falsificar”, pero no aborda de ninguna manera un juicio sobre el segundo verbo rector de “usar” el documento, ni evalúa su capacidad probatoria o que sea apto en sí mismo para ser utilizado con el propósito probatorio que evoca: servir de prueba de un presunto costo asociado a la ejecución del contrato de concesión No 001 de 2010”.

(...)

Así las cosas, en esta primera instancia es oportuno referirse al concepto que nunca afronta el auto en su análisis, relativo a la capacidad probatoria del documento supuestamente falsificado, elemento esencial para que pueda efectivamente configurarse el delito de falsedad en documento privado.

(...)

Obsérvese que el acta que autoriza un contrato, no prueba un costo, prueba la autorización para contratar, más no el costo. De esta manera, el potencial del documento para acreditar un costo -en el que, por demás, ya se había incurrido y había sido en gran parte pagado-, queda desvirtuado.

Ahora bien, la verificación de si efectivamente el documento derivado de esa supuesta acción de mi representado, tenía la capacidad de crear, modificar o extinguir una situación jurídica, remite también a 2 materias fundamentales. La primera, exige revisar la naturaleza de un acta de junta directiva y la regulación que le aplica. La segunda refiere al efecto que de las estipulaciones legales se puede derivar de la coexistencia de varias versiones de acta y que tal como consta en el expediente, fueron mantenidas de manera simultánea en los archivos de la Concesionaria. Como se verá, el análisis de ambas materias permite desvirtuar que desde esta perspectiva el documento en cuestión pueda tener relevancia penal y por lo tanto que se configure falsedad alguna.



Sobre ambas temáticas, se debe partir de que el documento que sea objeto de falsedad, para detentar una capacidad probatoria, ha de ser idóneo para la prueba del hecho. No depende de la voluntad del autor el que este cumpla con dicha capacidad; la existencia de la aptitud probatoria está sujeta a lo que señala la ley. Bajo ese entendido, la regulación que aplica a las actas de junta directiva y su modificación, establece las siguientes premisas relevantes:

El decreto 2649 de 1993 establece los mecanismos por los cuales se puede dar una modificación de acta de junta directiva con efectos vinculantes. Ninguna de esas 2 modalidades fue seguida en este caso: no se incorporó por parte del presidente y secretario, mediante asiento, una modificación que corrigiese una omisión de datos exigidos legal o contractualmente; tampoco se aprobó por parte de la Junta Directiva la aclaración o constancia de una decisión. Sobre este último caso, la Superintendencia de Sociedades, en el concepto OFI 220-053745 de 201582, explicó de manera detallada cómo debe procederse: “deberá suscribirse un acta adicional que debe ser sometida a la aprobación de la junta o asamblea, lo cual deberá ocurrir en otra reunión citada para el efecto, o bien, que deberá ser aprobada por las personas que hubieran sido designadas para su aprobación, esto es, por las mismas personas que hubieran integrado la comisión aprobatoria designada en la reunión que hubiere dado base a la elaboración del acta principal”.

- La Ley 222 de 1995 establece la posibilidad de llevar a cabo reuniones no presenciales. Sin embargo, la adopción de decisiones bajo este formato debe ceñirse a condiciones rigurosas que en este caso no se siguieron. La deliberación y decisión se puede dar por comunicación simultánea o sucesiva. De ser este el escenario, la sucesión de comunicaciones debe ocurrir de manera inmediata de acuerdo con el medio empleado; si alguno de los miembros de la Junta no participa de la comunicación, la decisión adoptada resulta ineficaz (artículos 19, 21). Igualmente se establece que las decisiones resultan válidas siempre y cuando las decisiones consten por escrito y todos los socios o miembros expresen el sentido de su voto (artículo 20). Expresión que se puede dar de manera separada, escenario en el cual un miembro de la Junta no tendrá conocimiento necesariamente de lo planteado por otro; el acta debe elaborarse y asentarse dentro de los 30 días siguientes a la fecha en la que concluyó el acuerdo (artículos 20 y 21).

Así las cosas, en los hechos imputados al señor Mariño en ningún momento se produjo un acta modificatoria que cumpliera con las condiciones legales expuestas.

(...)

En este orden de ideas, durante todo este periodo, el acta original, ha determinado y reflejado los hechos que configuraron la sesión de Junta Directiva de 21 de febrero de 2014. Para que una nueva acta aspire a cambiar esa fijación de los hechos visible en el libro de actas, debe surtir un trámite legal que, de acuerdo a lo explicado, nunca tuvo lugar. El intercambio de correos electrónicos en el que se trató la modificación nunca se tradujo en la citación ni en la celebración de una junta en la que se abordara la materia y se adoptaran las decisiones conforme a ella. Tampoco puede entenderse que se llevó a cabo una reunión no presencial en cuanto esas comunicaciones no se dieron de manera que todos los miembros de junta participasen simultánea o sucesivamente y el sentido de sus votos sobre la decisión a ser adoptada quedase registrado.

Conforme a lo explicado, de haberse configurado un acuerdo para la modificación del contenido del documento – que no lo hubo en todo caso-, este acuerdo se habría realizado en relación con un documento que no tiene la capacidad probatoria ni potencial para crear, modificar o extinguir una situación jurídica preexistente”.



- Argumentos relacionados con la imputación a título de coautoría

“Se imputa al señor Mariño como coautor de un hecho en el que no tuvo dominio del hecho ni su intervención fue esencial ni necesaria para la realización del supuesto delito.

“El inciso 2, artículo 29 de la Ley 599 de 2000 contempla la figura de la coautoría de la siguiente manera: “Son coautores los que, mediando acuerdo común, actúen con división de trabajo criminal atendiendo la importancia del aporte”. Precepto que evidencia la existencia de 3 elementos fundamentales en esta forma de intervención en el hecho punible:

1. El acuerdo común; 2. La división del trabajo criminal; 3. La importancia del aporte.

La existencia de un acuerdo común supone que existe una acción coordinada dirigida a la realización de un delito como objetivo de todos los intervinientes. De esta manera el coautor conoce que su conducta es un aporte a la realización del delito, conoce la actuación de los otros y que esta es un complemento a la propia actividad.

La división del trabajo criminal se refiere a la existencia de un plan común para la realización conjunta del delito, se acumulan contribuciones individuales que se complementan para realizar la totalidad del tipo. Aunado a ello, la importancia del aporte como requisito de coautoría implica no sólo dominio sobre el aporte del coautor, sino dominio del hecho integral, lo que se traduce en que el aporte resulte de tal categoría que unido a los demás es la única posibilidad de lograr el resultado que se busca con el acuerdo. De esta manera, de gran importancia para nuestro análisis, se establece como requisito de coautoría lo que Roxin llama “esenciabilidad” del aporte. Bajo ese supuesto, puede concluirse que alguien es coautor de un delito solamente si ha desempeñado una función de importancia esencial para la realización del delito, una tarea de importancia tan grande que no se pueda prescindir de ella.

(...)

Pues bien, los hechos del caso, totalmente evidenciados en el expediente, señalan que no existió un acuerdo de voluntades para un propósito delictuoso común, y la participación del señor Mariño en el supuesto plan criminal – que nunca conoció-, resulta en todo caso totalmente irrelevante para la materialización del pretendido delito de falsedad en documento privado.

Primero que todo, como se explicó en un comienzo, este delito está compuesto por 2 verbos rectores que tienen lugar en 2 momentos diferenciados: falsificar y usar. Convivencia de actos que señalan que el delito realmente se consuma con la utilización del documento falso y no con el acto de falsificar propiamente dicho.

(...)

Para el señor Mariño el planteamiento que realizaba el miembro de Junta Directiva, Eleuberto Martorelli, iba dirigido a la necesidad de modificar el acta para incluir una decisión que, según indicaba, en su momento se había omitido. Eso en sí mismo no conlleva de ninguna manera un plan criminal, ni de falsificación ni de uso de esa falsificación. En ningún momento los términos de lo formulado por Martorelli significaban para el señor Mariño algo distinto a efectuar una modificación del acta que siguiera los cánones legales. Recibió una propuesta vía correo electrónico, planteó sus objeciones relativas a lo que él entendía era fundamental debía ajustarse a la verdad en relación con la postura de los miembros minoritarios de la Junta Directiva (los postulados por EPISOL), entendió, equivocadamente tal como se verá más adelante, que su inquietud había sido acogida, compartió dicha información con su compañero miembro principal de la Junta señor Gustavo Ramírez al percibirla como completamente



legítima y no volvió a tener noticia del devenir de la modificación. Modificación que debió haber seguido el procedimiento consagrado en la normativa, pero de la que no se volvió a hablar y de la que no tuvo noticia de nuevo sino hasta que en los medios se hizo referencia a las distintas versiones del acta. En ese orden de ideas, el supuesto acuerdo sobre un acto de falsificación, considerado como un plan con objetivo criminal, no existió. No se dio una acción coordinada en la que la intervención del señor Mariño configurase un aporte para un fin delictivo. Mucho menos puede entonces establecerse un acuerdo respecto de un uso de la falsificación...”

(...)

Igual de importante es el examen del elemento “dominio funcional del hecho” en relación con la falsificación que habría de realizar y firmar el señor Martorelli y la falta total de trascendencia del actuar desplegado por el señor Mariño para esos efectos. Al respecto deben tenerse en cuenta las siguientes consideraciones:

La ejecución del acta falsa, sin perjuicio de las objeciones ya planteadas sobre la inaptitud probatoria del documento, estaba bajo el completo dominio del Presidente y Secretario de la Junta Directiva de la CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. En ese sentido, el señor Mariño nunca tuvo contacto con las versiones 2 (referida a la supuesta decisión unánime) y 3 (en la que se refiere la aprobación por mayoría) del acta no 50 que constituirían la falsificación, sino tiempo después cuando se hizo pública su existencia. Si bien intercambió varios mensajes electrónicos que entendía como parte de un trámite en el que se pretendía surtir la modificación legal del acta, la acción material de falsificación le fue completamente ajena;

La falsificación material del documento no exigía de ninguna manera la intervención del señor Mariño. Las actas de Junta Directiva deben seguir ciertas formalidades de contenido y ante todo requieren la firma del Presidente y Secretario de la Junta. Así lo establece el artículo 431 del Código de Comercio...”

(...)

Una estipulación equivalente sobre esta materia se realiza en los estatutos de la Sociedad al preverse lo siguiente:

"Artículo 26.- Reglas Generales. Respecto de las reuniones de la Junta Directiva se observarán las siguientes reglas:

(...) c) De las reuniones de la Junta se levantarán actas completas, firmadas por el presidente de la Junta y el Secretario, y en éstas se dejará constancia del lugar y fecha de la reunión, del nombre de los asistentes, con la especificación de la condición de principales o suplentes con que concurren, de todos los asuntos tratados y de las decisiones adoptadas, negadas o aplazadas”.

En ese orden de ideas, la elaboración de una nueva versión del acta que se repute falsa es totalmente indiferente a lo que tengan que decir los miembros de la Junta Directiva, a la discusión que formulen sobre el contenido y sentido de la decisión que en ellas se integre, salvedad hecha del Presidente de dicha Junta. La única participación que se puede reputar como esencial, a menos de que concurra una falsificación de firmas, es la intervención del Presidente y Secretario de la junta. Ellos detentan el completo dominio del hecho en cuanto pueden cumplir con todos los requisitos establecidos en el segundo párrafo del artículo 431 y suscribir con su rúbrica el documento confeccionado.



Pues bien, el desarrollo de los hechos coincide con este escenario. Para confeccionar las versiones 2 y 3 del acta no 50 la participación del señor Mariño resultó totalmente irrelevante.

(...)

Ante este escenario es claro y evidente que la participación del Señor Alberto Mariño fue totalmente intrascendente para la pretendida falsificación del acta. Para llevar a cabo ese propósito el Presidente y Secretario de la Junta se bastaban, el supuesto acuerdo en el que habría participado al intercambiar unos correos electrónicos no pasa de ser una discusión inane para la acción que llevó a cabo Martorelli. La supuesta falsedad se llevó a cabo sin que ese acuerdo fuese necesario, ni para impulsar el acto (fueron los señores de ODEBRECHT los que promovieron la acción; no fue idea de del Señor Alberto Mariño ni fue él quien sembró la idea en los otros), ni para determinar el acto como tal de falsificación y mucho menos de uso. La falsedad (primer verbo rector del delito de falsedad) presuntamente se dio en el momento y en los términos que el señor Martorelli dispuso.

En estrecha relación con el postulado anterior, el señor Mariño no tenía capacidad alguna de evitar el resultado, no puede por lo tanto afirmarse dominio funcional del hecho. Así fuese abordado por el señor Martorelli para adelantar la discusión ya conocida, la inocuidad de su actuar es evidenciado de nuevo por el hecho de que Martorelli confeccionó las versiones de acta con el contenido y en el momento que quiso, sin dar noticia de la efectiva preparación material de las mismas a mi defendido, incluyendo la suscripción o firmas de ellas (al no ser su función la custodia de las actas, no se enteró de su existencia sino en medios de comunicación años después de haber tenido estos intercambios vía correo electrónico)".

- Argumentos relacionados con la inducción a error y la ausencia de dolo

"Se debe considerar entonces en esta instancia que en las tratativas que se dieron entre el señor Alberto Mariño y Martorelli en relación con la modificación del acta, imperó un falso juicio por parte de mi representado de la intención que impulsaba el actuar de Martorelli, situación que de manera consecuente le acarreó una valoración errónea sobre la pretensión y contenido de lo que le era propuesto.

Sobre este tema se ha de tener en cuenta, en primera medida, el momento en el que tuvo lugar el intercambio de correos con el señor Martorelli y el hecho de que para entonces no existía reproche alguno de su conducta, ni en general de la conducta de ODEBRECHT y sus directivos.

(...)

A este respecto debe decirse primero que todo, de conformidad con lo ya explicado en esta instancia y en los descargos, y tal como consta en el texto de los correos citados como prueba en el auto de descargos, que fue el señor Martorelli quien planteó al señor Alberto Mariño la posibilidad de llevar a cabo un acto modificatorio de la referida acta de Junta Directiva. Los términos de lo propuesto por este señor buscaban que se plasmara una decisión relativa a la autorización para la celebración del contrato con la Compañía Profesionales de Bolsa S.A. en la que se reflejase unanimidad respecto de la misma. El señor Mariño, quien entendía que lo que se planteaba era realizar una modificación regular del acta que habría de surtir todos los parámetros legales necesarios, enfocó su atención en que fuese consignada la posición de los dos (2) miembros de Junta representantes de, o postulados por, EPISOL (se recuerda que la Junta Directiva estaba conformada por 5 miembros, 2 de los cuales postulados por EPISOL y 3 por ODEBRECHT), posición consistente en que ellos no habían autorizado la celebración de dicho contrato.



(...)

Aunque no se puede hacer una afirmación tajante sobre lo que en su fuero íntimo movió las acciones del señor Martorelli, este sí es sin lugar a dudas un episodio más que revela que de ningún modo el intercambio que sostuvo mi representado con Martorelli constituye un acuerdo que respondiese a un plan coordinado, que existiese un objetivo común que contase con la participación del señor Mariño como coautor. Al contrario, todos los elementos evocados demuestran que de haber existido un propósito delictuoso este estuvo exclusivamente en la cabeza del representante de ODEBRECHT, circunstancia que llevó a que el señor Mariño fuera abordado y fuese direccionada de manera velada su actuación para ajustarla a los requerimientos de dicha empresa.

Lo anterior debe valorarse también de la mano del principio de confianza legítima, que no fue cumplidamente atendido y al contrario fue traicionado por los representantes de ODEBRECHT. El señor Mariño legítimamente esperaba que sus interlocutores actuaran en correspondencia con sus funciones y responsabilidades, en este caso como Presidente y Secretario de la Junta Directiva, y que al plantear una materia relativa a las decisiones adoptadas y el levantamiento de actas, expusieran con probidad y acierto lo que les competía sobre la materia. Esta era una temática que recaía enteramente en su esfera de competencias debido al rol que estos funcionarios ocupaban dentro de la Junta Directiva, resultaba completamente legítimo a la luz de la división del trabajo y el principio evocado, que mi defendido recibiera la exposición que le hacían sobre la base de que las propuestas planteadas se ajustaban a los reglamentos internos y detentaban plena conformidad legal. No fue este el caso y tal como se describió anteriormente, el actuar del señor Martorelli fue poco transparente con su colega, el propósito que demostró tener fue direccionar el proceso para que este respondiera a los intereses de ODEBRECHT”.

Sobre la ausencia de dolo:

Para que el señor Mariño pueda ser sujeto de sanción disciplinaria, debía conocer que estaba desarrollando el tipo y debía tener la intención de realizarlo.

Pues bien, ya han sido planteados a lo largo de esta exposición numerosos elementos fácticos y jurídicos del caso que desvirtúan la materialización en la conducta de mi defendido de los 2 conceptos mencionados.

- Alberto Mariño no conocía el significado antijurídico de su acción, ni el resultado que esta supuestamente conllevaba:

Los cargos reprochan la existencia de un supuesto acuerdo con el que se configuraría su participación como coautor en el delito de falsedad de documento privado. Basan su teoría en 2 fuentes probatorias fundamentales: el texto de 3 versiones de acta de junta directiva de la Concesionaria y el texto de correos electrónicos intercambiados por el señor Mariño con funcionarios postulados por ODEBRECHT.

En ninguna de estas pruebas se documenta el conocimiento de mi defendido de que con su actuar - limitado como se dice al diálogo a través de los correos electrónicos - incurría en el tipo de falsedad en documento privado, constituido como ya se ha explicado por 2 verbos rectores, falsificar y usar. No desvirtúa el escrito de cargos que la conducta estaba regida por el convencimiento de que era un diálogo legítimo que hacía parte de las tratativas previas a la modificación legal de un acta de Junta Directiva y que tenía lugar entre los miembros de dicho órgano social. Los correos lo que reflejan es que el señor Mariño aborda la situación con el ánimo de discutir el asunto, haciendo propuestas para llegar a un consenso, misma dinámica que se mantiene ordinariamente en la discusión con otros miembros de una junta y no la que se puede esperar tenga lugar cuando lo que se está adelantando es un acto delictivo como la



falsificación en la que supuestamente existía coordinación entre los intervinientes para llegar a un objetivo criminal común.

(...)

Ante esto no se puede seguir sosteniendo que mi representado actuaba con conocimiento de estar desplegando la conducta tipificada en el artículo 289 del Código Penal y por esa vía en la establecida en el numeral 1 del artículo 55 del CDU. Del análisis riguroso de su actuar no se puede concluir que conociese que con su conducta se podía estar materializando la falsificación del acta. Por el contrario, lo que se evidencia es una conducta de unos terceros que tenían un interés frente a la autorización del ya referido contrato, que abordaron al señor Mariño y le plantearon realizar una modificación del acta. Escenario este frente al cual él se formó la convicción de que su proceder respondía idóneamente a sus deberes y roles. Escenario igualmente en el cual, hasta último minuto, contrario al actuar que correspondería a una situación en la que existe una coordinación de los intervinientes para llegar a un objetivo criminal común, se dio un contrapunteo en el que veladamente se descartó la esencia de los planteamientos de mi representado y se impuso en todo caso el interés que desde un comienzo portaban los representantes de ODEBRECHT.

(...)

En estrecha relación con este postulado, se debe tener en cuenta que el dolo debe también abarcar la causalidad, entendido esto como la necesidad de que el imputado sepa que su conducta crea un determinado riesgo y que dicho riesgo se materializa con el resultado típico.

Bajo ese entendido, el comportamiento desplegado conscientemente por el señor Mariño, la discusión vía correo electrónico sobre el contenido de la modificación del acta, no le permitía prefigurar el resultado tipificado como delito en la norma. De ningún modo a partir de la discusión mantenida se concluía que el Presidente y Secretario de la Junta fueran a proceder *motu proprio* a hacer versiones distintas del acta y firmarlas sin adelantar el trámite legalmente previsto. Este era un resultado que por lo demás, tal como ya se explicó anteriormente, no requería de la participación del señor Mariño en cuanto dicho acto material podía ser adelantado de manera totalmente inconsulta por los mencionados funcionarios. De hecho, el que lo hubiesen convocado a sostener una discusión al respecto, lo llevaba a entender por el contrario que estos señores pretendían regir su proceder a la luz de las regulaciones societarias. En este orden de ideas, tampoco se configura un comportamiento doloso respecto de esta perspectiva de la causalidad.

- Alberto Mariño actuó sin la voluntad de violar una norma jurídica.

- Alberto Mariño actuó sin la voluntad de violar una norma jurídica.

La segunda dimensión evocada sobre el comportamiento doloso, el aspecto volitivo, tampoco se configura. La sola ausencia de conocimiento sobre la tipicidad de la conducta desplegada, ya desdibuja por sí misma la posibilidad de la existencia de un propósito lesivo. Sin embargo, a ello se suman distintos elementos fácticos del caso que nos permiten reforzar esta afirmación.

Tal como ha quedado expuesto en la prueba evocada, todo el interés relativo al contrato celebrado con *Compañía Profesionales de Bolsa S.A.* estaba del lado de ODEBRECHT. Situación ante la cual se contraponía la bien documentada postura de los postulados por EPISOL, expresada de manera clara y directa por el mismo señor Mariño, quienes se oponían a la formulación de la autorización de la celebración del contrato. En ese sentido, resultaría totalmente contraevidente sostener que el comportamiento de mi representado estaba regido por la voluntad de violentar el ordenamiento jurídico, de querer infringirlo mediante la



falsificación del acta y su utilización, cuando el propósito de una acción delictuosa semejante era definir la autorización para el contrato a la cual se oponía.

Una lectura lógica y congruente de los hechos revela por el contrario una ausencia absoluta de voluntad de parte del señor Mariño dirigida a que el escenario que terminó dándose se hubiese efectivamente materializado. La redacción que el señor Mariño propuso para el acta demuestra 2 elementos fundamentales: su insistencia en oponerse a la autorización del contrato; la comprensión de que ODEBRECHT, en su condición de socio mayoritario, podía imponer la decisión contraria. Esto demuestra con toda claridad que, si bien accedía a que se llevara a cabo la acción modificatoria, acción que como ya se explicó, él entendía como legítima y que no contravenía ningún postulado legal, lo hacía en contra de su querer y abocado a aceptar que la contraparte era la que detentaba el control frente a decisiones semejantes. De ninguna manera se dio una situación en la que él propusiera y luego buscara y promoviera una supuesta falsificación cuyo propósito contravenía diametralmente lo que públicamente él mismo manifestaba deseaba ocurriese con la autorización de la contratación.

En conclusión, si en gracia de discusión, y no sabríamos bajo qué argumento, se considerase que la conducta del señor Mariño es típica, se debe en todo caso descartar que haya actuado con conocimiento de que su conducta coadyuvaba la falsificación de un documento privado, o que tuviese la voluntad o intención de desconocer una norma jurídica. Del acervo probatorio se desprende que el señor Alberto Mariño no tenía ni conocimiento ni intención alguna de falsificar un documento para la validación de un contrato al que él mismo, como miembro de Junta postulado por EPISOL, se oponía. La participación en dicho cruce de correos no estaba condicionada por una voluntad de hacer una falsificación y mucho menos de pactar un uso específico para la misma.

Y en todo caso, se reitera, el Despacho del señor Procurador Delegado no puede perder de vista la aplicación del principio de presunción de inocencia que en materia disciplinaria indica que la falta de certeza sobre la existencia de la falta debe resolverse a favor del procesado”.

Argumentos expuestos por el señor ALBERTO MARIÑO SAMPER en su diligencia de versión libre

En la misma línea de lo expuesto por su defensor de confianza, el señor MARIÑO SAMPER manifestó en su versión libre, que su actuación en el cruce de correos electrónicos que sostuvo con los señores ELEUBERTO MARTORELLI y LUIS ERNESTO PÉREZ DURÁN, fue de buena fe y obedeció a la manifestación que en marzo de 2015 le hiciera el señor MARTORELLI quien le habría dicho que el acta 50 tenía un error que debía ser corregido.

Adujo que siempre entendió que se trataba de un proceso legal de modificación del acta, que fue engalado por MARTORELLI y que en ese momento no se conocían las prácticas criminales de Odebrecht.

Expuso que su intención fue siempre dejar en claro que EPISOL no estaba de acuerdo con la contratación de Profesionales de Bolsa.

Informó al Despacho que una vez conoció la noticia que dio origen al presente proceso disciplinario se puso en contacto con Corficolombiana y en compañía de funcionarios de esa empresa acudió a las instalaciones de la Sociedad



Concesionaria encontrando que mientras en los archivos digitales de la sociedad estaba la versión original del acta 50, en los libros de la sociedad estaban las otras dos versiones de la misma, lo que lo llevó a presentar denuncia penal en la Fiscalía General de la Nación en contra de los señores MARTORELLI y PÉREZ DURÁN.

Y puso de presente al Despacho sus actuaciones en los años 2017 y 2018 con ocasión del conocimiento del acuerdo al que había llegado Odebrecht con la Justicia de los Estados Unidos.

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

1. CONSIDERACIONES SOBRE LA COMPETENCIA DEL DESPACHO PARA DISCIPLINAR A LOS INVESTIGADOS

De conformidad con el artículo 53 de la ley 734 de 2002, son particulares disciplinables aquellos que “cumplan labores de interventoría o supervisión en los contratos estatales; también a quienes ejerzan funciones públicas, de manera permanente o transitoria, en lo que tienen que ver con estas, y a quienes administren recursos públicos u oficiales”.

Los argumentos que sobre este punto expusieron los abogados defensores, pueden subdividirse en dos grupos. De un lado los que sustentan que la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., en el marco del contrato de concesión No. 001 de 2010 no tenía a su cargo el ejercicio de funciones públicas, y de otro, los que señalan que la Sociedad Concesionaria no administró recursos públicos.

Los argumentos del primer grupo se pueden sintetizar como sigue:

- El Dr. GUSTAVO QUINTERO NAVAS en su condición de apoderado de los señores ELEUBERTO ANTONIO MARTORELLI y EDER PAOLO FERRACUTTI, solo señaló que el contrato de concesión no le confirió ninguna función pública a la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., la cual por dicho contrato sólo recibió el encargo de realizar una obra que no conllevaba el ejercicio de función pública, sin ahondar sobre el tema y centrando la mayoría de su argumentación en la inexistencia de administración de recursos públicos.

El Dr. URIEL ALBERTO AMAYA apoderado del señor ALBERTO MARIÑO SAMPER, manifestó que las labores relacionadas con la gestión predial y la construcción, mantenimiento y operación del sector concesionado, no podían considerarse constitutivas de ejercicio de función pública, por las siguientes razones:

- Porque el criterio utilizado por el artículo 53 de la ley 734 de 2002 para determinar el contenido jurídico del concepto de “funciones públicas” es el ejercicio de “actos de poder” propios del Estado, pues no basta que a un particular se le haya encargado una actividad que normalmente cumple un servidor público, sino que se requiere además que en el ejercicio de esa



actividad, ejecute actos de autoridad o poder público, que ordene o señale conductas, expida actos unilaterales o ejerza poderes coercitivos, lo que implica que debe demostrarse que la función atribuida comportaba el ejercicio de “actos de poder, de imperio, de mando, de autoridad, de inspección y vigilancia, propios del Estado y de las autoridades públicas”.

- Porque las actividades comprendidas dentro de la gestión y adquisición predial no lo facultaba “para ejercer actos de poder público o prerrogativas que sólo conciernen al Estado, sino actividades materiales, operativas, de servicios y apoyo a la gestión, previas unas y concomitantes otras, requeridas para que el INCO se hiciera dueño de los predios que el proyecto demandaba para su ejecución”. Sobre este mismo punto y en el mismo sentido, en el concepto del Dr. JAIME ORLANDO SANTOFIMIO aportado por el Dr. URIEL AMAYA como anexo a su escrito de descargos se señaló que “Las obligaciones contractuales del concesionario se redujeron en la realidad de las cosas a meras “gestiones prediales”, y apoyos para la adquisición predial, cuyo ámbito material se puede apreciar de la lectura de las Cláusulas 7.01 a 7-07 del Contrato en cuestión, pero de manera más concreta y detallada del Apéndice Predial Social del Contrato, disposiciones todas estas que no empoderaban de modo alguno al Concesionario para que adoptara decisiones, creara o modificara derechos subjetivos de manera unilateral, actuara como autoridad, en fin para que ejerciera algún tipo de poder sobre los particulares o específicamente sobre quienes tenían algún título, derecho, o posesión en relación con los predios que se debían adquirir para el desarrollo del proyecto (...) 155.- Ahora bien, revisado el Apéndice Social y Predial, se presenta similar situación. La gestión encomendada al Concesionario es meramente técnica y de apoyo adelantando todas las actuaciones propias para la adquisición y/o enajenación voluntaria, operando en estos casos como una típica gestión contractual a favor de terceros regulada por el Derecho Civil, artículo 1505 y siguientes del Código Civil, en cuanto siempre la titularidad de los bienes inmuebles será del INCO. Siendo gestión a favor de terceros regulada de manera especial por las normas civiles carece de la esencia de una función pública administrativa, no significa desarrollo alguno de función pública administrativa, todo lo contrario, es una actividad propia de la gestión comercial civil, de naturaleza civil tendiente a la celebración de contratos de compraventa de predios”.

- Porque las labores de construcción y mantenimiento de un inmueble público al igual que no es ejercicio de función pública en el contexto del contrato de obra pública, tampoco lo es en el contrato de concesión, al comprender actividades materiales cuya ejecución no requiere de poderes o prerrogativas exclusivas del Estado.

- Porque las labores de operación del sector concesionado se encuentran asociadas a la explotación económica de la obra, asociadas a la remuneración del contratista y que comprende “una actividad típicamente comercial, necesaria y orientada a la recuperación de la inversión, y no una función pública”, como sucedería en cuando una entidad pública arrienda un bien de su propiedad a un particular, generando la entrega al arrendatario para que este lo explote, sin que por haber recibido el bien y poder explotarlo económicamente pueda considerarse que ejerce función pública.

- Porque la recepción de la infraestructura vial para su operación no implica la asunción de función pública ya que se trata simplemente de una obligación contractual necesaria para el cumplimiento del contrato. Sobre el mismo



punto, en el concepto del Dr. SANTOFIMIO GAMBOA aportado como anexo del escrito de alegatos de conclusión del Dr. AMAYA OLAYA se señaló: “173.- Se trata del simple cumplimiento de una obligación surgida del contrato e inevitable para el debido cumplimiento de las prestaciones pactadas. Entregar terrenos para efectos de los desarrollos propios del Contrato de Concesión no implica ningún tipo de actividad pública con prerrogativas de poder. Recordemos que el Estado y las demás entidades públicas que entregan terrenos a los concesionarios no dejan de ser titulares de estos, el concesionario lo único que realiza en relación con ellos es simplemente actividades contractuales”.

- Porque no se puede considerar como función pública la operación de la infraestructura orientada a la prestación del servicio de tránsito a los usuarios del sector, ya que desconocería la diferencia que existe entre la prestación de un servicio público y el ejercicio de una función pública, así como el contenido del propio artículo 53 de la ley 734 de 2002 que prescribe que *:No serán disciplinables aquellos particulares que presten servicios públicos, salvo que en ejercicio de dichas actividades desempeñen funciones públicas, evento en el cual resultarán destinatarios de las normas disciplinarias”.*

- Porque a través del contrato de concesión 001 de 2010 no se transfirieron funciones administrativas al concesionario, al no estar presentes en dicho contrato, los requisitos que para la figura de la descentralización por colaboración establece el artículo 111 de la ley 489 de 1998: “Si el Contrato de Concesión hubiese sido el acto mediante el cual se trasladaban funciones administrativas al Concesionario así debió expresarse y señalarse específicamente las funciones administrativas que desarrollaría el Concesionario, así como las condiciones de su ejercicio, pero no se hizo porque el objeto del Contrato de Concesión era otro (diseñar, financiar, construir, operar y mantener una vía). Si el Contrato de Concesión fuera el vínculo para trasladar funciones administrativas su plazo máximo hubiese sido de 5 años, como lo señala la Ley 489 y no de 20 años como lo reguló la Sección 1.04 del Contrato de Concesión. Si el Contrato de Concesión hubiese sido el instrumento para trasladar funciones administrativas al Concesionario todos los actos que este hubiera proferido serían actos administrativos, según lo dispone el artículo 112 de la Ley 489, pero lo cierto es que el Concesionario no expidió ningún acto administrativo por carecer de facultades y competencia para ello”.

Los argumentos referentes a que la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., no administró recursos públicos en el marco del contrato de concesión No. 001 de 2010, se pueden concretar de la siguiente manera:

El Dr. GUSTAVO QUINTERO NAVAS apoderado de los señores ELEUBERTO ANTONIO MARTORELLI y EDER PAOLO FERRACUTTI manifestó que no existió administración de recursos públicos por las siguientes razones:

- Porque la administración de los recursos asignados a la obra se realizaba en forma separada, a través de una fiducia.

- Porque los recursos correspondientes a recaudo de peajes no era recursos públicos “pues jamás formaron parte del patrimonio del INCO (hoy ANI), ni a las subcuentas que esta entidad tenía en el Contrato de Fiducia. Los peajes ingresaban directamente a las cuentas de la Concesionaria dentro del Contrato de Fiducia a título de “contraprestación” por las actividades desarrolladas con ocasión de la ejecución del Contrato de Concesión. Así, las



sumas por concepto de peajes ingresan al patrimonio autónomo como recursos estrictamente privados, por corresponder a la remuneración de la Concesionaria”.

- Porque de conformidad con el concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, de fecha 7 de marzo de 2007, correspondiente al radicado No. 11001-03-06-000-2007-00005-00(1802), en virtud de la cesión del derecho de recaudo de peajes que tiene ocasión en el marco de los contratos de concesión: “el objeto de la concesión se realiza con recursos del concesionario: tanto los que aporta como los que recibe por concepto del recaudo del peaje, en virtud de la cesión de este recaudo que en el mismo contrato se le hace. No hay, pues, recursos que provengan del presupuesto público”.

- Porque los traslados que se daban de la cuenta aportes INCO a la cuenta aportes concesionario, se daban por el cumplimiento de un Hito, es decir a título de remuneración por actividades efectivamente ejecutadas.

- Porque los traslados que se daban de la cuenta aportes INCO a la cuenta aportes concesionario, se daban por el cumplimiento de un Hito, es decir a título de remuneración por actividades efectivamente ejecutadas.

- Porque los testigos recibidos en declaración en el curso del proceso, sostuvieron que la Sociedad Concesionaria no administraba recursos públicos, como es el caso de la señora GLORIA LIDA BOHÓRQUEZ y del señor SANTIAGO JARAMILLO.

De la señora GLORIA LIDA BOHÓRQUEZ el apoderado de la defensa destaca el siguiente aparte de su declaración: “...de acuerdo con los conceptos jurídicos que se han emitido en nuestra fiduciaria, los recursos deben entenderse que no son públicos o que no administra como tal, o el negocio no es público en razón a que la entidad pública que aporta directa o indirectamente recursos a ese patrimonio o a ese fideicomiso no tiene la condición de fideicomitente, entonces por tal razón se dice: el fideicomiso no tiene el carácter de público, es privado, independientemente, como vuelvo e insisto, que tenga recursos de aporte directo o indirecto de una entidad público, entonces en ese orden de ideas, los negocios que derivan de concesiones en nuestra fiduciaria son matriculados como negocios de carácter público y derivan de un negocio privado, por ser el concesionario una entidad constituida para el propósito del desarrollo de ese proyecto y que tiene la condición también de privada, entonces se radican como privados”.

Del señor SANTIAGO JARAMILLO el abogado defensor resalta el concepto por él rendido y que fuera aportado como anexo de su declaración, en el cual sostuvo que: “... los peajes no son recursos públicos pues los mismos no entran a las arcas del INCO hoy ANI ni a las subcuentas que ésta tenía en el Contrato de Fiducia, sino directamente a las cuentas de la Concesionaria dentro del Contrato de Fiducia, como contraprestación por las actividades que desarrolla la Concesionaria, de tal manera que como se señala y desarrolla más adelante el pago del precio como contraprestación de la obra realizada por la Concesionaria hace que los recursos públicos pierdan dicha calidad al ingresar al patrimonio de la Concesionaria”.

Y de su declaración resalta, entre otros, los siguientes apartes: “Los recursos que se aportan a un contrato de fiducia mercantil son recursos privados. El negocio fiduciario tiene distintas modalidades que se podrían dividir principalmente en dos: la fiducia mercantil



propiamente dicha que esta regulada en el Código de Comercio y las normas de la Superintendencia Financiera, cuya celebración da lugar a la constitución de un patrimonio autónomo y la fiducia pública que esta regulada en la ley 80 es una modalidad de negocio fiduciario que recae sobre recursos públicos, donde el constituyente es una entidad pública y que por expresa disposición legal no da lugar a la integración de un patrimonio autónomo, en el caso que nos ocupa el documento que yo tuve en frente mío para revisión, es un contrato de fiducia mercantil irrevocable en donde el fideicomitente es un particular y da lugar a un patrimonio autónomo (...) por lo tanto recibidos los recursos que provienen de la entidad pública, los recibe por la transferencia de los mismos, por la tradición de los mismos y por lo tanto los recursos, son de propiedad del patrimonio autónomo y son recursos privados (...) el contrato de fiducia deviene o da lugar, de fiducia mercantil, da lugar a un patrimonio autónomo. El patrimonio autónomo genera por definición legal una separación de los bienes del patrimonio de quien los transfiere, del constituyente y aun de los beneficiarios...”

El Dr. URIEL ALBERTO AMAYA apoderado del señor ALBERTO MARIÑO SAMPER argumentó que no existió administración de recursos públicos por parte de la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., por las siguientes circunstancias:

- Porque la remuneración es un elemento esencial del contrato de concesión y los ingresos por concepto de peajes hacían parte de la remuneración y fueron cedidos al concesionario a partir de la fecha de entrega del sector, la cual tuvo lugar el 7 de abril de 2010, misma fecha en que se entregaron las estaciones de peaje, con excepción del peaje Pailitas que estaba en construcción y solo fue entregado el 2 de julio de 2010. Este argumento es en esencia el mismo sostenido por el Dr. SANTOFIMIO GAMBOA en el concepto que aportó el Dr. AMAYA OLAYA con su escrito de alegatos de conclusión, concepto en el cual se dice, que los aportes INCO y los peajes hacían parte de la remuneración del contratista, se integraban en el cálculo para la obtención del VTIP y perdían su naturaleza pública una vez ingresaban en las cuentas de la fiducia a título de pago de dicha remuneración.
- Porque la cesión del derecho de recaudo y de los recursos de peajes, comportó para el abogado defensor, la transferencia de su titularidad y la conversión de los mismos en recursos de naturaleza privada, pues en su sentir, la cesión de derechos implica la tradición como lo indicarían los artículos 761 y 1959 del Código Civil: “En suma, la cesión es la tradición del derecho, comporta la transferencia de la titularidad del mismo, como consecuencia de lo cual es claro que por virtud de la cesión de los peajes y de los derechos de recaudo el concesionario se hace titular del derecho a percibir a partir de dicho momento y hacia el futuro durante el plazo de la concesión, los peajes que paguen los usuarios, y una vez percibidos es el dueño de los recursos derivados de tales pagos. Igualmente, y por tal razón el recaudo de ninguna manera lo es sobre recursos públicos, sino sobre recursos que le pertenecen en virtud de dicha cesión”.
- Porque incluso los recursos provenientes de vigencias futuras que el INCO aportaba como parte de la contraprestación, eran recursos de naturaleza privada desde el momento que ingresaban a la Cuenta Aportes INCO: “... los Aportes del INCO que ingresaban a la Cuenta Aportes INCO del patrimonio autónomo, constituían desde dicho momento pago para el Concesionario, sin perjuicio de que la



posibilidad de disponer de los recursos por parte de éste, solo tuviera lugar cuando se trasladaban a la Cuenta Aportes Concesionario...”.

1.1. Consideraciones en torno al concepto de función pública

La Corte Constitucional en la sentencia C-563 de 1998 definió la función pública como: “el conjunto de las actividades que realiza el Estado, a través de los órganos de las ramas del poder público, de los órganos autónomos e independientes, (art. 113) y de las demás entidades o agencias públicas, en orden a alcanzar sus diferentes fines”³.

Posteriormente en la sentencia C-037 de 2003 la Corte Constitucional abordó el concepto de función pública en los siguientes términos:

“La Constitución utiliza el término “función” para identificar las actividades del Estado, (art.113 C.P.) así como para determinar las competencias de los diferentes órganos estatales (arts 150, 241, 277 C.P. por ejemplo). Así mismo el artículo 122 señala que “no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento”, en tanto que el artículo 212 superior expresa que “Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley.

La Constitución hace referencia a las expresiones “función pública” y “funciones públicas” de manera específica en el capítulo II del título V sobre la organización del Estado, en el que se establecen los principios que rigen el cumplimiento de “funciones públicas” por los servidores públicos.

Cabe recordar, así mismo, que la Constitución califica expresamente como “funciones públicas” la administración de justicia (art. 228 C.P.) y el control fiscal (art. 267 C.P.), en tanto que el artículo 209 se refiere a la “función administrativa” (art. 209 C.P.) especie dentro del género función pública.

Ahora bien, como ya ha señalado esta Corporación, las actividades de los servidores públicos, propias de su cargo o destino, son por esencia y definición funciones públicas, pues están dirigidas a contribuir al logro oportuno y eficaz de los cometidos a cargo del Estado.

Según la idea que fluye del artículo 123 de la Constitución, servidor público es en este sentido toda persona que ejerce a cualquier título una función pública y, en tal virtud, ostentan dicha condición los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios (C.P. arts. 123 y 125).

Así las cosas, la noción de “función pública” atañe al conjunto de las funciones que cumple el Estado, a través de los órganos de las ramas del poder público, de los órganos autónomos e independientes, (art. 113) y de las demás entidades o agencias públicas, en orden a alcanzar sus diferentes fines”.

(...)

³ Sentencia C-563 de octubre 7 de 1998, Magistrados Ponentes Drs. ANTONIO BARRERA CARBONELL y CARLOS GAVIRIA DÍAZ.



El servicio público se manifiesta esencialmente en prestaciones a los particulares. La función pública se manifiesta, a través de otros mecanismos que requieren de las potestades públicas y que significan, en general, ejercicio de la autoridad inherente del Estado.

(...)

No sobra precisar, que conforme al aparte final del artículo 365 superior, cuando el Estado se reserva para sí la prestación exclusiva de un servicio público, previa la indemnización de las personas que en virtud de la ley que así lo determine queden privadas del ejercicio de una actividad legítima, el particular que eventualmente llegue a prestar ese servicio por decisión del mismo Estado, por el solo hecho de dicha prestación, o de la sola celebración de un contrato de concesión para el efecto, tampoco ejercerá una función pública. Solamente en caso que la prestación haga necesario el ejercicio por parte de ese particular de potestades inherentes al Estado, como por ejemplo, señalamiento de conductas, ejercicio de coerción, expedición de actos unilaterales, podrá considerarse que este cumple en lo que se refiere a dichas potestades una función pública.

(...)

En ese orden de ideas, para efectos del control disciplinario será solamente en el caso en que la prestación del servicio público haga necesario el ejercicio de funciones públicas, entendidas como exteriorización de las potestades inherentes al Estado -que se traducen generalmente en señalamiento de conductas, expedición de actos unilaterales y ejercicio de coerción-, que el particular estará sometido, en relación con dicho ejercicio, al régimen disciplinario”.

Con posterioridad el Legislador a través del artículo 44 de la ley 1474 de 2011 modificó el artículo 53 de la ley 734 de 2002, incluyendo en él una definición de lo que debe entenderse por ejercicio de funciones públicas por particulares:

“Artículo 53 ley 734 de 2002. Sujetos disciplinables. El presente régimen se aplica a los particulares que cumplan labores de interventoría o supervisión en los contratos estatales; también a quienes ejerzan funciones públicas, de manera permanente o transitoria, en lo que tienen que ver con estas, y a quienes administren recursos públicos u oficiales.

Se entiende que ejerce función pública aquel particular que, por disposición legal, acto administrativo, convenio o contrato, realice funciones administrativas o actividades propias de los órganos del Estado, que permiten el cumplimiento de los cometidos estatales, así como el que ejerce la facultad sancionadora del Estado; lo que se acreditará, entre otras manifestaciones, cada vez que ordene o señale conductas, expida actos unilaterales o ejerza poderes coercitivos.

Sintetizando se debe señalar, que en las sentencias citadas, la Corte Constitucional asimiló la función pública al conjunto de funciones y actividades que le corresponde cumplir al Estado a través de los órganos de las ramas del poder público, de los órganos autónomos e independientes y de las demás entidades o agencias públicas, en orden a alcanzar sus diferentes fines, que por regla general son ejecutadas por servidores públicos y que en algunos eventos pueden ser desarrolladas por particulares, señalando en la última de las sentencias mencionadas, que la función pública se manifiesta a través de mecanismos que requieren de las potestades



públicas y que significan, en general, ejercicio de la autoridad inherente del Estado, lo que se traduce generalmente en el “señalamiento de conductas, expedición de actos unilaterales y ejercicio de coerción”.

Luego el Legislador precisó que para efectos disciplinarios debe entenderse que un particular ejerce función pública, cuando “por disposición legal, acto administrativo, convenio o contrato, realice funciones administrativas o actividades propias de los órganos del Estado, que permiten el cumplimiento de los cometidos estatales” y que dicho ejercicio tiene “entre otras manifestaciones”, la ordenación o señalamiento de conductas, la expedición de actos unilaterales y el ejercicio de poderes coercitivos.

1.2. Consideraciones en torno a las labores relacionadas con la gestión predial

En el pliego de cargos se consideró que la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., había asumido el ejercicio de función pública por virtud de la Sección 7.01 del contrato de concesión que regulaba la función de adquisición de los predios necesarios para la ejecución del proyecto, función que de conformidad con el artículo 34 de la ley 105 de 1994, era una función propia del Estado que podía ser delegada en el concesionario.

“Artículo 34. Adquisición de predios. En la adquisición de predios para la construcción de obras de infraestructura de transporte, la entidad estatal concedente podrá delegar esta función, en el concesionario o en un tercero. Los predios adquiridos figurarán a nombre de la entidad pública.

El Dr. AMAYA OLAYA adujo que las actividades comprendidas dentro de la gestión predial solo facultaban al concesionario para ejercer actividades materiales, operativas y de apoyo a la gestión necesarias para que el INCO se hiciera dueño de los predios, sin comprender el ejercicio de actos de poder o prerrogativas exclusivas del Estado, misma conclusión a la que llegó el Dr. SANTOFIMIO GAMBOA en el concepto aportado por el Dr. AMAYA donse de señala que la gestión predial a cargo del concesionario no lo empoderaba “para que adoptara decisiones, creara o modificara derechos subjetivos de manera unilateral, actuara como autoridad, en fin para que ejerciera algún tipo de poder sobre los particulares o específicamente sobre quienes tenían algún título, derecho, o posesión en relación con los predios que se debían adquirir para el desarrollo del proyecto”.

Para dirimir este punto, el Despacho comenzará por delimitar las principales obligaciones que en materia de gestión predial tenía a su cargo la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., para luego partiendo del concepto de función pública contenido en el artículo 53 de la ley 734 de 2002, concluir si dichas actividades pueden o no considerarse funciones públicas asumidas por el Concesionario con ocasión del contrato de concesión No. 001 de 2010.

Al revisar la sección 7.01 del contrato de concesión se observa que en ella se estableció que “La adquisición de los Predios requeridos para la ejecución de las obras estará a cargo del Concesionario quien desarrollará dicha labor en favor del INCO, conforme a lo establecido en el artículo 34 de la ley 105 de 1993, atendiendo en un todo la distribución de obligaciones y responsabilidades establecidas en el Apéndice Predial Social del presente Contrato, de conformidad



con las leyes 9 de 1989, 388 de 1997 y sus decretos reglamentarios, y demás normas concordantes y vigentes en la materia”.

Según el artículo 34 de la ley 105 de 1994: “Artículo 34. Adquisición de predios. En la adquisición de predios para la construcción de obras de infraestructura de transporte, la entidad estatal concedente podrá delegar esta función, en el concesionario o en un tercero. Los predios adquiridos figurarán a nombre de la entidad pública.

El Apéndice Social y Predial reguló los parámetros, procedimientos y requisitos a tener en cuenta en desarrollo del proceso de Gestión Predial en el caso en que se requiriera la adquisición de uno o varios predios para la ejecución del Contrato de Concesión.

En este apéndice se definió la gestión predial como sigue:

2.1.1. Gestión Predial: Es el proceso de investigación jurídica, física y socio-económica, en el cual se identifica la relación existente entre los inmuebles requeridos para la ejecución del proyecto y sus propietarios; los resultados obtenidos se incorporan a la ficha predial, al plano de afectación predial y al avalúo comercial del bien, con los cuales se inicia el proceso de enajenación, previo el lleno de la documentación requerida para su adquisición por parte del INCO.

Y a través del mismo se le adscribió a la Sociedad Concesionaria las siguientes funciones:

1.1.1. Contratar o elaborar directamente las fichas prediales, verificando que la información contenida en éstas corresponda a la realidad actualizada de cada inmueble

1.1.2. Contratar o elaborar directamente las fichas sociales, previo diagnóstico socioeconómico de los predios requeridos, y dar aplicación a la Resolución 545 de 2008 de INCO

1.1.3. Elaborar un estudio de títulos por cada predio, el cual abarcará, el análisis y aporte de los títulos de como mínimo un lapso de 20 años, o mayor en caso de ser necesario para establecer el saneamiento de derecho real de dominio

1.1.4. Con base en las fichas prediales, el estudio de títulos, y los documentos catastrales correspondientes (...) contratar la elaboración y obtener los Avalúos Comerciales prediales, de acuerdo con lo establecido en el Decreto 1420 de 1998 y la resolución reglamentaria 0762 de 1998 expedida por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi (IGAC),

1.1.5. Adelantar el proceso de enajenación voluntaria de los predios necesarios para ejecutar las obras y adquirirlos de conformidad con la normatividad vigente, gestión que el CONCESIONARIO deberá desarrollar con el propósito de asegurar, conforme el alcance de su competencia, la disponibilidad de los predios a fin de cumplir con el programa de trabajos.

En desarrollo de esta obligación, suscribirá los acuerdos de reconocimiento de factores sociales, las ofertas formales de compra y su correspondiente oficio de notificación conforme lo establecen los artículos 44 y 45 del C.C.A., oficio de inscripción de la oferta en la Oficina de Registro, los edictos cuando a ello hubiere lugar, las promesas de compraventa, aprobará las órdenes de operación para el pago de cuentas relacionadas con la adquisición de los predios requeridos para el proyecto, asimismo suscribirá y otorgará las Escrituras Públicas y todos los demás documentos necesarios para desarrollar, en los términos contractualmente acordados,



la gestión socio predial durante el procedimiento de enajenación voluntaria y adelantará el trámite para el correspondiente desenglobe del inmueble y la asignación de cédula catastral independiente por la entidad competente. Especialmente los documentos como reconocimientos sociales, ofertas, promesas y Escrituras Públicas de Compraventa serán suscritos exclusivamente por el representante legal del CONCESIONARIO y, en todo caso, en cumplimiento de lo señalado en el artículo 34 de la Ley 105 de 1993, los predios adquiridos figurarán siempre a nombre del INCO.

(...)

La entrega de los predios se efectuará mediante acta directamente suscrita por los enajenantes y el CONCESIONARIO, de la cual se enviará una copia al INCO.

1.1.6 Informar al INCO, mediante comunicación escrita, sobre los predios respecto de los cuales culminó satisfactoriamente el proceso de enajenación,

1.1.7 Velar por el cumplimiento cabal de los términos y condiciones establecidos por el ordenamiento jurídico para el agotamiento de la etapa de enajenación voluntaria, ante la eventual necesidad de acudir a la vía de la expropiación para la culminación de procedimiento de adquisición predial.

1.1.8. Preparar los documentos relacionados con el trámite de expropiación judicial o administrativa para suscripción por parte del INCO, en desarrollo de lo cual adelantará la supervisión, seguimiento y control de calidad a los documentos enviados para firma al INCO.

1.2.3. Cuando agotada la etapa de enajenación voluntaria, por razones no imputables al CONCESIONARIO, no sea posible culminar el proceso de adquisición, previo cumplimiento de los requisitos señalados para el efecto en la presente modificación, será responsabilidad del INCO suscribir los documentos previamente preparados por el CONCESIONARIO para dar inicio y llevar hasta su culminación, el proceso de expropiación por vía administrativa o por vía judicial de acuerdo con lo establecido en la Ley 388 de 1997 y Ley 9 de 1989, así como otorgar los poderes correspondientes a los apoderados que el CONCESIONARIO contrate con cargo a sus recursos para que defiendan los intereses de la entidad hasta la culminación del correspondiente proceso”.

Del contenido del artículo 34 de la ley 105 de 1994 se deduce, que es función de la entidad estatal concedente, la adquisición de los predios necesarios para la construcción de las obras de infraestructura entregadas en concesión y que ésta función podía ser delegada o transferida al concesionario o a un tercero.

La sección 7.01 del contrato de concesión confirma que dicha función fue transferida al concesionario.

Por su parte, el apéndice social y predial se cita como obligación de la sociedad concesionaria adelantar el proceso de enajenación voluntaria de los predios necesarios para ejecutar las obras y adquirirlos de conformidad con la normatividad vigente, gestión que el concesionario debía desarrollar con el propósito de asegurar la disponibilidad de los predios para el objeto del contrato, estando a su cargo:



- Contratar la elaboración y obtener los avalúos comerciales prediales.
- Suscribir los acuerdos de reconocimiento de factores sociales.
- Suscribir las ofertas formales de compra y su correspondiente oficio de notificación.
- Suscribir las promesas de compraventa.
- Suscribir y otorgar las Escrituras Públicas de compraventa donde los predios debían figurar a nombre del INCO.

En el anterior contexto normativo y obligacional, el Despacho concluye que la obligación de la sociedad concesionaria de adelantar el proceso de enajenación voluntaria de los predios necesarios para ejecutar las obras, gestión que el concesionario debía desarrollar con el propósito de asegurar la disponibilidad de los predios para el objeto del contrato y que comprendía la suscripción de ofertas formales de compra, de promesas de compraventa y de las escrituras de compraventa, si comportaba el ejercicio de una función pública, pues según el artículo 34 de la ley 105 de 1994 esa era una función propia de la entidad estatal concedente, que por virtud del contrato de concesión No. 001 de 2010 fue transferida al concesionario.

Los argumentos de la defensa según los cuales, no podía concluirse que el concesionario había asumido el ejercicio de funciones públicas porque sus obligaciones en materia de gestión predial no comportaban el ejercicio de actos de poder o prerrogativas exclusivas del Estado no es de recibo por el Despacho por las siguientes razones:

Porque según el artículo 53 de la ley 734 de 2002: **“Se entiende que ejerce función pública aquel particular que, por disposición legal, acto administrativo, convenio o contrato, realice funciones administrativas o actividades propias de los órganos del Estado, que permiten el cumplimiento de los cometidos estatales, así como el que ejerce la facultad sancionadora del Estado; lo que se acreditará, entre otras manifestaciones, cada vez que ordene o señale conductas, expida actos unilaterales o ejerza poderes coercitivos”.**

Lo anterior significa que fue el propio Legislador quien señaló que para efectos disciplinarios se entenderá que un particular ejerce función pública cuando por contrato realice funciones administrativas o actividades propias de los órganos del Estado, lo cual se acreditará “entre otras manifestaciones” cada vez que ordene o señale conductas, expida actos unilaterales o ejerza poderes coercitivos.

Del artículo citado se extrae, que la ordenación de conductas, la expedición de actos unilaterales o el ejercicio de poderes coercitivos, que doctrinariamente se han agrupado bajo el concepto de “actos de poder” o de “prerrogativas del Estado” son algunas de las manifestaciones del ejercicio de la función pública, pero que ni son las únicas, ni pueden ser ellas confundidas o asimiladas a la función pública propiamente dicha, que consiste en la realización de funciones administrativas o actividades



propias de los órganos del Estado, que permiten el cumplimiento de los cometidos estatales.

Para el Despacho, el Legislador guardando plena armonía con la naturaleza del derecho disciplinario estructurada en torno a la categoría del deber funcional, incorporó en el régimen de los particulares una definición de función pública bajo al cual ésta es asimilada al ejercicio de “funciones” o “actividades” propias de los órganos del Estado que permiten el cumplimiento de sus fines y que cuando son transferidas por ley, convenio o contrato para que un particular las ejecute, habilita el ejercicio de la acción disciplinaria en su contra.

Dicha definición está además en el criterio de esta primera instancia, en armonía con la evolución del derecho administrativo, que si bien en un principio buscó su sustantividad diferenciado entre actos de poder y actos de gestión, adscribiendo la aplicación del derecho administrativo a los primeros, caracterizados por la capacidad o facultad de la administración para imponerse sobre los particulares, se ha percatado que el Estado no cumple sus fines y no actúa únicamente a través de actos provistos o revestidos de órdenes coercitivas sino también a través de actos de gestión en cuya ejecución no se hace uso de prerrogativas de poder.

Sobre la teoría de las prerrogativas públicas, la doctrina nacional ha considerado lo siguiente:

“Así mismo, es importante percatarse de que, en términos estrictos, la connotación objetiva de esta justificación no nace de la identificación de un actividad o unas actividades precisas que merecen ser regladas por el derecho administrativo sino, más bien, de una forma de actuar que se justifica por la existencia misma del estado y que se materializa a través de la imposición de legítima de normas que pueden tener unos sujetos, sobre otros en el curso de sus relaciones”.

“Así mismo, esta visión pareciera desconocer una realidad del fenómeno administrativo relativo a la acción de las administraciones públicas, como es la posibilidad de que estas se manifiesten sin imponerse frente a los particulares, es decir, que desarrollen actividades que no implican ejercicio de prerrogativas públicas”⁴.

(...)

“Señalar que solo hay función administrativa cuando se ejerciten prerrogativas públicas supone desconocer el desarrollo de aquella, cuando se manifieste a través de simples actuaciones desprovistas de autoridad o simplemente prestacionales, como por ejemplo cuando la administración provee alimentos a poblaciones desprotegidas o damnificadas por algún fenómeno físico o socio-económico”⁵.

⁴ Fundamentos de derecho administrativo. Universidad Externado de Colombia. 2010. Alberto Montaña Plata p. 45 y 46.

⁵ Alberto Montaña Plata. Objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Concepto de función administrativa, servicio público y función administrativa. En Los grandes fallos de la jurisprudencia administrativa colombiana. Universidad Externado de Colombia 2013. Pgs – 281-291.



En este sentido, al haber definido el Legislador que para efectos disciplinarios se entenderá que un particular ejerce función pública, cuando por contrato realice funciones administrativas o actividades propias de los órganos del Estado y habiéndose acreditado que la obligación de la sociedad concesionaria de adelantar el proceso de enajenación voluntaria de los predios necesarios para ejecutar las obras, que comprendía la suscripción de ofertas formales de compra, de promesas de compraventa y de las escrituras de compraventa, sí comportaba el ejercicio de una función pública, pues según el artículo 34 de la ley 105 de 1994 esa era una función propia de la entidad estatal concedente, necesaria para el cumplimiento de los fines que el Estado pretendía cumplir a través del contrato de concesión y que por virtud del contrato de concesión No. 001 de 2010 fue transferida al concesionario.

1.3. Consideraciones en torno a la construcción, mantenimiento y operación del sector concesionado

En lo que respecta a las actividades de construcción, mantenimiento y operación, el Dr. AMAYA OLAYA argumentó que las dos primeras no son ejercicio de función pública ni en el contexto del contrato de obra pública, ni en el marco del contrato de concesión, que las labores de operación del sector corresponden a la explotación económica de la obra, asociada a la remuneración del contratista, la cual comprende actividades típicamente comerciales que no guardan relación con el concepto de función pública asociado al ejercicio de actos de poder o autoridad exclusivos de los órganos del Estado y que la recepción de la carretera y la infraestructura obedecía solamente a una obligación contractual necesaria para la ejecución del objeto del contrato.

Lo primero que debe señalar el Despacho frente a este punto, es que desde el pliego de cargos se enfatizó en que el ejercicio de función pública no surgía del ejercicio de las actividades de construcción propias del contrato de obra. En el auto de cargos se consideró que la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., había asumido el ejercicio de funciones públicas en la medida en que, a diferencia del contrato de obra pública regulado por el numeral 1° del artículo 32 de la ley 80 de 1993⁶ cuyo objeto principal recae en la construcción, mantenimiento e instalación y, en general, en la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, en el contrato de concesión No. 001 de 2010, además de actividades de construcción sobre un bien inmueble, se previó la operación de un bien público concreto (carretera e infraestructura vial comprendida entre Puerto Salgar y San Roque con una extensión aproximada de 528 kilómetros), concluyéndose en aquel momento procesal, que “la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., por virtud del contrato 001 de 2010 tenía a su cargo la realización de funciones públicas que se concretaban en la función de adquirir los predios necesarios para la ejecución del proyecto y en la función de operación y mantenimiento de una vía pública, para cuyo efecto contaba además con el manejo de un bien público

⁶ Artículo 32 numeral 1°. Son contratos de obra los que celebren las entidades estatales para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago.



concreto: carretera e infraestructura vial comprendida entre Puerto Salgar y San Roque con una extensión aproximada de 528 kilómetros”.

El Despacho observa, que pese a haberse hecho mención en el auto de cargos, a las diferencias entre el objeto propio de los contratos de obra y el objeto del contrato de concesión 001 de 2010, en la conclusión citada en el párrafo precedente se dijo que la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., asumió el ejercicio de función pública a partir de las labores de operación y “mantenimiento” de una vía pública y del manejo de un bien público como lo era la carretera e infraestructura vial correspondiente al sector 2 de la Ruta del Sol, mencionando las labores de mantenimiento como una de las circunstancias que dieron origen al ejercicio de función pública por parte del concesionario, por lo cual en sede de fallo se concluye lo siguiente:

En concordancia con lo señalado por la Corte Constitucional en la sentencia C-563 de 1998, donde se consideró que “en el contrato de obra pública el contratista no es receptor de una función pública” debido que su labor es de carácter estrictamente material “se reduce a construir o reparar la obra pública que requiere el ente estatal para el alcanzar los fines que le son propios”⁷ y habida cuenta que el artículo 32 de la ley 80 de 1993, define el contrato de obra como aquel que celebran las entidades estatales para la construcción, “mantenimiento”, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles⁸, en sede de fallo debe concluirse, que la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., no asumió el ejercicio de función pública con ocasión de las labores de construcción y mantenimiento que surgían del contrato de concesión 001 de 2010, sino que, como a continuación se desarrollará, lo hizo con ocasión de la operación, manejo y administración de la infraestructura vial comprendida entre Puerto Salgar y San Roque con una extensión aproximada de 528 kilómetros, la cual recibió para efectos de su operación.

En la sentencia C-563 de 1998, la Corte no solo señaló que en el contrato de obra pública el contratista no es receptor de una función pública en la medida en que su labor es estrictamente material, sino que también precisó, que excepcionalmente el contrato puede constituir una forma autorizada por la ley de atribuir funciones públicas a un particular, como cuando “**adquiere el carácter de concesionario**, o administrador delegado o se le encomienda la prestación de un servicio público a cargo del Estado, o el recaudo de caudales o **el manejo de bienes públicos**”. (Negrilla fuera de texto).

⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-563 de 1998, Magistrados Ponentes: ANTONIO BARRERA CARBONELL y CARLOS GAVIRIA DÍAZ.

⁸ La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en concepto de septiembre 15 de 2018 con el radicado interno 2386 y el número único 11001-03-06-000-2018-00124-00 consideró que: “En términos generales, el contrato de obra tiene como finalidad la ejecución de una obra pública, considerándose dentro del alcance de la misma todo trabajo que tiene por objeto, crear, construir, conservar o modificar bienes inmuebles incorporándose a dicho concepto trabajos como la construcción, instalación, conservación, mantenimiento, reparación y demolición de los bienes inmuebles, así como la construcción, instalación, conservación, mantenimiento, reparación y demolición de aquellos bienes destinados a un servicio público o al uso común”.



Este último aspecto, el manejo de bienes públicos, no fue una simple referencia ejemplificativa realizada sin desarrollo, sino que fue uno de los ejes sobre los cuales recaía la decisión, pues en esa sentencia se concluyó que desde la perspectiva de su contenido y finalidad, la administración o custodia de bienes pertenecientes al Estado o que hayan sido recibidos a cualquier título de éste, constituía materialmente ejercicio de una función pública, presupuesto a partir del cual declaró la exequibilidad del artículo 20 de la ley 190 de 1995 que modificó el código penal vigente para ese momento, en el siguiente sentido:

"Artículo 20. El artículo 138 del Código Penal quedará así:

"Artículo 138. Peculado por extensión. También incurrirá en las penas previstas en los artículos anteriores, el particular que realice cualesquiera de las conductas en ellos descritas sobre **bienes:**

"1. Que administre o tenga bajo su custodia pertenecientes a empresas o instituciones en que el Estado tenga la mayor parte o recibidos a cualquier título de éste".

En esa oportunidad la Corte Consideró lo siguiente:

"e) La acusación contra el artículo 20 de la ley 190 de 1995, que modificó el artículo 138 del Código Penal, se fundamenta en la circunstancia de que dicha disposición hace extensivas las distintas modalidades de peculado a los particulares que administren o tengan bajo su custodia bienes pertenecientes a empresas o instituciones del Estado, o que recauden, administren o custodien bienes pertenecientes a asociaciones profesionales, cívicas, sindicales, comunitarias, etc., porque no es posible asimilar a los particulares a servidores públicos.

Bastaría para declarar exequible la norma acusada que la Corte se remitiera a las consideraciones, prolijamente expuestas, en relación con la validez constitucional de la asimilación a servidores públicos, para fines penales, de los particulares que cumplen funciones públicas. Sin embargo, considera conveniente agregar lo siguiente:

Debe tenerse en cuenta que el delito de peculado se comete no sólo por un funcionario público, sino también por un particular que administre o tenga bajo su custodia bienes del Estado o de sus empresas o instituciones y realice sobre ellos cualquiera de las conductas previstas en el tipo penal.

Es evidente que la finalidad de este tipo penal es la de proteger los bienes del Estado, expuestos por razón de su administración o cuidado, a la comisión de ilícitos.

En sentido estricto, es pertinente observar que la norma propiamente no asimila al particular a un servidor público, pues el tipo penal se estructura bajo el entendido de que el sujeto activo de este ilícito es precisamente un particular. **Sin embargo, mirada desde la perspectiva de su contenido y de la finalidad que se propone no cabe duda que se tuvo en cuenta objetivamente que la actividad del particular que realice cualquiera de las acciones descritas en el numeral 1°, constituye materialmente función pública".**

Como puede observarse la Corte Constitucional de manera expresa consideró que la administración o custodia de bienes del Estado, era materialmente ejercicio de función pública.



En el sub judice, en virtud del contrato No. 001 de 2010, se entregó a la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S, en los términos del artículo 674 del Código Civil⁹ un bien público concreto: carretera e infraestructura vial comprendida entre Puerto Salgar y San Roque con una extensión aproximada de 528 kilómetros, no solo para que cumpliera labores de construcción, rehabilitación y mantenimiento, sino también para que operara dicha infraestructura, operación que implicaba el manejo, custodia y administración de la misma para garantizar la transitabilidad del sector con el fin dar cumplimiento a la función que para la infraestructura de transporte previó el artículo 12 de la ley 105 de 1993, esto es, garantizar la integración de las principales zonas de producción y de consumo del País.

El manejo y operación de la infraestructura vial según el apéndice técnico del contrato de concesión, iba “desde la fecha de entrega en concesión del Sector y hasta la fecha de suscripción del Acta de Recibo Final (inclusive)” y comprendía según el numeral 4.2., del Apéndice Técnico B, la operación conforme, entre otros, al principio de continuidad entendiendo por tal, “la obligación que tiene el Concesionario de garantizar la disponibilidad del Sector al tránsito en forma permanente”.

Para el Dr. URIEL AMAYA el manejo y operación del sector concesionado se encuentra asociado a la explotación económica de la obra y por lo tanto a la remuneración del contratista y comprende “una actividad típicamente comercial, necesaria y orientada a la recuperación de la inversión, y no una función pública”, sin embargo el hecho de que el concesionario recuperara su inversión a través de la operación del sector concesionado, no desvirtúa el hecho de que con ocasión del contrato de concesión la Sociedad Concesionaria recibió de parte del INCO un bien público -carretera e infraestructura vial comprendida entre Puerto Salgar y San Roque-, cuyo manejo, administración y custodia quedó bajo su responsabilidad de cara a garantizar la transitabilidad del sector y la integración de las zonas de producción del consumo del país, siendo dicha administración y los fines de interés público en ella inmersos, prueba del ejercicio de función pública por parte del concesionario.

También señaló el Dr. URIEL AMAYA, que no se puede considerar como función pública la operación de la infraestructura orientada a la prestación del servicio de tránsito a los usuarios del sector, ya que desconocería la diferencia que existe entre la prestación de un servicio público y el ejercicio de una función pública, así como el contenido del propio artículo 53 de la ley 734 de 2002 que prescribe que: “*No serán disciplinables aquellos particulares que presten servicios públicos, salvo que en ejercicio de dichas actividades desempeñen funciones públicas, evento en el cual resultarán destinatarios de las normas disciplinarias*”.

⁹ Artículo 674. Bienes públicos y de uso público. Se llaman bienes de la Unión aquéllos cuyo dominio pertenece a la República. Si además su uso pertenece a todos los habitantes de un territorio, como el de calles, plazas, puentes y *camino*s, se llaman bienes de la Unión de uso público o bienes públicos del territorio.



Frente a este argumento se debe señalar, que en pliego de cargos este Despacho no señaló que el concesionario había asumido el ejercicio de función pública por tener a su cargo la prestación de un servicio público y tampoco se dijo que las actividades correspondientes a la operación del sector equivalían al ejercicio de un servicio público, lo que se dijo en su momento y se ratifica ahora en sede de fallo, es que **el ejercicio de función pública por parte de la Sociedad Concesionaria, deviene de la recepción de un bien público para su operación, manejo y administración**, hipótesis respaldada por la doctrina constitucional.

El Dr. URIEL AMAYA emplea el símil del contrato de arrendamiento para señalar que “cuando una entidad pública arrienda un bien público de su propiedad a un particular, debe entregárselo al contratista, y si la destinación del bien lo permite, el arrendatario tendrá el derecho de explotarlo económicamente, caso en el cual se incurriría en un despropósito mayúsculo si se afirmara que el arrendatario por recibir dicho bien y “manejarlo”, ejerce funciones públicas”, sin embargo no solo es claro que un contrato de arrendamiento difiere en gran medida de un contrato de concesión como el que nos ocupa, sino que además se debe resaltar, que mientras en el contrato de arrendamiento el bien le es entregado al particular para su uso personal y no para el cumplimiento de un fin público, en el contrato de concesión No. 001 de 2010 el concesionario recibió la infraestructura vial concesionada no para su uso personal y particular sino para en reemplazo del Estado, operar, manejar y administrar esa infraestructura con miras al cumplimiento de unos fines públicos concretos: “garantizar la disponibilidad del Sector al tránsito en forma permanente” (numeral 4.2., del Apéndice Técnico B) y procurar la integración de las zonas de producción del consumo del país (artículo 12 de la ley 105 de 1993), sin que, se repite, el hecho de que el concesionario recuperara su inversión a través de la operación del sector concesionado, desdibuje el hecho de que los bienes estatales le fueren entregados para a través de su manejo y administración en reemplazo del Estado, cumpliera con unos fines públicos concretos, que inicialmente se encontraban a cargo de Instituto Nacional de Vías (INVIAS).

En efecto, la infraestructura vial comprendida entre Puerto Salgar y San Roque de conformidad con el Decreto 1735 de 2001 hacía parte de la Red Nacional de Carreteras a cargo del INVIAS, lo cual se encuentra plenamente acreditado en el presente proceso disciplinario con los siguientes medios de prueba:

- Oficio SIAF E-2019-655544 del 24710/2019 suscrito por el Vicepresidente Ejecutivo de la Agencia Nacional de Infraestructura en el cual se informó que: “las estaciones de peaje denominadas “Zambito”, “Aguas Negras”, “La Gómez” y “Morrison”, correspondientes al Proyecto Ruta del Sol Sector 2, previo a la suscripción del Contrato de Concesión No. 001 de enero 14 de 2010, se encontraban a cargo del Instituto Nacional de Vías – INVIAS, a través de su contratista VIPSA 2004, quien el día 7 de abril de 2010, hizo entrega de las estaciones de peaje al INVIAS y éste al Instituto Nacional de Concesiones – INCO, quien en el mismo acto de fecha 7 de abril de 2010, realizó la entrega inmediata a la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., como consta en las actas adjuntas, por lo que el recaudo pasó de estar a cargo del contratista del INVIAS a la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S, a partir del día 7 de abril de 2010 y hasta el 20 de octubre de 2017...” (f. 641).
- Copia de la Resolución No. 01097 del 19 de marzo de 2010 “Por la cual se autoriza la entrega de una infraestructura vial al Instituto Nacional de Concesiones, para ser afectada al proyecto



de concesión denominado Ruta del Sol” firmada por el Director General del Instituto Nacional de Vías (INVÍAS) en cuya parte resolutive se dispuso lo siguiente:

“ARTÍCULO PRIMERO: Autorizar la entrega al Instituto Nacional de Concesiones – INCO, para ser afectada al contrato de concesión No. 001 del 14 de enero de 2010, suscrito por la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., de los siguientes sectores viales, con todas las obras de infraestructura que forman parte del mismo, incluías las estaciones de peaje y pesaje mencionadas en el presente acto administrativo.

(...)

ARTÍCULO SEGUNDO: Autorizar a partir del acta de entrega y recibo que el INVÍAS efectúe al INCO y de éste a su vez a la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., y hasta la fecha de terminación del contrato de concesión No. 011 de 2010, la cesión del recaudo de las estaciones de peaje ZAMBITO, AGUAS NEGRAS, LA GÓMEZ y MORRISON. Así mismo se autoriza la entrega de las estaciones de pesaje La Lizama 1 localizada en el PR 4+0100 y La Lizama 2 ubicada en el PR 4+0050. Lo anterior para ser afectados al contrato de concesión citado.

(...)

ARTÍCULO CUARTO (...) PARÁGRAFO: A partir de la fecha y hora en que se haga efectiva el acta de entrega y recibo, cesará en favor del INVÍAS cualquier tipo de responsabilidad de todo orden que se pueda generar como consecuencia de la **operación y administración de la vía**, la cual corresponderá al INCO y/o al Concesionario. Igualmente, a partir de dicha efectividad la responsabilidad por el mantenimiento periódico y rutinario de la vía y de todas las obras de infraestructura que la conforman incluyendo las demás que ejecutará el concesionario, así como su operación, garantizando igualmente la transpirabilidad del sector objeto de entrega, será del INCO y/o del concesionario” (CD. F. 646).

- Copia de la Resolución No. 01282 de marzo 31 de 2010 “Por la cual se modifica la resolución No. 01097 del 19 de marzo de 2010, mediante la cual se autoriza la entrega de una infraestructura vial al Instituto Nacional de Concesiones, para ser afectada al proyecto de concesión denominado “Ruta del Sol”.
- Copia acta de 7 de abril de 2010 “...de entrega del INVÍAS al INCO del sector La Mata – San Roque, comprendido entre los PR s 0+0000 y 86+1702, Ruta 4515, para ser afectado al contrato de concesión No. 001 suscrito entre el INCO y la Sociedad CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S”.
- Copia de acta de entrega del INVÍAS al INCO del sector Puerto Salgar – Rio Ermitaño, comprendido entre los PRs 34+0000 y 134+0461 de la carretera Honda Rio Ermitaño, ruta 4510, para ser afectado al contrato de concesión No. 001 de 2010 suscrito entre el INCO y la sociedad CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S.
- Copia acta de 7 de abril de 2010 “...de entrega del INVÍAS al INCO del Sector San Alberto – La Mata, comprendido entre los PRs 0+0000 y 99+0923 ruta 4514, para ser afectado al contrato de concesión No. 001 suscrito entre el INCO y la Sociedad CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S”.
- Copia del acta de entrega de la estación de peaje “Pailitas” de fecha 2 de julio de 2010.



- Copia del acta de 7 de abril de 2010 "...de entrega del INVÍAS al INCO de los sectores Rio Ermitaño – La Lizama (...) para ser afectado al contrato de concesión No. 001 suscrito entre el INCO y la Sociedad CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S”.
- Copia de las acta de entrega y recibido de las estaciones de peaje Zambito, Aguas Negras, La Gómez, Morrison, La Lizama, Macheta.
- Copia del acta de entrega del Sector 2 Ruta del Sol, del 7 de abril de 2010, firmada entre el Supervisor del INCO y el Representante Legal de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., en la cual se lee:

“IV. LAS PARTES ACUERDAN:

“1- Realizar en este acto la Entrega por parte del INCO al CONCESIONARIO, del Sector 2 del proyecto Ruta del Sol – Contrato de Concesión No. 001 de 2010, en el estado en que se encuentra.

“2. Todos los bienes puestos a disposición del CONCESIONARIO son aceptados por éste, en el estado en que se encuentran. NO se hace entrega de la estación de peaje de Pailitas, la cual el INCO se compromete a entregar al CONCESIONARIO en operación 10 días después de terminada su construcción, sin pasar del 30 de mayo de 2010, previa socialización, construcción, instalación y operación de la misma por parte del INVÍAS, durante un periodo máximo de 10 días.

“3. En vista de que la estructura tarifaria de los peajes está plenamente vigente a la presente fecha, el INCO acepta que el CONCESIONARIO asuma a partir de la fecha, el recaudo de los peajes del sector, sin restricción física o legal de ninguna especie”.

Y junto a lo anterior se encuentra acreditado, de conformidad con el Decreto No. 2056 de julio 24 de 2003 “por el cual se modifica la estructura del Instituto Nacional de Vías, Invías, y se dictan otras disposiciones”, vigente para la fecha de suscripción del contrato de concesión, que mientras las carreteras de la red vial nacional no hayan sido concesionadas, es función del INVÍAS “Recaudar los peajes y demás cobros sobre el uso de la infraestructura vial de su competencia” (Art 2 numeral 2.6.) y “Administrar integralmente los procesos de construcción, conservación, rehabilitación, **operación**, señalización, y de seguridad de la infraestructura de carreteras primarias no concesionada” (Art. 15 numeral 15.2), funciones éstas que en lo que respecta a la carretera e infraestructura vial asociada a la Ruta del Sol Sector 2, fueron transferidas al concesionario con ocasión del Contrato de Concesión No. 001 de 2010, siendo claro en este sentido el artículo 26 del Decreto 2056 de 2003 cuando señala que la infraestructura a cargo del Instituto Nacional de Vías, podrá ser administrada por el Sistema de Concesión, para cuyo efecto el INVÍAS la transferirá al INCO para que éste la entregue al concesionario, como en el sub judice ocurrió y lo acreditan los medios de prueba previamente citados¹⁰.

¹⁰ El Decreto 2056 de 2003 fue derogado por el artículo 27 del Decreto 2618 de 2013 “Por el cual se modifica la estructura del Instituto Nacional de Vías (Invías) y se determinan las funciones de sus dependencias.”, el cual no obstante continuó adscribiendo al INVÍAS las funciones de: “2.6 Recaudar los peajes y demás cobros sobre el uso de la infraestructura vial de su competencia”; 16.2 Administrar integralmente los procesos de construcción, conservación, rehabilitación, operación, señalización y de seguridad de la infraestructura vial primaria y secundaria no concesionada”.



Concluyendo, con ocasión del contrato de concesión No. 001 de 2010 el concesionario recibió la infraestructura vial comprendida entre Puerto Salgar y San Roque, no para su uso personal y particular sino para que en reemplazo del Estado, operara, manejara y administrara esa infraestructura con miras al cumplimiento de unos fines públicos concretos: “garantizar la disponibilidad del Sector al tránsito en forma permanente” (numeral 4.2., del Apéndice Técnico B) y procurar la integración de las zonas de producción del consumo del país (artículo 12 de la ley 105 de 1993), fines que antes de su concesión, correspondía cumplir al INVIAS a cuyo cargo se encontraban las funciones de “Recaudar los peajes y demás cobros sobre el uso de la infraestructura vial de su competencia” (Art 2 numeral 2.6 Decreto 2056 de 2003) y “Administrar integralmente los procesos de (...) **operación** (...) de la infraestructura de carreteras primarias no concesionada” (Art. 15 numeral 15.2 ibídem), funciones que con ocasión del contrato 001 de 2010 asumió la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., circunstancia que dio lugar al ejercicio de función pública por parte de esta Sociedad Concesionaria, en los términos del artículo 53 de la ley 734 de 2002 que establece que un particular asume el ejercicio de función pública cuando “por disposición legal, acto administrativo, convenio **o contrato, realice** funciones administrativas o **actividades propias de los órganos del Estado, que permiten el cumplimiento de los cometidos estatales...**”.

Un último argumento del Dr. AMAYA OLAYA que este Despacho debe analizar, es aquel según el cual, a través del contrato de concesión 001 de 2010 no se transfirieron funciones administrativas al concesionario, al no estar presentes en dicho contrato, los requisitos que para la figura de la descentralización por colaboración establece el artículo la ley 489 de 1998.

Frente a este argumento debe señalar el Despacho, que los presupuestos de procedencia de la acción disciplinaria contra particulares fue regulada de manera expresa por el Legislador en el artículo 53 de la ley 734 de 2002 que regula los eventos en los cuales los particulares resultan destinatarios de la acción disciplinaria, resultando relevantes para lo que nos ocupa, los primeros dos incisos del artículo 53 que señalan lo siguiente:

“El presente régimen se aplica a los particulares que cumplan labores de interventoría o supervisión en los contratos estatales; también a quienes ejerzan funciones públicas, de manera permanente o transitoria, en lo que tienen que ver con estas, y a quienes administren recursos públicos u oficiales.

Se entiende que ejerce función pública aquel particular que, por disposición legal, acto administrativo, convenio o contrato, realice funciones administrativas o actividades propias de los órganos del Estado, que permiten el cumplimiento de los cometidos estatales, así como el



que ejerce la facultad sancionadora del Estado; lo que se acreditará, entre otras manifestaciones, cada vez que ordene o señale conductas, expida actos unilaterales o ejerza poderes coercitivos”.

La norma citada señaló que son sujetos pasivos de la acción disciplinaria los particulares que ejerzan funciones públicas, precisando que se entiende que ejerce función pública aquel particular que “por disposición legal, acto administrativo, convenio o contrato, realice funciones administrativas o actividades propias de los órganos del Estado, que permiten el cumplimiento de los cometidos estatales”.

El artículo 53 del CDU no sujetó el ejercicio de la acción disciplinaria contra particulares que ejercen función pública, a que ésta haya sido transferida de conformidad con la ley 489 de 1998, y ésto no podía ser de otro modo, en primer lugar porque el fin de protección de la norma es el adecuado ejercicio de la función pública y no la legalidad o validez del contrato por miedo del cual aquella fue transferida, y en segundo lugar porque en el marco de la ley 734 de 2002, no corresponde al operador disciplinario como prerrequisito del ejercicio de la acción disciplinaria, definir la validez o nulidad del contrato por medio del cual una Entidad Estatal encargó una función pública a un particular para que éste procediera a su ejecución, competencia ésta que es exclusiva de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Bajo la ley 734 de 2002 la autoridad disciplinaria solo debe verificar que un particular por virtud de “disposición legal, acto administrativo, convenio o contrato”, haya realizado funciones administrativas o actividades propias de los órganos del Estado, que permiten el cumplimiento de los cometidos estatales y que con ocasión de las mismas haya incurrido en falta disciplinaria, sin que, so pena de extralimitarse en el ejercicio de sus funciones e invadir la órbita de la Corte Constitucional y de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, esté obligada a analizar la constitucionalidad de la ley mediante la cual se efectuó la transferencia, o a evaluar la legalidad o ilegalidad del acto administrativo, o la validez o invalidez del convenio o contrato.

Por lo anterior, al haberse acreditado en el sub judice que por medio del contrato de concesión 001 de 2010 la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., recibió para su operación, manejo y administración un bien y una infraestructura física propiedad del Estado, para el cumplimiento de unos fines públicos concretos: “garantizar la disponibilidad del Sector al tránsito en forma permanente” (numeral 4.2., del Apéndice Técnico B) y procurar la integración de las zonas de producción del consumo del país (artículo 12 de la ley 105 de 1993), habiendo definido la Corte Constitucional en la sentencia C-563 de 1998, que excepcionalmente el contrato puede constituir una forma autorizada por la ley de atribuir funciones públicas a un particular, como cuando “adquiere el carácter de concesionario, o administrador delegado o se le encomienda la prestación de un servicio público a cargo del Estado, o el recaudo de caudales o **el manejo de bienes públicos**” y que la administración o custodia de bienes del Estado, era materialmente ejercicio de función pública, la Procuraduría tenía competencia para ejercer la acción disciplinaria en el presente caso, sin que debiera entrar a analizar la validez o invalidez de la transferencia de ésta función pública.



1.4. Consideraciones sobre la administración de recursos públicos por parte de la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S.

En el pliego se argumentó que la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol SAS., tenía a su cargo la administración de recursos públicos, en la medida en que una de sus obligaciones contractuales era operar las estaciones de peaje ubicadas en el sector 2 y efectuar el respectivo recaudo, siendo el peaje una renta que hacía parte del presupuesto del INVIAS y que con ocasión del contrato de concesión, se destinó a unos fines específicos determinados tanto en el contrato de concesión, como en el contrato de fiducia mercantil y que en los términos de estos mismos contratos, no se constituían en propiedad directa e inmediata del concesionario a partir de su recaudo, sino que debían ingresar a la fiducia, desde donde se giraban al concesionario única y exclusivamente para el pago de costos y gastos reales asociados a la ejecución de la concesión y se sostuvo que a destinación específica impuesta a los recursos de recaudo de peaje se adecuaba a lo prescrito por el artículo 53 modificado por la ley 1474 de 2011 según el cual administran recursos públicos los particulares que particulares que “recaudan, custodian, liquidan o disponen el uso de rentas parafiscales, de rentas que hacen parte del presupuesto de las entidades públicas o que estas últimas han destinado para su utilización con fines específicos”.

Por su parte los apoderados defensores consideran que los recursos recaudados por concepto de peajes no eran recursos públicos porque no hacían parte del patrimonio del INCO, ingresaban al patrimonio autónomo creado a partir de un contrato de fiducia mercantil, hacían parte de la cuenta denominada “Cuenta Aportes Concesionario”, porque eran parte de la contraprestación o remuneración del concesionario y porque los peajes fueron cedidos al concesionario a partir de la fecha de entrega del sector, la cual tuvo lugar el 7 de abril de 2010, cesión que implicaba la transferencia de su titularidad y la conversión de los mismos en recursos de naturaleza privada.

Para abordar los anteriores argumentos de defensa el Despacho comenzará por exponer el alcance del concepto “recursos públicos”, para luego y sustentar por qué los recursos provenientes del recaudo de peajes con los cuales se pagó el contrato celebrado con la Compañía de Profesionales de Bolsa S.A., en el contexto del contrato de concesión No. 001 de 2010, aún habiendo sido pactados como parte de la contraprestación del concesionario, eran recursos de naturaleza pública.

1.4.1. Conceptualización del término “recursos públicos”.

Aunque el Dr. URIEL AMAYA sostiene en uno de sus argumentos defensivos, que no existe norma alguna en el ordenamiento jurídico que establezca, o de la cual pueda deducirse, que la estipulación contractual de destinar recursos que aporta el Estado para la ejecución de un contrato, al pago de gastos y costos reales asociados a la ejecución del proyecto, le adscribe a los mismos la naturaleza de recursos públicos, a continuación el Despacho demostrará que no le asiste razón al abogado defensor en su apreciación.



En primer lugar debe señalarse que sí existe una norma jurídica que de manera expresa define para efectos disciplinarios, cuándo puede afirmarse que existen recursos públicos y que éstos son administrados por particulares. Esta norma es el artículo 53 de la ley 734 de 2002 que en su inciso tercero prescribe:

“Adminstran recursos públicos aquellos particulares que recaudan, custodian, liquidan o disponen el uso de rentas parafiscales, de rentas que hacen parte del presupuesto de las entidades públicas **o que estas últimas han destinado para su utilización con fines específicos**”.

Del contenido del artículo 53 del Código Disciplinario Único surge una primera característica consistente en que la acepción “recursos públicos” es una noción englobante que agrupa recursos de naturaleza presupuestal y no presupuestal, lo que a su vez implica, que no solo son recursos públicos aquellos que hacen parte del presupuesto de una entidad pública, sino también aquellos que como las rentas parafiscales no ingresan al presupuesto de las entidades públicas pero surgen de la potestad impositiva del Estado y tienen una destinación específica¹¹ y aquellos que salen del presupuesto de las entidades públicas con una destinación específica de interés público.

Sobre el carácter englobante de la noción de recursos públicos la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en concepto del 3 de febrero de 2005 correspondiente al radicado No. 1624 consideró lo siguiente:

“En concepto de la Sala, la noción de fondo público no sólo se circunscribe a los recursos que se incorporan al Presupuesto General de la Nación, sino que abarca todos aquellos fondos que son producto del poder impositivo del Estado, en los términos del artículo 338 de la Constitución Política.

En este sentido, la Corte Constitucional en sentencia C-543 de 2001, estableció la **diferencia entre recursos de presupuesto y recursos públicos**, para concluir que el hecho de que un ingreso no se incorpore al presupuesto, no le resta su calidad de ingreso público. Allí se dijo:

"Precisamente en armonía con los mandatos constitucionales (C.P., arts. 267 y 268-4) la gestión que con esos recursos se cumpla está sujeta, entre otros controles, al control fiscal asignado constitucionalmente a la Contraloría General de la República, como sucede en el

¹¹ La Corte Constitucional en la sentencia C-308 de 1994 señaló lo siguiente: “En nuestro ordenamiento jurídico la figura de la parafiscalidad constituye un instrumento para la generación de ingresos públicos, caracterizado como una forma de gravamen que se maneja por fuera del presupuesto -aunque en ocasiones se registre en él- afecto a una destinación especial de carácter económico, gremial o de previsión social, en beneficio del propio grupo gravado, bajo la administración, según razones de conveniencia legal, de un organismo autónomo, oficial o privado. No es con todo, un ingreso de la Nación y ello explica porque no se incorpora al presupuesto nacional, pero no por eso deja de ser producto de la soberanía fiscal, de manera que sólo el Estado a través de los mecanismos constitucionalmente diseñados con tal fin (la ley, las ordenanzas y los acuerdos) puede imponer esta clase de contribuciones como ocurre también con los impuestos. Por su origen, como se deduce de lo expresado, las contribuciones parafiscales son de la misma estirpe de los impuestos o contribuciones fiscales, y su diferencia reside entonces en el preconditionamiento de su destinación, en los beneficiarios potenciales y en la determinación de los sujetos gravados”.



caso en estudio pues como lo ha expresado la Corte si bien no se trata de recursos presupuestales si son recursos públicos de la Nación².

No es novedad que debido a la aplicación de la denominada descentralización por colaboración, los particulares han asumido en virtud de la Constitución y la ley, el ejercicio de funciones administrativas financiadas a través de la creación legal de tasas que recaudan y manejan directamente dichos particulares.

(...)

En consecuencia, hoy por hoy, la noción de fondo público va más allá del concepto restringido de la incorporación al presupuesto, siendo determinante para dar dicha calificación que el recurso se origine en la soberanía impositiva del Estado, aunque no ingrese al presupuesto.

Así las cosas, si la tasa es una contribución que emana del poder impositivo del Estado, cuyo hecho generador es la prestación concreta e individualizada de un servicio público de carácter administrativo, no hay duda para la Sala, que éstas representan un ingreso o fondo público, independientemente de la naturaleza jurídica, pública o privada, de la persona que lo recaude y maneje y de su incorporación o no al Presupuesto.

(...)

De otra parte, en este tema presupuestal es oportuno mencionar que la jurisprudencia ha sido unánime al considerar que también los recursos parafiscales son recursos públicos cuyo manejo es objeto de control fiscal, a pesar de que sólo se incorporan en el Presupuesto, para registrar la estimación de su cuantía, en capítulo aparte, cuando se administran por los órganos que forman parte del presupuesto General de la Nación¹².

Además de ser una noción englobante que agrupa recursos de naturaleza presupuestal y no presupuestal, la noción de “recursos públicos” no puede asimilarse a los conceptos “propiedad estatal” y “propiedad privada” en la medida en que existen recursos de naturaleza pública, como los parafiscales, que no son propiedad del Estado, ni propiedad de las personas privadas que los administran.

Sobre los diferentes tipos de propiedad en ordenamiento jurídico colombiano, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en concepto del 4 de septiembre de 2008 correspondiente al radicado No. 11001-03-06-000-2008-00057-00(1919), consideró:

“1. Con fundamento en la Constitución Política, la jurisprudencia distingue tres clases de propiedad: privada, estatal, y pública. En efecto, a la clasificación que comprende la propiedad privada y la propiedad estatal, se agrega hoy un tercer grupo, el de la propiedad pública, que es aquella afectada por disposición de la ley al cumplimiento de finalidades públicas, las cuales pueden ser cumplidas no solamente por el Estado sino, también, por particulares.

(...)

Existen también los bienes parafiscales, originados en contribuciones parafiscales y que tienen un tratamiento especial”.

¹² Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 3 de febrero de 2005, Radicado No. 1624, Consejero Ponente: Gustavo Aponte Santos.



Conforme a lo expuesto, la citada orden dada por el artículo 9 de la Ley 89 de 1993 al administrador (FEDEGAN) del FNG, no hace más que reconocer el carácter especial de los bienes adquiridos con recursos parafiscales, es decir, su naturaleza de “bienes parafiscales”, que como tal, no son propiedad de una entidad pública o privada en particular.

Por tanto, los bienes parafiscales, de acuerdo con los conceptos de la Sala arriba citados, así como de la Corte Constitucional, “no forman parte de un patrimonio privado sino que conservan su condición de rentas y bienes públicos afectados a la consecución del fin de interés público señalado en las leyes que las han establecido”. Así las cosas, la propiedad de ellos, así como su administración, no pertenece al Estado, y tampoco pertenecen a la entidad que los administra, cuya obligación es destinarlos al objeto dispuesto por la ley.

Complemento de lo anterior, es lo expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-575 de 1992, oportunidad en que analizó la constitucionalidad del artículo 68 de la Ley 21 de 1982, relativo a la destinación de los recursos de las Cajas de Compensación Familiar al momento de su liquidación:

“Se advierte claramente que los recursos de las Cajas no son propiedad privada (artículo 58 de la Carta) del empleador ni de los trabajadores en particular sino del sector de los trabajadores remunerados. No es pues un derecho subjetivo de las personas sino del sector en su conjunto.

Son pues recursos afectados a una particular destinación de interés general. Sus destinatarios, por disposición de la ley, deben reunir dos requisitos: que se trate de un trabajador y que dicho trabajador devengue menos de cuatro salarios mínimos.

La propiedad de estos recursos, así como su administración, (...) no pertenece al Estado...”

Sobre la naturaleza pública de los recursos parafiscales, la Corte Constitucional en la sentencia C-1707 del 12 de diciembre de 2000 consideró que los recursos de naturaleza parafiscal pese a no hacer parte del patrimonio del Estado y ser administrados en algunos eventos por personas jurídicas privadas, son recursos públicos:

“... siguiendo el criterio hermenéutico sentado por esta Corporación a lo largo de su extensa jurisprudencia, los recursos que ingresan al Sistema de Seguridad Social en Salud, llámense aportes, cuotas moderadoras, pagos compartidos, copagos, tarifas, deducibles o bonificaciones, son en realidad contribuciones parafiscales de destinación específica, en cuanto constituyen un gravamen, fruto de la soberanía fiscal del Estado, que se cobra obligatoriamente a determinadas personas para satisfacer sus necesidades de salud y que, al no comportar una contraprestación equivalente al monto de la tarifa fijada, se destinan también a la financiación global del Sistema General de Seguridad Social en Salud, en particular, a la cuenta del denominado régimen subsidiado. Este criterio se expresó con meridiana claridad en la Sentencia C-577/97 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), en la que la Corte señaló:

“La cotización para la seguridad social en salud es fruto de la soberanía fiscal del Estado. Se cobra de manera obligatoria a un grupo determinado de personas, cuyos intereses o necesidades en salud se satisfacen con los recursos recaudados. Los recursos que se captan a través de esta cotización no entran a engrosar las arcas del presupuesto Nacional, pues tienen una especial afectación, y pueden ser verificados y administrados tanto por entes



públicos como por personas de derecho privado. La tarifa de la contribución no se fija como una contraprestación equivalente al servicio que recibe el afiliado, sino como una forma de financiar colectiva y globalmente el sistema Nacional de seguridad social en salud.

“Las características de la cotización permiten afirmar que no se trata de un impuesto, dado que se impone a un grupo definido de personas para financiar un servicio público determinado. **Se trata de un tributo con destinación específica, cuyos ingresos, por lo tanto, no entran a engrosar el Presupuesto Nacional.** La cotización del sistema de salud tampoco es una tasa, como quiera que se trata de un tributo obligatorio y, de otra parte, no genera una contrapartida directa y equivalente por parte del Estado, pues **su objetivo es el de asegurar la financiación de los entes públicos o privados encargados de prestar el servicio de salud a sus afiliados.**”

“Según las características de la cotización en seguridad social, se trata de una típica contribución parafiscal, distinta de los impuestos y las tasas. En efecto, constituye un gravamen fruto de la soberanía fiscal del Estado, que se cobra de manera obligatoria a un grupo de personas cuyas necesidades en salud se satisfacen con los recursos recaudados, pero que carece de una contraprestación equivalente al monto de la tarifa. **Los recursos provenientes de la cotización de seguridad social no entran a engrosar las arcas del presupuesto Nacional, ya que se destinan a financiar el sistema general de seguridad social en salud**”.

Sintetizando tenemos, que además de ser una noción englobante que agrupa recursos de naturaleza presupuestal y no presupuestal, la noción de “recursos públicos” se distingue de los conceptos “propiedad estatal” y “propiedad privada” en la medida en que existen recursos de naturaleza pública que no son propiedad del Estado, ni propiedad de las personas privadas que los administran, como lo son los recursos parafiscales.

Refuerza lo anterior la sentencia C-508 de 1997 en la cual el mismo Tribunal Constitucional señaló que éste tipo de recursos, pese a ser administrados por personas jurídicas de naturaleza privada, no pueden catalogarse como recursos privados:

“Tampoco puede considerarse que el hecho de que el Estado no aporte recursos públicos al patrimonio de esta entidad, la catalogue automáticamente como asociación privada, que no pueda por lo tanto ser vinculada a la Administración Pública. Y ello por la sencilla razón de que el patrimonio de COMCAJA, al igual que el de las demás cajas, no se constituye a partir de aportes, entendiendo esta palabra en el sentido de recursos transferidos expresamente para la constitución del capital de la corporación. **El patrimonio de las cajas de compensación, se constituye con un porcentaje de los ingresos recibidos en cumplimiento de la obligación patronal de pagar el subsidio. Tales aportes no pueden catalogarse como recursos privados,** y, en estricto sentido, constituyen propiamente hablando recursos parafiscales del Estado, como ya ha sido definido por la jurisprudencia de esta Corporación...”.

Sobre el mismo punto, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en concepto del 2 de diciembre de 2015, considero lo siguiente:

“En lo que respecta a la naturaleza de los aportes que reciben las Cajas de Compensación en su calidad de administradoras del subsidio familiar, la legislación colombiana y la jurisprudencia le han otorgado la naturaleza de recursos parafiscales. Así el Decreto 1072 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo señaló en su artículo 2.2.7.5.3.2:



Los recursos que administran las Cajas de Compensación Familiar están destinados a la atención de las prestaciones y servicios de la seguridad social y demás finalidades que prevea la ley y no podrán comprometerse para fines diferentes.

Los que provengan de los aportes obligatorios pagados por los empleadores y por las cooperativas de trabajo asociado tienen la condición de recursos parafiscales y como tales, su administración se rige por las disposiciones legales correspondientes.

En la misma dirección se ha pronunciado la jurisprudencia nacional, la cual ha indicado que los recursos administrados por las Cajas de Compensación Familiar son resultado de la potestad disciplinaria del Estado. Así, se ha señalado:

Siendo los recursos de seguridad social que manejan las Cajas de Compensación Familiar, el resultado de la potestad tributaria del Estado ejercida a través del Congreso de la República (Artículos 150-12 y 338 Superiores), es importante traer a colación, lo dispuesto en el Estatuto Orgánico del Presupuesto, en cuanto a las contribuciones de carácter parafiscal:

(...)

“En este orden de ideas, resulta claro que los recursos de carácter parafiscal que administran las Cajas de Compensación Familiar son de naturaleza pública, en tanto constituyen una fuente de financiación que el Estado consagra en beneficio de un sector, aunque desde la perspectiva presupuestal no entren a engrosar las arcas del Presupuesto General de la Nación, no sean ingresos corrientes y no tengan que reflejarse para ningún propósito en dicho presupuesto”.¹³

Retomando tenemos, que además de ser una noción englobante que agrupa recursos de naturaleza presupuestal y no presupuestal, que no es equiparable a los conceptos “propiedad estatal” y “propiedad privada” en la medida en que existen recursos de naturaleza pública que no son propiedad del Estado, ni propiedad de las personas privadas que los administran, como los recursos parafiscales, la noción “recursos públicos” también hace referencia a los recursos que pese a salir del patrimonio de una Entidad Estatal y ser entregados a un contratista, por estar afectos a una finalidad de interés público y no ser de libre disposición del contratista, no se constituyen en propiedad privada de éste, como es el caso de los recursos entregados a título de anticipo en un contrato estatal o en calidad de aporte en el marco de un convenio de cooperación, como a continuación se desarrollará.

Los dineros entregados a un contratista a título de anticipo, han sido considerados recursos públicos por la Agencia Nacional de Contratación Pública, por el Consejo de Estado y por la Corte Suprema de Justicia.

Para la Agencia Nacional de Contratación Pública: “El anticipo es un adelanto o avance del precio del contrato destinado a apalancar el cumplimiento de su objeto, de modo que **los recursos girados por dicho concepto solo se integran al patrimonio del contratista en la medida que se cause su amortización mediante la ejecución de actividades programadas del contrato.** El pago anticipado es un pago efectivo del precio de forma que los recursos se integran al patrimonio del contratista desde su desembolso”.¹⁴

¹³ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, 2 de diciembre de 2015. Radicado No. 11001-03-06-000-2015-00144-00(2267), Consejero Ponente: Dr. William Zambrano Cetina.

¹⁴ <https://colombiacompra.gov.co/content/cual-es-la-diferencia-entre-el-anticipo-y-el-pago-anticipado>.



La Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en sentencia del 7 de septiembre de 2015, señaló que la diferencia entre anticipo y pago anticipado esta dada: “por la destinación que debe darse a dicha suma, puesto que mientras **el anticipo se entrega al contratista para que éste invierta en la ejecución del contrato y por ello no ingresa al patrimonio del contratista sino que sigue perteneciendo a la entidad que lo gira**, el pago anticipado, es simplemente la remuneración entregada antes de que se cumplan las obligaciones contractuales del contratista, de modo que puede ser gastada por éste sin ninguna limitación”¹⁵.

Y la Corte Suprema de Justicia en reciente sentencia de agosto 27 de 2019 correspondiente al radicado No. 55055, consideró lo siguiente en torno a las sumas dinerarias entregadas a título de anticipo:

“Entonces, las sumas entregadas por este concepto son recursos públicos, de propiedad de la entidad contratante, no entran al haber patrimonial del contratista, **tienen una naturaleza especial que deriva de su entrega bajo la condición de destinarlos específicamente a la ejecución de la obra**, lo que traduce su sujeción a criterios de buen uso y manejo que se garantiza mediante póliza; pues en esa condiciones de obliga a cumplir la función de manejo y correcta administración de dineros públicos.

(...)

5.4.19 En consecuencia, tratándose estrictamente de anticipos, resalta en la definición del delito objeto de juzgamiento, no solo la obvia condición de dineros públicos, sino al específica e ineludible obligación de administrarlos bajo un concreto y específico fin, circunstancia que los diferencia de las otras sumas pagadas al contratista y que incluyen su beneficio económico, respecto de las cuales no existe tal sujeción legal.

De tal suerte que cuando el ente estatal le entrega al particular contratista la administración o el manejo de los recursos destinados a la ejecución de la obra, a título de anticipo, como medio de financiación de las actividades contratadas, se genera un deber que en esencia es el mismo que le asiste a la administración pública, de destinarlo al cumplimiento de los fines que le son propios al Estado.

Ese deber, se itera, surge de la especial naturaleza y propiedad de **los dineros que se entregan al contratista por concepto de anticipo, los cuales siguen perteneciendo a la entidad contratante mientras el contratista no los amortice totalmente.**

(...)

5.4.22 En ese orden de ideas, la decisión de declarar responsable a RIGOBERTO VARGAS CALDERÓN, a título de autor, por el delito de peculado por apropiación previsto en el artículo 397 del Código Penal, fue ajustada a derecho, en tanto, de acuerdo con lo expuesto, a él se le encomendó el manejo de anticipos constituidos como recursos públicos, función propia del poder público que asumió cuando se le encargó el manejo y administración de esos bienes.

(...)

¹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 7 de septiembre de 2015, radicado 25000-23-26-000-2004-01002-01(36878), Consejera ponente: OLGA MÉLIDA VALLE DE LA HOZ.



Es que, en este caso, la labor del contratista VARGAS CALDERÓN no se limitó a la ejecución material de la obra, sino que se amplió al manejo de dineros públicos a él encomendados como anticipo, por lo que al optar por apropiárselos denotó abuso de la función pública transitoriamente asumida y con ello, incurrió en el delito de peculado”.

En la misma línea de conceptualización de los recursos públicos como recursos de origen público que son destinados a unos fines específicos por una entidad estatal y que no entran por lo tanto al patrimonio de los particulares que los administran, pese a que son entregados por aquella a éste, se encuentran los dineros entregados por entidades estatales como aportes en Convenios de Cooperación, sobre los cuales la Sala Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en concepto de marzo 8 de 2017 correspondiente al radicado No. 11001-03-06-000-2016-00102-00(2298), consideró:

“Una confrontación de estas exigencias con el contenido de los convenios especiales de cooperación celebrados por COLCIENCIAS, o por lo menos de aquellos allegados a la Sala para el mejor proveer de esta consulta, permite advertir que en estos no se especifica el sistema de administración y contabilización de los aportes realizados por las partes, ni la propiedad de los resultados obtenidos; estos convenios se limitan a indicar que los dineros entregados por COLCIENCIAS constituyen un “aporte” realizado para el desarrollo del proyecto de ciencia y tecnología objeto del contrato **y que la entidad cooperante tiene la obligación de utilizarlos para el desarrollo de la actividad a la cual fueron destinados.**

(...)

En estos convenios existe, por ende, una entrega de recursos públicos condicionada a un “modus”, que a su vez se convierte en una obligación o carga jurídica para el cooperante de COLCIENCIAS.

Por consiguiente, estos convenios llevan ínsita una condición resolutoria tácita, que se activa con el vencimiento del plazo previsto para su ejecución, sin que los recursos entregados hayan sido utilizados para el desarrollo de la actividad para la cual fueron destinados, y que hace exigible la obligación del cooperante de restituirlos a COLCIENCIAS, tal y como se deduce de la *naturaleza misma del negocio*.

En efecto, si la entrega del recurso público por parte de COLCIENCIAS está condicionada a que el cooperante los utilice para el desarrollo de una determinada actividad científica o tecnológica, si esta no se cumple, la causa justificativa del contrato desaparece y, por ende, genera la obligación de su restitución a la entidad.

(...)

2) Naturaleza jurídica de los recursos entregados en la ejecución de los contratos de ciencia, tecnología e innovación.

Para resolver el problema jurídico de la presente consulta, esto es, determinar cuáles son los instrumentos jurídicos con los que cuenta COLCIENCIAS para ajustar cuentas y recuperar los dineros entregados en la ejecución de los contratos y convenios de ciencia y tecnología, que no fueron destinados para el desarrollo de tales actividades, una vez vencido el plazo para la liquidación del contrato estatal sin que esta se haya realizado, es necesario precisar la naturaleza jurídica de los recursos entregados por la entidad.



Como se deduce del análisis expuesto, no existen disposiciones legales que determinen la naturaleza jurídica de estos recursos y, por regla general, este aspecto tampoco es definido por COLCIENCIAS en el contenido de los contratos o convenios celebrados para la promoción de las actividades de ciencia y tecnología.

De ahí que la definición de estos aspectos quede en manos del intérprete, quien deberá acudir a una calificación que armonice con la naturaleza, finalidad y alcance de estos contratos y convenios.

En este orden de ideas, para la Sala, estos recursos mantienen, en su aspecto funcional, la naturaleza de recursos *públicos*, teniendo en cuenta que: i) son recursos de origen público según la naturaleza de la entidad contratante y del ordenamiento jurídico que los regula; ii) su “entrega” por parte de COLCIENCIAS se realiza afecta a un fin o destinación específica, con el cual se da cumplimiento a un objetivo o finalidad pública a cargo de la entidad y, iii) su contratista o cooperante recibe los recursos, exclusivamente, para utilizarlos en la actividad objeto del contrato.

Es claro que del régimen legal y del contenido de estos contratos no puede predicarse su naturaleza de pago o contraprestación realizada al contratista por un bien o servicio prestado a COLCIENCIAS, pues si así fuera, y la prestación convenida no es entregada a la entidad, el debate se ubicaría en el ámbito propio de la responsabilidad contractual.

Por el contrario, se observa que los recursos entregados por COLCIENCIAS en los contratos de ciencia y tecnología están condicionados, de acuerdo con la ley y lo pactado por las partes, a una destinación específica (*modus*) y a la condición resolutoria tácita que se deriva de la misma (o que es expresamente pactada por las partes), lo cual determina que estos recursos se mantienen *afectos* al patrimonio público de la entidad contratante, hasta tanto no sean utilizados correctamente.

Como respaldo de esta afirmación, en relación específica con los convenios especiales de cooperación allegados por COLCIENCIAS, la Sala destaca las siguientes afirmaciones desarrolladas por la doctrina española respecto de los dineros entregados por las entidades estatales en desarrollo de la Ley española de subvenciones:

“(...) se ha sostenido que la subvención sigue siendo ‘funcionalmente’ dinero público, lo que derivaría del dato de su afectación a un fin. Esta concepción objetivo-funcional de los fondos públicos justificaría el sometimiento de los beneficiarios a los controles de la Intervención General de la Administración del Estado y el Tribunal de Cuentas, así como su calificación como cuentadantes y su sometimiento a la responsabilidad contable”

Esta conclusión también resulta consonante con la naturaleza jurídica atribuida por la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado a la figura del *anticipo*, esto es, su calidad de recursos públicos destinados a financiar al contratista, hasta el momento de la entrega de la prestación y de su total amortización.

En efecto, bajo el presupuesto de que el anticipo se equipara a una especie de préstamo o financiación otorgado por la entidad contratante al contratista, la jurisprudencia de la Sección Tercera ha sostenido reiteradamente -aunque no de manera uniforme-, que a diferencia de lo que ocurre con el pago anticipado, cuyos valores se trasladan inmediatamente al patrimonio del contratista, los dineros entregados a título de anticipo mantienen su vinculación al patrimonio público de la entidad estatal contratante, hasta el momento en el que los mismos son amortizados a título de pago por la obra o servicio contratado.

La distinción entre el anticipo y el pago anticipado ha sido reiterada por la jurisprudencia de la Sala Plena Contenciosa del Consejo de Estado, en los siguientes términos:



“No cabe entonces la menor duda de que los dineros entregados al contratista a título de anticipo en las condiciones descritas por la jurisprudencia son dineros públicos porque no se entregan como pago anticipado, lo cual haría propietario al contratista, y están destinados por la ley y el contrato a la financiación de su ejecución (...).”

En sentido análogo se ha pronunciado esta Sala, quién en esta oportunidad reitera la distinción jurídica existente entre el anticipo y el pago anticipado, en forma específica, porque así lo han establecido expresamente la ley y el reglamento. En efecto, los artículos 40 de la Ley 80 de 1993 y 2.2.1.2.3.1.7 del Decreto 1082 de 2015 distinguen y enuncian tanto el anticipo como el pago anticipado, en especial para efectos de las garantías del contrato estatal.

Para la Sala, el principal fundamento de la naturaleza pública atribuida al anticipo, de manera similar a lo que se afirma en este concepto en relación con los dineros entregados para las actividades de ciencia y tecnología, no es tanto su carácter de financiamiento o aún de préstamo, sino el hecho de que su entrega al contratista se realiza afecta a una destinación específica que representa una actividad de interés público y de la cual surge la obligación del contratista de utilizarlos única y exclusivamente para estos efectos o, en su defecto, de restituirlo a la entidad que aportó los recursos.

(...)

Ahora bien, la naturaleza pública de los recursos entregados por COLCIENCIAS, inherente a su destinación específica afecta a un fin de interés general, muestra que su restitución no solo está amparada por la acción de controversias contractuales, sino además por otro tipo de acciones y de responsabilidades concebidas por el ordenamiento jurídico para la protección de los recursos públicos.

Es importante precisar, finalmente, que las consideraciones expuestas no son aplicables a los pagos realizados por una entidad estatal, como retribución por la prestación pactada en un contrato, puesto que estos recursos no gozan de las mismas características mencionadas, sino que se trasladan directamente al patrimonio del contratista **sin mantener una afectación al desarrollo de una determinada actividad de interés público**, y sus controversias deben enmarcarse en el ejercicio de las acciones contractuales correspondientes...”¹⁶.

Recapitulando tenemos, que en los casos de recursos parafiscales, recursos entregados a contratistas a título de anticipo y recursos entregados a contratistas como aportes en convenios de cooperación, la naturaleza pública de los mismos se ha fundado en la destinación específica que a dichos recursos se ha dado por ley, contrato o convenio, que impiden su libre disposición por parte del particular, es decir, en la afectación a un objetivo o finalidad de interés público, afectación que impone al particular contratista o cooperante que recibe los recursos, que los destine única y exclusivamente a las actividades predeterminadas por la ley, el contrato o el convenio, aspecto que resulta coherente con el contenido del artículo 53 del Código

¹⁶ Consejo de Estado, Sala Consulta y Servicio Civil, Concepto de marzo 8 de 2017, Radicación número: 11001-03-06-000-2016-00102-00(2298), Consejero ponente: EDGAR GONZÁLEZ LÓPEZ.



Disciplinario Único según el cual son recursos públicos aquellos que las entidades públicas han destinado para su utilización con fines específicos, como en el sub juide lo fueron, los recursos correspondientes a vigencias futuras aportados por el INCO y los recursos correspondientes a recaudo de peajes que fueron destinados por el INCO para su utilización con fines específicos, como se desarrollará en el acápite subsiguiente.

1.4.2. Los recursos provenientes del recaudo de peajes, aún habiendo sido pactados como parte de la contraprestación del concesionario, no eran por este sólo hecho, recursos de naturaleza privada.

Los apoderados defensores argumentan que por haberse pactado que los recursos de peaje harían parte de la contraprestación del concesionario, los mismos eran recursos de naturaleza privada.

Para abordar este argumento defensivo el Despacho comenzara por definir qué se entiende por contraprestación y su alcance en la legislación nacional, luego se expodrá la forma en que se pactó la contraprestación en el contrato de concesión No. 001 de 2010, para luego desarrollar por qué, por los términos mismos del contrato de concesión, los aportes INCO y los recursos de peajes, pese a hacer parte de la contraprestación, conservaban la condición de recursos públicos por no entrar directamente al patrimonio del Concesionario y por estar destinados a unos usos y fines específicos que impedían su libre disposición por parte del contratista.

El artículo 32 de la ley 80 de 1993, define los conceptos de contrato estatal y contrato de concesión en los siguientes términos:

“Artículo 32 ley 80 de 1993. De los contratos estatales. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación:

(...)

4o. Contrato de Concesión.

Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, **a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden”.**



Partiendo del artículo 32 de la ley 80 de 1993 según el cual son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones y teniendo en cuenta que la obligación es el vínculo jurídico que coloca a una persona en relación con otra en la necesidad de dar, hacer o no hacer una cosa¹⁷, la prestación ha sido definida como el objeto de la obligación¹⁸, aquello se debe dar, hacer, o no hacer, siendo la contraprestación el objeto de las obligaciones propias de los contratos bilaterales¹⁹ y onerosos²⁰ en donde las partes se obligan recíprocamente y se gravan cada una en beneficio de la otra, es decir, donde cada parte se obliga a ejecutar una prestación en favor de la otra.

Existe un aspecto de fundamental importancia en el contexto nacional, y es que en Colombia el contrato no es título y modo al mismo tiempo, lo cual tiene importantes efectos cuando se trata de obligaciones relacionadas con la transferencia del derecho real de dominio. El contrato en la legislación nacional es simplemente un título generador de obligaciones que por sí mismo no transfiere el derecho de dominio²¹, requiriéndose para éstos efectos de la tradición.

El dominio, llamado también propiedad, es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella²², derecho que en la legislación nacional se adquiere por medio de la tradición que consiste en la entrega que el dueño hace a otro, habiendo por una parte la facultad e intención de transferir el dominio, y por otra la capacidad e intención de adquirirlo.

En virtud del principio de autonomía de la voluntad, las partes pueden transferir el derecho de dominio con la simple entrega de la cosa y aún cuando no se haya pagado el precio, o hacerlo sujeto a una condición suspensiva en virtud de la cual se

¹⁷ Teoría General de las Obligaciones. Álvaro Pérez Vives. Universidad Nacional de Colombia. Volumen I, Segunda Edición, 1957, p. 4.

¹⁸ “El rasgo característico de la obligación es su objeto: deber de conducta determinada a cargo del deudor y en beneficio del acreedor, técnicamente denominado prestación. La prestación puede consistir tanto en un acto (positiva) como en una abstención (negativa), proyectable aquel en la entrega de un bien o en la atribución de un derecho real sobre él por tradición (dar, dare rem), o en un servicio (hacer)” (Tratado de las obligaciones. Concepto, estructura, vicisitudes. Fernando Hinestrosa. Universidad Externado de Colombia. Tercera Edición. 2007. p. 57).

¹⁹ Artículo 1496. Contrato unilateral y bilateral. El contrato es unilateral cuando una de las partes se obliga para con otra que no contrae obligación alguna; y bilateral, cuando las partes contratantes se obligan recíprocamente.

²⁰ Artículo 1497. Contrato gratuito y oneroso. El contrato es gratuito o de beneficencia cuando sólo tiene por objeto la utilidad de una de las partes, sufriendo la otra el gravamen; y oneroso, cuando tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro.

²¹ Teoría General de las Obligaciones. Álvaro Pérez Vives. Universidad Nacional de Colombia. Volumen III, Segunda Edición, 1957, p. 156.

²² Artículo 669 Código Civil.



reserve el dominio hasta el pago, o hasta el cumplimiento de una condición²³, razón por la cual, el solo hecho de que en un contrato se haya pactado la entrega de recursos dinerarios a título de contraprestación, no hace que la parte beneficiaria de dicha prestación se convierta de manera directa y automática en titular del derecho de dominio sobre dichos recursos, pues será necesario que se efectúe la tradición y que la transferencia del derecho de dominio no se haya sujetado a una condición suspensiva.

En la sección 1.02 del Contrato de Concesión, la contraprestación de la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., fue pactada de la siguiente manera:

“(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”.

En el caso de los aportes INCO la Sección 13.04 del Contrato de Concesión previó que en la fase preoperativa de construcción los aportes estarían “asociados a los Hitos de construcción”:

“(c) El derecho del concesionario a que se efectúe el traslado de la cuenta de aportes INCO a la cuenta de aportes concesionario por el cumplimiento de los Hitos nacerá cuando se verifiquen las siguientes dos condiciones: (i) haya pasado el día 1 de enero de 2011, y (ii) se haya suscrito el acta de terminación del Hito respectivo. En caso de terminación anticipada del contrato también se tendrá derecho a que sean efectuados los aportes INCO asociados al cumplimiento de los Hitos, siempre que se cumplan los requisitos señalados en la presente sección.

(d) Durante la etapa preoperativa, los Hitos corresponden a secciones continuas al menos de 10 kilómetros dentro de cada tramo, para las cuales se han adelantado a satisfacción actividades de construcción de la calzada nueva o mejoramiento y rehabilitación de la calzada existente. Para cada tramo solamente pueden existir como máximo dos (2) hitos de longitud inferior a diez (10) kilómetros, que serán los últimos dos (2) hitos necesario para completar cada tramo.

(...)

(f) El sesenta por ciento (60%) del total de aportes INCO de la etapa preoperativa estará asociado a la terminación de construcción de la nueva calzada, el cuarenta por ciento (40%) restante del total de aportes INCO de la etapa preoperativa estará asociado con la terminación de Hitos de obras de mejoramiento y rehabilitación de la calzada existente. Para fines de claridad debe entenderse que es necesario cumplir tanto con el mejoramiento como con la rehabilitación para que se reconozca la terminación del hito de mejoramiento y rehabilitación”.

²³ Artículo 750 Código Civil.



Y en el caso del componente de la contraprestación correspondiente a los peajes, contractualmente se estableció que dichos recursos estarían única y exclusivamente destinados a la atención de todos los pagos, costos y gastos a cargo del concesionario para el cumplimiento de sus obligaciones derivadas del contrato, el pago de los impuestos que se causen con ocasión de la suscripción y ejecución del contrato de fiducia mercantil, y el pago de la comisión pactada a favor de la Fiduciaria, es decir al pago costos y gastos reales asociados a la ejecución del contrato:

“Sección 13.05 Cesión de los Peajes y del Derecho al Recaudo

(a) Además de los aportes INCO, el INCO cede y entrega al Concesionario, durante la vigencia del contrato, los Peajes y los derechos de recaudo de los mismos correspondientes a las Estaciones de Peaje que se detallan más adelante (...) Aunque el recaudo del peaje se efectúe por el concesionario desde el inicio del contrato, la etapa de operación y mantenimiento solamente iniciará con la suscripción del acta de terminación de la fase de construcción. Así mismo se deberá tener en cuenta lo establecido a continuación:

(b) Las Estaciones de Peaje que se lista en el cuadro siguiente, se entregarán al Concesionario para su operación en las fechas que allí se indican, fecha a partir de la cual se cederán al concesionario los recursos de peaje correspondientes, motivo por el cual **dichos recursos ingresarán directamente a la Cuenta de Aportes Concesionario y no podrá dársele una destinación diferente a los usos previstos para dicha cuenta en el Contrato de Fiducia Mercantil y en el presente contrato**”.

La contraprestación en el punto correspondiente a los peajes, no fue pactada en forma pura y simple, sino sujeta a “los términos señalados en la Sección 13.05 del presente contrato”, sección en la cual se estableció que dichos recursos debían ingresar al patrimonio autónomo en la Cuenta de Aportes Concesionario (es decir no ingresaban directamente al patrimonio del concesionario) y donde además se estableció que a los mismos “no podrá dársele una destinación diferente a los usos previstos para dicha cuenta en el Contrato de Fiducia Mercantil y en el presente contrato”. Los usos mencionados eran los consignados en la sección 3.02:

(d) Descripción de las Cuentas y Subcuentas:

(i) Cuenta de aportes concesionario: Esta cuenta aportes concesionario se creará con la suscripción del Contrato de Fiducia Mercantil y **se fundeará** con los aportes de capital de acuerdo con lo señalado en la sección 6.02(a) del presente contrato, así como **con los recursos provenientes del recaudo de los peajes, de la financiación obtenida de los prestamistas y de la cuenta de aportes INCO. Los recursos disponibles en esta Cuenta de Aportes Concesionario se destinarán única y exclusivamente a la atención de (i) todos los pagos, costos y gastos a cargo del concesionario para el cumplimiento de sus obligaciones derivadas del presente contrato (...)** el pago de los impuestos que se causen con ocasión de la suscripción y ejecución del contrato de fiducia mercantil, y el pago de la comisión pactada a favor de la Fiduciaria...”.

(ii) *Cuenta Aportes Concesionario*: Esta Cuenta Aportes Concesionario se creará con la suscripción del Contrato de Fiducia Mercantil, y **se fundeará** con los aportes de capital de acuerdo con lo señalado en la Sección 6.02(a) del presente Contrato, así como **con los recursos provenientes del recaudo de los Peajes, de la financiación obtenida de los Prestamistas y de la Cuenta Aportes INCO. Los recursos disponibles en esta Cuenta**



Aportes Concesionario se destinarán única y exclusivamente a la atención de (i) todos los pagos, costos y gastos a cargo del Concesionario para el cumplimiento de sus obligaciones derivadas del presente Contrato, incluyendo pero sin limitarse al fondeo de la Subcuenta de Predios, en los montos señalados en la Sección 7.04 del presente Contrato, la Subcuenta de Interventoría, en los montos señalados en la Sección 10.05 del presente Contrato, la Subcuenta de Supervisión Aérea, en los montos señalados en la Sección 3.02(d)(iv) del presente Contrato, la Subcuenta Divulgación en los montos señalados en la Sección 7.07(b) del presente Contrato, y si fuere el caso (ii) el pago de los impuestos que se causen con ocasión de la suscripción y ejecución del Contrato de Fiducia Mercantil, y el pago de la comisión pactada a favor de la Fiduciaria. Para fines de claridad únicamente, como consecuencia de los esquemas de financiación con los Prestamistas y de organización, el Concesionario podrá crear Subcuentas adicionales, sin embargo, el fondeo de las Subcuentas señaladas en la presente Sección, tendrá prioridad sobre las demás Subcuentas que cree el Concesionario. **Los recursos remanentes de esta Cuenta Aportes Concesionario, una vez cumplida la finalidad de esta Cuenta serán de libre disposición del Concesionario**”.

Nótese que la sección 3.02 del contrato de concesión es expresa y clara al señalar en relación con los recursos consignados en la cuenta de aportes concesionario, dentro de los cuales estaban los recursos correspondientes al recaudo de peajes, que **éstos sólo serían de libre disposición del concesionario, una vez cumplida la finalidad de dicha cuenta**, aspecto igualmente refrendado en el contrato de fiducia mercantil del 5 de mayo de 2010 que dentro de su contenido señala lo siguiente:

“CLÁUSULA SEGUNDA. NATURALEZA DEL CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL. (...) El Patrimonio Autónomo estará exclusivamente afecto a las finalidades previstas en el CONTRATO DE CONCESIÓN y en el presente CONTRATO DE FIDUCIA.

CLAUSULA SÉPTIMA. ADMINISTRACIÓN DE LOS BIENES FIDEICOMISITOS: Los recursos que conforman los Bienes Fideicomisitos serán administrados así:

7.1 Cuenta Aportes Concesionario: Esta Cuenta Aportes Concesionario se fondeará con los aportes de capital de acuerdo con lo señalado en la Sección 6.02(a) del CONTRATO DE CONCESIÓN, así **como con los recursos provenientes del recaudo de los Peajes**, de la financiación obtenida de los Prestamistas y de la Cuenta Aportes INCO.

(...)

Los recursos disponibles en esta Cuenta Aportes Concesionario se destinarán única y exclusivamente a:

1) La atención de todos los pagos, costos y gastos a cargo del Concesionario para el cumplimiento de sus obligaciones derivadas del CONTRATO DE CONCESIÓN, incluyendo pero sin limitarse al fondeo de la Subcuenta de Predios, la Subcuenta de interventoría, la Subcuenta de Supervisión Aérea, y la Subcuenta Divulgación, de conformidad con lo establecido en los numerales 7.04, 10.05, 3.02(d)(iv) y 7.07(b) del CONTRATO DE CONCESIÓN el cual forma parte integral del presente CONTRATO DE FIDUCIA.

2) El pago de los impuestos que se causen con ocasión de la suscripción y ejecución del Contrato de Fiducia Mercantil, y el pago de la comisión pactada a favor de LA FIDUCIARIA. (...). **Los recursos remanentes de esta Cuenta Aportes Concesionario, una vez cumplida la finalidad de esta cuenta serán de libre disposición del Concesionario**”.



En la línea del documento CONPES 3571 de marzo 9 de 2009 relacionado con la declaratoria de importancia estratégica del Proyecto Vial Ruta del Sol S.A.S., en el cual se estableció que los aportes del estado **“serán entregados a los concesionarios contra el cumplimiento a satisfacción de hitos parciales de obra a partir del inicio de la concesión”**, tópico que la doctrina ha señalado es propio de la tercera generación de concesiones a la cual pertenece la concesión ruta del sol sector 2 y que implica que dichos aportes sólo se constituyen en ingreso del contratista a partir del momento en que entrega hitos u obras contempladas en el contrato de concesión, en el contrato de concesión 001 de 2010 se estableció que los recursos correspondientes al recaudo de peajes tendrían una destinación específica asociada a costos o gastos reales, luego de lo cual los remanentes sí serían de libre disposición del concesionario, lo cual implicaba que los recursos correspondientes al recaudo de peajes no se constituirían en propiedad o ingreso del contratista hasta tanto no se asociaran a un costo o gasto real o correspondieran a los remanentes que quedaron después del pago de costos y gastos reales.

Sobre el tema la doctrina ha señalado lo siguiente:

“Así mismo, en esta generación de Concesiones los aportes que da el estado se transfieren al Patrimonio Autónomo en las fechas previstas en los contratos de concesión, estas suman al cumplimiento del VPIT, no obstante, **no constituyen ingreso del Concesionario hasta que el contratista entregue los hitos u obras contemplados en el contrato de concesión, es decir, los recursos se transfieren al Concesionario cuando cumpla con los hitos establecidos en el contrato**²⁴.

“A mitad de camino entre las concesiones de tercera y cuarta generación surgieron las denominadas concesiones 3.5. Este híbrido fue empleado en la adjudicación de los tres sectores del proyecto Ruta del Sol y en el contrato de la transversal de las Américas. Según Corredor, en estos contratos se tuvo un cambio en la forma de remunerar al contratista al incorporar el concepto de valor presente de los ingresos totales (vpit), que corresponde al valor presente de los ingresos correspondientes a los aportes efectuados por la Nación y el recaudo de peajes, presentados y solicitados en la propuesta del concesionario, descontados a una tasa establecida en el contrato y que, una vez alcanzado, determina la terminación del contrato de concesión. **Igualmente, en esta generación, los aportes públicos se transfirieron al patrimonio autónomo en las fechas previstas en los contratos de concesión, pero estos solo se contabilizaban como un ingreso del concesionario hasta que entregara los hitos u obras pactadas**²⁵.

También sobre este punto señor JUAN CARLOS PERTUZ Gerente Jurídico y representante legal suplente de la Sociedad Corficolombiana S.A., manifestó en su declaración:

²⁴ Desequilibrios financieros en los contratos de concesión vial. Diana Ximena Corredor Reyes: https://repository.cesa.edu.co/bitstream/handle/10726/1759/MFC_00665.pdf?sequence=1&isAllowed=y

²⁵ Santiago Fajardo Peña. Revista Digital de Derecho Administrativo No. 22, Universidad Externado de Colombia. Segundo Semestre 2019. P. 61-96.



“... el contrato de concesión establecía su medida de cumplimiento que eran unos hitos, unos hitos en los que estaba dividido el proyecto de concesión, hitos de construcción y de operación y mantenimiento, entonces en la medida que el concesionario fuera cumpliendo cada uno de esos hitos debía informárselo así a la ANI y al interventor, entonces lo que entiendo yo de lo que uno ve del contrato de concesión porque la fiduciaria no hacía parte de esas visitas, ellos iban a la obra, miraban la obra, veían que en ese hito se hubieran cumplido las especificaciones técnicas y los anexos técnicos del contrato de concesión, y conjuntamente el concesionario, la ANI y el interventor que era el que tenía que dar fe de ese cumplimiento ante la ANI ante el contrato, suscribían esa acta y era con esa acta como soporte que la fiduciaria podía proceder bajo una instrucción irrevocable de la ANI a transferir los recursos de Vigencias Futuras expresamente afectos a ese hito específico, que ya se encontraba cumplido según el acta, a la cuenta Aportes Concesionario a título de remuneración para el concesionario por el cumplimiento de ese hito. Ese era el funcionamiento general y conceptual del esquema fiduciario”.

Al no ser el contrato en Colombia a su vez título y modo, por la suscripción del mismo la Sociedad Concesionaria no se convirtió en propietaria directa de los aportes INCO y de los recursos de peajes que conformaban la contraprestación y en virtud del principio de autonomía de la voluntad incorporado en el artículo 40 de la ley 80 de 1993²⁶, según el cual, en los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución y la ley, las partes del contrato de concesión No. 001 de 2010 acordaron que el pago de la contraprestación a cargo del INCO estuviera condicionada a la entrega de hitos y al pago de costos y gastos reales correspondientes a la ejecución del contrato, lo cual a su vez implicaba, que los recursos que por concepto de aportes INCO y por concepto de recaudo peajes no eran recursos de propiedad del concesionario hasta tanto este no justificara la entrega de un hito o de un costo real asociado al contrato de concesión, o correspondieran a los remanentes que quedarán luego del pago de los costos y gastos reales asociados al proyecto, conservando en caso contrario su condición de recursos públicos por la destinación específica que para ellos se previó en el contrato 001 de 2010.

El caso de los recursos entregados a título de anticipo, permite comprender de manera diáfana el tema que nos ocupa, pues en este caso, el dinero que se entrega al contratista a éste título, corresponde a un monto que hace parte del valor pactado como contraprestación a favor del contratista; que es entregado por la entidad estatal al contratista, en algunos contratos de manera directa y otros a través de una fiducia; y que pese a ser parte del valor pactado como contraprestación y ser

²⁶ Artículo 40. Del contenido del contrato estatal. Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta ley, correspondan a su esencia y naturaleza. Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales. En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta ley y a los de la buena administración.



entregado al contratista, conservan la condición de recursos públicos por estar destinados a ser invertidos única y exclusivamente en el ejecución del contrato, sin que el contratista pueda disponer de estos recursos a su arbitrio, recursos que sólo se imputaran como pago, cuando el contratista los haya amortizado con la ejecución de actividades o hitos contractuales.

Vale en este punto traer nuevamente a colación lo dicho por la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia del 7 de septiembre de 2015 donde al pronunciarse sobre la diferencia entre anticipo y pago anticipado dijo que ésta radicaba en: “la destinación que debe darse a dicha suma, puesto que mientras el anticipo se entrega al contratista para que éste invierta en la ejecución del contrato y por ello no ingresa al patrimonio del contratista sino que sigue perteneciendo a la entidad que lo gira, el pago anticipado, es simplemente la remuneración entregada antes de que se cumplan las obligaciones contractuales del contratista, de modo que puede ser gastada por éste sin ninguna limitación”²⁷.

Por lo anterior, no le asiste razón a los apoderados defensores y tampoco al concepto rendido por el Dr. SANTOFIMIO GAMBOA cuando señalan que los recursos correspondientes a aportes INCO y a recursos de peajes, eran recursos de propiedad del concesionario, por haber sido pactados como contraprestación a favor del concesionario.

El Dr. QUINTERO NAVAS apoderado de los señores EDER PAOLO FERRACUTI y ELEUBERTO MARTORELLI, como soporte de su afirmación según la cual los recursos correspondientes al recaudo de peajes, no eran recursos de naturaleza pública, citó el concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, de fecha 7 de marzo de 2007 proferido dentro del radicado No. 11001-03-06-000-2007-00005-00(1802), mismo que aparece mencionado en los alegatos de conclusión del Dr. URIEL AMAYA OLAYA, en el concepto del Dr. JAIME ORLANDO SANTOFIMIO aportado por el Dr. AMAYA OLAYA y en el concepto que el Dr. SANTIAGO JARAMILLO presentó a la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., y que fue aportado como soporte de la declaración por él rendida en la etapa de pruebas en descargos.

En dicho concepto la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado abordó la siguiente pregunta:

“¿Cuando en un contrato de concesión **de primera generación** se pacte su remuneración con peajes, contribuciones por valorización y aportes estatales, los rendimientos de tales recursos que se administran bajo la figura de fiducia mercantil y conformen el patrimonio autónomo que respalda económica y financieramente proyecto (sic), pueden ser utilizados para ser invertidos en el mismo, con el fin de garantizar el retorno de la inversión particular o deben ser consignados a la Dirección del Tesoro Nacional?”.

²⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 7 de septiembre de 2015, radicado 25000-23-26-000-2004-01002-01(36878), Consejera ponente: OLGA MÉLIDA VALLE DE LA HOZ.



La respuesta fue dada por a Sala de Consulta de la siguiente manera:

“Los rendimientos de los recursos comprometidos en el desarrollo de un contrato de concesión deben ser consignados en la Dirección General de Crédito Público y del Tesoro Nacional solamente cuando hayan sido generados por recursos de propiedad de la Nación, y mientras estos recursos conserven esa titularidad. **Los recursos por concepto de peajes, contribuciones de valorización y otros, deben analizarse a la luz de las estipulaciones contractuales, en particular de las referentes a la financiación del contrato y al régimen de compensaciones, pues esa es la información determinante de la titularidad** y eventual destinación de los rendimientos, en aplicación del principio general de derecho según el cual lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

Cuando en los contratos de concesión se estipula el pago al concesionario con los recaudos por concepto de peaje, los recursos y sus rendimientos, provenientes de esos recaudos son del concesionario y respecto de éstos no es exigible devolución alguna al tesoro nacional”.

Como soporte de sus conclusiones, la Sala de Consulta hizo las siguientes consideraciones:

“2. Consideraciones generales sobre el contrato de concesión de obra con financiación total a cargo del concesionario:

2.1. La estructura financiera:

El documento contractual estudiado muestra la celebración de un contrato de concesión vial, que en su estructura financiera se caracteriza por:

a) La financiación, como una de las actividades incluidas para el cumplimiento del objeto del contrato, es una obligación del concesionario, y debe cubrir el valor total del proyecto incluidos los costos de interventoría, la supervisión técnica y financiera y los costos de adquisición de los predios para la zona de la carretera. De manera que corren por cuenta del concesionario la consecución y el aporte de todos los recursos necesarios para la ejecución del objeto contractual;

b) El pago al concesionario del valor total del contrato, más los costos de la operación, el mantenimiento y en general de todos los costos relacionados con la propuesta, se hace mediante la “cesión de los derechos de recaudo de peaje”, para lo cual se fija el valor de las tarifas de acuerdo con el tipo de vehículo, sus actualizaciones y ajustes y las etapas en las que éstas proceden;

c) la garantía de un mínimo de tránsito y un tope como máximo de volumen de tránsito, de manera que la cesión del recaudo del peaje como forma de pago, efectivamente extinga las obligaciones adquiridas por INVIAS y no las exceda, respecto de las cuales se prevé:

(i) si el ingreso por concepto de peaje es menor que el garantizado para el respectivo año, INVIAS se obliga a compensar la diferencia, con aplicación del sistema de compensaciones;

(ii) si dicho ingreso es mayor al máximo esperado de tránsito para el año de que se trata, a la fiduciaria corresponde mantener en una cuenta especial el 50% de esa diferencia, que junto con sus rendimientos, servirán, en su orden, para cubrir las compensaciones de déficits generados en situaciones garantizadas por INVIAS, y para financiar la ejecución de obras adicionales prioritarias; el otro 50% de ese mayor valor, será para el concesionario como



contraprestación por los mayores costos de mantenimiento de la vía que genera un aumento de los volúmenes de tránsito;

d) un sistema de compensaciones que salvaguarda el equilibrio financiero del contrato, acorde con el objeto de la concesión, expresado en la aplicación conjunta o separada de tres procedimientos o sistemas: (i) un mayor plazo para la etapa de operación; (ii) el incremento de las tarifas de peaje, durante la etapa de operación, por encima del IPC sin exceder de un porcentaje determinado; (iii) el pago, en moneda nacional con cargo a los recursos del presupuesto general de la Nación, para cubrir faltantes por compra de predios o costos de interventoría, compensar incumplimientos de INVIAS, y cuando los déficits presentados sean superiores al porcentaje estipulado; tratándose de sobrecostos de construcción y déficits de la demanda, sólo se recurrirá a este último sistema si los dos anteriores son insuficientes;

e) la constitución de un fideicomiso que debe manejar los recursos aportados por el concesionario y proveerlos oportunamente al desarrollo del proyecto, creando un patrimonio autónomo, al cual el concesionario se obliga a transferir los derechos de tipo patrimonial derivados del contrato, entre los que, por supuesto, incluyen el derecho de recaudo del peaje, que es el medio de pago acordado a favor del concesionario.

2.2. Propiedad de los recursos comprometidos:

Cuando en los contratos de concesión, los aspectos financieros están estructurados en: (i) la obligación del concesionario de financiar la totalidad del objeto del contrato, (ii) el pago del total del valor del contrato y de todos los costos relacionados en la propuesta con el recaudo del peaje que se produzca durante la etapa de operación de la concesión, (iii) la cesión al concesionario del derecho a ese recaudo, (iv) la constitución de un fideicomiso y del consiguiente patrimonio autónomo, al que el concesionario debe aportar los recursos necesarios para la ejecución del contrato, y al cual también debe transferir los derechos patrimoniales derivados del contrato, esto es, entre otros, el derecho al recaudo del peaje, significa entonces que, en principio, el objeto de la concesión se realiza con recursos del concesionario: tanto los que aporta como los que recibe por concepto del recaudo del peaje, en virtud de la cesión de este recaudo que en el mismo contrato se le hace.

No hay, pues, recursos que provengan del presupuesto público, salvo aquellos que compensarán los déficits del contrato, en los términos pactados para mantener su equilibrio financiero, pero que también entran al patrimonio autónomo para pagar al concesionario.

En la normatividad vigente, este tipo de contrato y la posibilidad de pago al concesionario con el recaudo de impuestos, tasas, contribuciones, y más precisamente de peajes, están previstos sin discusión. En efecto:

La ley 80 de 1993, artículo 32, numeral 4o, estatuye:

“Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden.” (Las negrillas son de la Sala.)



Específicamente para el sector transporte, la ley 105 de 1993 prevé, tratándose de la construcción y conservación de la infraestructura a cargo de la Nación, recursos del presupuesto nacional y los provenientes del cobro del uso de esa infraestructura, de acuerdo con los principios y reglas que en ella mismas se desarrollan.

Respecto del contrato de concesión, interesa destacar en la ley 105 de 1993:

“Artículo 30. Del contrato de concesión. La Nación, los departamentos, los distritos y los municipios, en sus respectivos perímetros, podrán en forma individual o combinada o a través de sus entidades descentralizadas del sector de transporte, otorgar concesiones a particulares para la construcción, rehabilitación y conservación de proyectos de infraestructura vial.

Para la recuperación de la inversión, la Nación, los departamentos, los distritos y los municipios podrán establecer peajes y/o valorización. El procedimiento para causar y distribuir la valorización, y la fijación de peajes se regula por las normas sobre la materia. La fórmula para la recuperación de la inversión quedará establecida en el contrato y será de obligatorio cumplimiento para las partes.

La variación de estas reglas sin el consentimiento del concesionario, implicará responsabilidad civil para la entidad quien a su vez, podrá repetir contra el funcionario responsable.

En los contratos que por concesión celebre el Instituto Nacional de Vías, se podrán incluir los accesos viales que hacen parte de la infraestructura distrital o municipal de transporte.

Parágrafo 1o. Los municipios, los departamentos, los distritos y la Nación podrán aportar partidas presupuestales para proyectos de infraestructura en los cuales de acuerdo con los estudios, los concesionarios no puedan recuperar su inversión en el tiempo esperado.

Parágrafo 2o. Los contratos a que se refiere el inciso 2o. del artículo 81 de la Ley 80 de 1993, que a partir de la promulgación de esa Ley se celebren, se sujetarán en su formación a lo dispuesto en la misma. Sin embargo, estos no estarán sujetos a lo previsto en el numeral 4 del artículo 44 y el inciso 2o. del artículo 45 de la citada ley. En el Pliego de Condiciones se señalarán los criterios de adjudicación.

Parágrafo 3o. Bajo el esquema de concesión, los ingresos que produzca la obra dada en concesión, serán asignados en su totalidad al concesionario privado, hasta tanto éste obtenga dentro del plazo estipulado en el contrato de concesión, el retorno al capital invertido. El Estado recuperará su inversión con los ingresos provenientes de la operación una vez culminado el período de concesión.” (Las negrillas son de la Sala).

Las disposiciones legales que se transcriben permiten afirmar, sin duda, que los ingresos por concepto de peaje que “se asignan” al concesionario particular con la precisa y específica finalidad de “retornarle el capital invertido”, se configuran, por autorización de la ley en un instrumento de pago al concesionario, y por ende, son de él.

(...)

También debe tenerse presente que cuando con los recursos del presupuesto general de la Nación se hace un aporte a título de anticipo, es claro para la Sala que tales recursos entran al contrato como recursos públicos y, entonces están sujetos indefectiblemente al régimen establecido en el Estatuto Orgánico del Presupuesto...”.

(...)



3. El destino de los rendimientos generados por los recursos del patrimonio autónomo:

Como se analizó en el acápite correspondiente, la regla general según la cual lo accesorio sigue la suerte de lo principal está incorporada en las disposiciones del Estatuto Orgánico del Presupuesto cuando regula el tema de los rendimientos financieros producidos por recursos de la Nación y de los establecimientos públicos. Como tal es igualmente predicable respecto de los recursos aportados por el particular contratista, al objeto del contrato de concesión.

La aplicación del principio en comento, al tema de la consulta conduce a las siguientes conclusiones:

1. Los rendimientos producidos por los recursos aportados a la fiducia por el concesionario para la construcción, independientemente de su fuente de financiación, son del concesionario; respecto de ellos no es exigible reintegro alguno de rendimientos financieros o intereses para el tesoro nacional ni para la tesorería de INVIAS o INCO. Cosa distinta es que en ejercicio de la autonomía de la voluntad, el concesionario acuerde con el Instituto disponer, para el objeto del contrato, de dichos rendimientos.

De igual manera son del concesionario aquellos rendimientos producidos por los dineros públicos - provenientes del presupuesto general de la Nación - que recibe el fideicomiso a título de pago, sea que provengan de peajes, valorizaciones o del presupuesto nacional, pues por corresponder al pago del contrato entran al patrimonio autónomo como recursos del concesionario.

2. Los rendimientos de los recursos entregados a título de anticipo por INVIAS / INCO, deberán ser reintegrados:

a) a la Dirección General de Crédito Público y del Tesoro Nacional, de acuerdo con lo previsto en el decreto 4730 del 2005; o,

b) a la tesorería de INVIAS/ INCO, cuando esos rendimientos sean fruto de los recursos propios de estos institutos.

Se reitera que no es jurídicamente viable estipulación en contrario a las disposiciones de las normas orgánicas de presupuesto”.

Lo primero que debe señalar el Despacho frente al concepto sub examine, aunque pueda parecer redundante, es que se trata de un concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado que no tiene efectos vinculantes y no ante una sentencia de unificación del Consejo de Estado con efectos vinculantes.

En segundo lugar debe resaltarse, que el concepto versaba sobre un contrato de concesión del año 1994, correspondientes a la primera generación de concesiones²⁸, mientras que el contrato de concesión No. 001 de 2010 materia del presente proceso disciplinario, corresponde a las denominadas por la doctrina, concesiones de

²⁸ En el concepto sub examine se lee lo siguiente: “Como la consulta hace referencia específica al contrato de concesión número 448 de 1994, suscrito por el Instituto Nacional de Vías, INVIAS, para ejecutar “los estudios, diseños definitivos, las obras de rehabilitación y de construcción, la operación y el mantenimiento de la carretera Santa Fe de Bogotá - Gachetá, sector Los Patios - La Calera - Guasca y el sector Briceño - Sopó - El Salitre, en el Departamento de Cundinamarca”.



generación 3.5., en las cuales se cambió la forma de remuneración del contratista, al incorporar el concepto de valor presente de los ingresos totales (VPIT) “que corresponde al valor presente de los ingresos correspondientes a los aportes efectuados por la Nación y el recaudo de peajes, presentados y solicitados en la propuesta del concesionario, descontados a una tasa establecida en el contrato y que, una vez alcanzado, determina la terminación del contrato de concesión. Igualmente, en esta generación, los aportes públicos se transfirieron al patrimonio autónomo en las fechas previstas en los contratos de concesión, pero estos solo se contabilizaban como un ingreso del concesionario hasta que entregara los hitos u obras pactadas”²⁹.

En tercera medida es importante precisar, que el concepto fue claro al señalar, que “Los recursos por concepto de peajes, contribuciones de valorización y otros, deben analizarse a la luz de las estipulaciones contractuales, en particular de las referentes a la financiación del contrato y al régimen de compensaciones, pues esa es la información determinante de la titularidad y eventual destinación de los rendimientos”, lo que significa que la naturaleza y titularidad de los recursos comprometidos en la ejecución de un contrato de concesión, dependerá de las estipulaciones contractuales consignadas en el respectivo contrato de concesión, razón por la cual, las consideraciones realizadas por la Sala de Consulta frente a un contrato de concesión de primera generación correspondiente año 1994, no pueden ser aplicadas acriticamente a un contrato de concesión del año 2010 perteneciente a la generación de concesiones denominada 3.5.

Sólo a título de ejemplo puede observarse, que mientras que en el contrato de fiducia analizado en el concepto, no habían recursos aportados por el Estado a título de vigencias futuras, en el contrato de concesión No. 001 de 2010 sí los habían; mientras en el contrato objeto del concepto había una transferencia al patrimonio autónomo de los derechos financieros derivados del contrato de concesión, en el contrato 001 de 2010 no había dicha transferencia:

Sección 3.01: “ (b) El objeto del Contrato de Fiducia Mercantil será la constitución del Patrimonio Autónomo, cuya finalidad es la administración de todos los aportes, recursos de financiación, transferencias, etc. que deban hacer las Partes conforme lo previsto en el presente Contrato de Concesión, y si fuere el caso, servir de garantía de la financiación otorgada por los Prestamistas. Para fines de claridad únicamente, **no habrá cesión de los derechos económicos derivados del presente Contrato de Concesión al Patrimonio Autónomo, el cual se constituirá con los aportes de capital a cargo del Concesionario.**”

Y finalmente debe señalarse, que la consideración realizada en el concepto, atinente a que por la cesión de derecho de recaudo los recursos de peajes, éstos son propiedad del concesionario, en cuyo respaldo se cita el artículo 30 de la ley 105 de 1993 según el cual “los ingresos que produzca la obra dada en concesión, serán asignados en su totalidad al concesionario privado, hasta tanto éste obtenga dentro del plazo estipulado en el contrato de concesión, el retorno al capital invertido. El Estado recuperará su inversión con los ingresos provenientes de la operación una vez culminado el período de concesión”, no puede ser compartida por este Despacho por las siguientes consideraciones:

²⁹ Santiago Fajardo Peña. Revista Digital de Derecho Administrativo No. 22, Universidad Externado de Colombia. Segundo Semestre 2019. P. 61-96.



Porque dicha afirmación no toma en cuenta que el numeral 4 del artículo 32 de la ley 80 de 1993 prescribe que en el marco de un contrato de concesión la remuneración "... puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, **en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden**", estableciendo un principio de libertad contractual para la fijación de la contraprestación y de su forma de pago, que puede llevar a que pese a incorporarse dentro de la contraprestación recursos correspondientes a peajes, por la forma contractual de pago de la contraprestación, dichos recursos no ingresen de manera directa al patrimonio del concesionario, sujetando su pago al cumplimiento de una condición.

Sobre la libertad contractual para la fijación del modelo que determina la recuperación de la inversión, en el concepto del Dr. JAIME ORLADO SANTOFIMIO GAMBOA aportado por el Dr. AMAYA OLAYA, se señaló lo siguiente:

"17.- Al respecto, tanto el artículo 32 núm. 4 de la Ley 80 de 1993 en concordancia con la Ley 105 de 1993 disponen que, para recuperar la inversión en un contrato de concesión se podrán establecer peajes o valorización y demás fórmulas y mecanismos financieros que de acuerdo con la discrecionalidad técnica de la Administración se recomienden y adopten. Según la misma ley, los ingresos que produzca la obra dada en concesión serán en su totalidad del concesionario, hasta tanto éste obtenga dentro del plazo establecido en el contrato, el retorno del capital invertido, - garantía a la inversión -.

18.- Se trata, por lo tanto, de un modelo amplio y por lo demás discrecional, vinculado al desarrollo efectivo de políticas públicas dentro del ámbito de la libertad económica, en últimas, exclusivamente regulados por los términos y cláusulas pactadas en el negocio, la ley mercantil y las pocas disposiciones contenidas en la Ley 80 de 1993".

Porque no toma en cuenta que el párrafo tercero del artículo 30 de la ley 105 de 1993, que señala que: "los ingresos que produzca la obra dada en concesión, serán asignados en su totalidad al concesionario privado, hasta tanto éste obtenga dentro del plazo estipulado en el contrato de concesión, el retorno al capital invertido", no puede ser interpretado de manera aislada del inciso segundo de la misma disposición normativa que señala: "La fórmula para la recuperación de la inversión quedará establecida en el contrato y será de obligatorio cumplimiento para las partes" y del numeral 4 del artículo 32 de la ley 80 de 1993 que prescribe que en el marco de un contrato de concesión la remuneración puede consistir "en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden", análisis sistemático que evidencia la posibilidad de pactar no solo diferentes tipos de contraprestación para recuperar la inversión, sino también diferentes formas de pago de la contraprestación.

Porque no toma en cuenta que al no ser el contrato en Colombia a su vez título y modo, cuando se suscribe un contrato de concesión, el concesionario no se convierte automática y directamente en propietario de los recursos que hacen parte de la contraprestación y que en virtud del principio de autonomía de la voluntad incorporado en el artículo 40 de la ley 80 de 1993³⁰, en los contratos que celebren las

³⁰ Artículo 40. Del contenido del contrato estatal. Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta ley, correspondan a su esencia y



entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución y la ley, lo que posibilita que las partes del contrato acuerden diferentes formas de pago de la contraprestación, no siendo equiparable la contraprestación establecida, al pago o satisfacción de la misma.

Y porque no considera que la cesión del derecho de recaudo de peajes no implica la tradición de la propiedad de los recursos recaudados, no solo porque pueden existir contratos exclusivamente de recaudo en los cuales se ceda el derecho para los fines del contrato, debiendo ser puestos a disposición del contratante los recursos recaudados, sino además porque no debe omitirse, que a diferencia de los derechos de naturaleza personal que designan la relación entre un acreedor y un deudor, donde éste último está obligado a realizar un comportamiento y el acreedor tiene la facultad de exigirselo, derechos que sí pueden ser transferidos a través de la cesión³¹, los derechos reales como el derecho de dominio o propiedad, no designan una relación entre dos personas sino el derecho que una persona tiene sobre una cosa³² y en la legislación nacional no pueden transferirse por medio de una cesión, sino que requieren de un modo como la tradición, que puede o no estar sujeta una condición suspensiva en virtud de la cual se reserve el dominio hasta el pago, o hasta el cumplimiento de una condición fijada contractualmente.

En la misma línea de análisis, tampoco le asiste razón al Dr. AMAYA OLAYA cuando argumenta que por disponer el contrato de concesión que “Las Estaciones de Peaje que se listan en el cuadro siguiente, se entregarán al Concesionario para su operación en las fechas que allí se indican, **fecha a partir de la cual se cederán al concesionario los recursos de peaje correspondientes**”, se estaba indicando que los recursos por concepto de peajes en virtud de la cesión efectuada se incorporarían al patrimonio del concesionario, siendo el término “cesión” utilizado en el literal (b) de la sección 13.05 un “modo” de transferencia del derecho real de dominio sobre los recursos dinerarios producto del ingreso de peajes, los cuales serían de propiedad del concesionario, sin que la destinación específica de los mismos afectara esta naturaleza.

La interpretación realizada por el Dr. Amaya no es compartida por el Despacho, por observarse que la misma desconoce:

naturaleza. Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales. En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta ley y a los de la buena administración.

³¹ Artículos 761 y 1959 C.C.

³² Francisco Ternera Barrios y Fabricio Mantilla Espinosa. El concepto de derechos reales. Revista de Derecho Privado, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, Junio de 2006, pg. 117 y ss.



Que en Colombia el contrato no es a la vez título y modo y por la suscripción del mismo la Sociedad Concesionaria no se convirtió en propietaria directa de los aportes INCO y de los recursos de peajes que conformaban la contraprestación.

Que en virtud del principio de autonomía de la voluntad, las partes pueden transferir el derecho de dominio con la simple entrega de la cosa y aún cuando no se haya pagado el precio, o hacerlo sujeto a una condición suspensiva en virtud de la cual se reserve el dominio hasta el pago, o hasta el cumplimiento de una condición.

Que en las partes del contrato de concesión No. 001 de 2010 acordaron que el pago de la contraprestación a cargo del INCO estuviera condicionada a la entrega de Hitos y al pago de costos y gastos reales correspondientes a la ejecución del contrato, lo cual a su vez implicaba, que los recursos que por concepto de aportes INCO y por concepto de recaudo peajes no eran recursos de propiedad del concesionario hasta tanto este no justificara la entrega de un hito o de un costo real asociado al contrato de concesión, conservando su condición de recursos públicos por la destinación específica que para ellos se previó en el contrato 001 de 2010, siendo solo de libre disposición del concesionario los remanentes de la cuenta aportes concesionario, que quedarán una vez efectuado el pago de los costos y gastos reales.

Porque la interpretación del Dr. AMAYA fragmenta la cláusula contractual, desconociendo que la misma cláusula señalaba que: **“dichos recursos ingresarán directamente a la Cuenta de Aportes Concesionario y no podrá dársele una destinación diferente a los usos previstos para dicha cuenta en el Contrato de Fiducia Mercantil y en el presente contrato”**, lo cual implica que contractualmente se previó que los recursos de peajes no ingresaban al patrimonio del concesionario y que tenían una destinación específica que impedía que el contratista pudiera disponer libremente de ellos, hasta el punto que tanto en el contrato de concesión, como en el contrato de fiducia se señaló que sólo serían “de libre disposición del concesionario” los recursos remanentes de la Cuenta Aportes Concesionario, que quedarán después de atendidos los costos y gastos expresamente estipulados.

Porque al argumentar el abogado defensor, que al haberse señalado en el contrato de concesión que los recursos de peajes serían “cedidos” al concesionario a partir de la fecha de entrega del sector, la cual tuvo lugar el 7 de abril de 2010, la cesión comprendía la transferencia del derecho de dominio o propiedad sobre los recursos recaudados, se estaría omitiendo, que a diferencia de los derechos de naturaleza personal que designan la relación entre un acreedor y un deudor, donde éste último está obligado a realizar un comportamiento y el acreedor tiene la facultad de exigírselo, derechos que sí pueden ser transferidos a través de la cesión³³, los derechos reales como el derecho de dominio o propiedad, no designan una relación

³³ Artículos 761 y 1959 C.C.



entre dos personas sino el derecho que una persona tiene sobre una cosa³⁴ y en la legislación nacional no pueden transferirse por medio de una cesión, sino que requieren de un modo como la tradición, que como ya se dijo en otro lugar, puede o no estar sujeta una condición suspensiva en virtud de la cual se reserve el dominio hasta el pago, o hasta el cumplimiento de una condición.

Y además, porque la interpretación sugerida por el Dr. AMAYA, como ya previamente se expuso, implicaría desconocer que por la estructuración del contrato de concesión es claro que las partes acordaron que el pago de la contraprestación a cargo del INCO estaba condicionado a la entrega de Hitos (aportes INCO) y al pago de costos y gastos reales correspondientes a la ejecución del contrato (recursos peajes), lo cual a su vez implicaba, que por disposición contractual sólo se podía hablar de pago y de transferencia del derecho real de dominio sobre los recursos de vigencias futuras y de peajes, una vez se entregara un hito o existiera costo real asociado al contrato de concesión.

Tampoco tiene aplicación el símil empleado por el Dr. AMAYA OLAYA según el cual, “los recursos de peaje, una vez ingresaban a la Cuenta Aportes Concesionario, dejaban de ser públicos, de igual forma a lo que acontece con un funcionario público cuando el Estado gira el salario respectivo a la cuenta bancaria del empleado. Así pues, frente a la remuneración recibida por el Concesionario o el salario recibido por el funcionario público no puede predicarse la existencia de una administración de recursos públicos”, no solo por la ostensible diferencia que existe entre un contrato de concesión y una relación laboral legal y reglamentaria, sino también porque mientras al funcionario público se le consigna su salario en una cuenta de su propiedad y no en una cuenta de un patrimonio autónomo afecto a unos fines específicos y se le paga a título de salario por las labores ejecutadas en un determinado periodo de tiempo sin que exista disposición que determine que el dinero consignado a título de salario deba destinarse a determinados pagos o fines, en el sub iudice, los componentes de la contraprestación (vigencias futuras y peajes) fueron contractualmente destinados a unas finalidades específicas ya varias veces mencionadas y no se giraban directamente al patrimonio del concesionario, sino a un patrimonio autónomo afecto a unos fines determinados contractualmente.

Finalmente abordará este Despacho, los argumentos del Dr. GUSTAVO QUINTERO NAVAS, apoderado de los señores ELEUBERTO MARTORELLI y EDER PAOLO FERRACUTI, quien sostuvo que la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., no había administrado recursos de naturaleza pública porque los recursos involucrados en la ejecución del contrato de concesión 001 de 2010 se manejaban a través de un negocio fiduciario que implicaba la creación de un patrimonio autónomo, lo cual a su vez implicaba que dichos recursos no hacían parte del patrimonio del INCO hoy ANI.

Para este Despacho, los anteriores argumentos no están llamados a prosperar por las siguientes razones:

³⁴ Francisco Ternera Barrios y Fabricio Mantilla Espinosa. El concepto de derechos reales. Revista de Derecho Privado, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, Junio de 2006, pg. 117 y ss.



Porque el artículo 53 de la ley 734 de 2002 señala de manera expresa que administran recursos públicos aquellos particulares que **recaudan**, custodian, liquidan o disponen el uso de rentas parafiscales, de rentas que hacen parte del presupuesto de las entidades públicas **o que estas últimas han destinado para su utilización con fines específicos**.

Porque como ya se expuso, la naturaleza de los recursos públicos, categoría a la cual pertenece los recursos parafiscales, los recursos entregados a contratistas a título de anticipo y los recursos entregados a contratistas como aportes en convenios de cooperación, se funda en la destinación específica que a los mismos se ha dado por ley, contrato o convenio, destinación específica que impide su libre disposición por parte del particular.

Porque por virtud del propio contrato de concesión, los recursos correspondientes a la contraprestación que el INCO debía pagar al concesionario (aportes INCO y recursos de peajes) tenían una destinación específica asociada a la entrega de Hitos y al pago de costos y gastos reales correspondientes a la ejecución del contrato.

Porque la constitución del patrimonio autónomo en el cual se debían depositar los recursos correspondientes a vigencias futuras y a peajes, buscaba precisamente garantizar que los recursos fueron destinados a los fines específicamente previstos en el contrato de concesión, por lo cual el instrumento fiduciario en vez de desvirtuar la naturaleza pública de los recursos allí depositados por concepto de vigencias futuras y recursos de peajes, confirma dicha naturaleza³⁵.

Y porque como en otro momento se indicó, el carácter de “recurso público” no está asociado al concepto de propiedad estatal y no depende de que hagan parte del presupuesto o del patrimonio de una entidad estatal, como lo evidencia el caso de los recursos parafiscales, sino que se encuentra vinculado a la destinación específica que a los mismos se ha dado por ley, contrato o convenio, destinación que impide su libre disposición por parte del particular.

Además corresponde señalar que la incorporación de recursos públicos en un patrimonio autónomo no implica que éstos pierdan su condición de tales, hasta el punto que la Contraloría General de la República en su distribución interna de competencias, tiene asignado a sus diferentes Delegadas, el ejercicio de vigilancia y control fiscal sobre los patrimonios autónomos correspondientes a sus respectivos sectores, como lo acredita la resolución 0044 de agosto 9 de 2018 “Por la cual se actualiza la sectorización de los sujetos de control fiscal y se asigna en las Contralorías Delegadas Sectoriales la competencia para ejercer la vigilancia y el control fiscal”, que a modo de ejemplo,

³⁵ Artículo 1233 Código de Comercio. Separación de bienes fideicomitidos. Para todos los efectos legales, los bienes fideicomitidos deberán mantenerse separados del resto del activo del fiduciario y de los que correspondan a otros negocios fiduciarios, y **forman un patrimonio autónomo afecto a la finalidad contemplada en el acto constitutivo**.



asigna a la Contraloría Delegada para el Sector Infraestructura la siguiente competencia:

“ARTÍCULO 6. CONTRALORÍA DELEGADA PARA EL SECTOR INFRAESTRUCTURA FÍSICA Y TELECOMUNICACIONES, COMERCIO EXTERIOR Y DESARROLLO REGIONAL

La Contraloría Delegada para el Sector Infraestructura Física y Telecomunicaciones, Comercio Exterior y Desarrollo Regional, será competente para ejercer la vigilancia y el control fiscal a los siguientes sujetos de control:

(...)

PARÁGRAFO ÚNICO. La Contraloría Delegada para el Sector Infraestructura Física y Telecomunicaciones, Comercio Exterior y Desarrollo Regional **ejercerá la vigilancia y el control fiscal a los patrimonios autónomos y fondos cuenta sin personería jurídica que manejen y administren recursos que correspondan al Sector Infraestructura Física y Telecomunicaciones, Comercio Exterior y Desarrollo Regional, que no se encuentren sectorizados en el presente artículo, a través de las entidades que los administran”.**

Y para cerrar este punto, adquiere relevancia y conviene traer a colación la Circular Externa No. 46 de la Superintendencia Financiera de Colombia, en la cual se señaló, que como quiera que a través de los negocios fiduciarios las sociedades fiduciarias tienen la posibilidad de administrar recursos de carácter público o privado:

“...se entiende que un negocio fiduciario administra recursos o bienes de naturaleza pública cuando dichos recursos sean aportes patrimoniales al fideicomiso y provengan directa o indirectamente de una entidad de carácter público, sea del nivel nacional, departamental, municipal, distrital o de los organismos descentralizados que conforman dichos niveles, sin tener en cuenta la modalidad de contratación utilizada para la celebración del negocio. Igualmente y para los efectos de este Capítulo se entenderán como públicos los recursos parafiscales.

Cuando quiera que en el negocio fiduciario haya recursos públicos y privados deberán tenerse en cuenta las siguientes condiciones para su identificación como públicos:

- **Cuando en el respectivo contrato está pactado que en caso de incumplimiento de su objeto la totalidad o parte de los recursos deben retornar a un ente público, y/o**
- **Cuando en el respectivo contrato está pactado que los recursos fideicomitidos deben destinarse al cumplimiento de las funciones propias del ente público.**

La anterior clasificación no modifica la naturaleza de los bienes y recursos fideicomitidos.

La Superintendencia podrá ordenar en cualquier momento la reclasificación y exigir las modificaciones a que haya lugar”.

En el sub judice es claro que al patrimonio autónomo constituido para la ejecución del contrato de concesión No. 001 de 2010, ingresaron aportes que provenían, unos directa y otros indirectamente de una entidad de carácter público. Provenían



directamente de una Entidad Estado, los aportes INCO correspondientes a vigencias futuras, y provenían indirectamente de una entidad estatal, los recursos correspondientes a recaudo de peajes, que según el Decreto 2056 del 24 de julio de 2003 “por el cual se modifica la estructura del Instituto Nacional de Vías, Invías, y se dictan otras disposiciones”, hacían parte del patrimonio del INVIAS³⁶, los cuales con ocasión del contrato de concesión No. 001 de 2010 fueron destinados a los usos específicos ya varias veces mencionados, lo cual implicaba que pese a ser recaudados por el concesionario, dada la destinación específica que a los mismos se dio contractualmente, conservaban la condición de recursos públicos y solo se entendían pago al concesionario, cuando se entregara un hito o existiera costo real asociado al contrato de concesión.

Junto a lo anterior debe observarse que la Circular Externa No. 46 de 2008 de la Superintendencia Financiera de Colombia prevé que se entenderá que existen recursos públicos en un negocio fiduciario, cuando **“Cuando en el respectivo contrato está pactado que los recursos fideicomitidos deben destinarse al cumplimiento de las funciones propias del ente público”**, lo cual se presentó en el caso sub judice, pues los recursos correspondientes a aportes INCO y peajes debían destinarse a la construcción de la infraestructura vial correspondiente al sector 2 de la ruta del sol, que según el artículo 19 de la ley 105 de 1993, corresponde a la Nación y a las Entidades Territoriales construir y conservar, para cumplir “la función básica de integración de las principales zonas de producción y de consumo del País” (Art. 12 ibídem).

Y además debe resaltarse que según la misma circular, también debe entenderse que existen recursos públicos en un patrimonio autónomo, cuando **“en el respectivo contrato está pactado que en caso de incumplimiento de su objeto la totalidad o parte de los recursos deben retornar a un ente público”**, lo cual también se presenta en el caso del contrato de concesión No. 001 de enero 14 de 2010 (que se entendía incorporado en el contrato de fiducia)³⁷, en el cual se previó que en el caso de incumplimiento del contrato se debían observar las siguientes reglas:

³⁶ “Artículo 3o. Patrimonio del Instituto Nacional de Vías. Conforman el patrimonio del Instituto Nacional de Vías los siguientes bienes: (...) 3.5 Los ingresos provenientes de los peajes y demás cobros de la infraestructura a su cargo”.

El Decreto 2056 de 2003 fue derogado por el artículo 27 del Decreto 2618 de 2013 “Por el cual se modifica la estructura del Instituto Nacional de Vías (Invías) y se determinan las funciones de sus dependencias.”, el cual no obstante continuó señalado que hace parte del patrimonio del INVÍAS: “3.5 Los ingresos provenientes de los peajes y demás cobros de la infraestructura a su cargo”.

³⁷ Según el literal (f) de la Sección 3.02 del Contrato de concesión: “Incorporación: El presente contrato se entenderá incorporado íntegramente al Contrato de Fiducia Mercantil...”.



“SECCIÓN 17.02. Obligaciones de la Fiduciaria en la Liquidación. Para determinar la destinación de los recursos de las cuentas y subcuentas del Patrimonio Autónomo, se aplicarán las siguientes reglas:

(c) Destinación de los Recursos del Patrimonio Autónomo. Una vez se haya realizado la liquidación bilateral o unilateral del Contrato, de conformidad con lo señalado en los artículos 60 y 61 de la ley 80 de 1993 y 11 de la Ley 1150 de 2007, el INCO procederá a enviar a la Fiduciaria, copia del acta de liquidación, en la cual se señalará la destinación que la Fiduciaria deberá dar a los recursos disponibles en el Patrimonio Autónomo.

“Usos de los Saldos: los saldos de las cuentas y subcuentas del Patrimonio Autónomo tendrán la siguiente destinación:

- (i) Cuenta de Aportes INCO: Los saldos de esta subcuenta serán trasladados al INCO.
 - (ii) Subcuenta de Interventoría: Los saldos de esta subcuenta serán trasladados al INCO.
 - (iii) Subcuenta de Predios: Los saldos de esta subcuenta serán trasladados al INCO.
 - (iv) Subcuenta de Divulgación: Los saldos de esta subcuenta serán trasladados al INCO.
 - (v) Subcuenta de Supervisión Aérea: Los saldos de esta subcuenta serán trasladados al INCO.
 - (vi) La destinación de los saldos de las demás cuentas y subcuentas del Patrimonio Autónomo será determinada a entera discreción del Concesionario en el Contrato de Fiducia Mercantil.
- (e) Para los casos de terminación anticipada del Contrato se aplicará lo previsto en las siguientes secciones”.

(...)

“SECCIÓN 17.04. Terminación del Contrato por Incumplimiento del Concesionario.

(a) Terminación durante la Fase de Preconstrucción: Si se produce la terminación anticipada del Contrato durante la Fase de Preconstrucción por incumplimiento del Concesionario, se procederá a establecer el valor de la liquidación del Contrato de Concesión, mediante la aplicación de la siguiente fórmula:

Según la cláusula Tercera del Contrato de Fiducia Mercantil: “El presente CONTRATO DE FIDUCIA tiene por objeto la administración por parte de la FIDUCIARIA de todos los aportes de capital, recursos de financiación. transferencias, etc. que deban efectuar el INCO y el Concesionario con el fin que este último logre efectuar por su cuenta y riesgo el Proyecto, el cual comprende pero sin limitarse a que elabore los diseños. financie, obtenga las licencias ambientales y demás permisos, adquiera los Predios, rehabilite, construya, mejore, opere y mantenga el Sector y si fuere el caso, servir de garantía de la financiación otorgada por los prestamistas, **de acuerdo con lo establecido en el CONTRATO DE CONCESIÓN, el cual hace parte integral del presente CONTRATO DE FIDUCIA** Igualmente con los recursos que se administren en la Cuenta Aportes Concesionario”.



(...)

b) Si el cálculo de valor de la liquidación del Contrato de Concesión (VLpc) calculado en el literal (a) anterior, es positivo, el pago estará a cargo del INCO y a favor del Concesionario. Si el cálculo de valor de la liquidación del Contrato de Concesión (VLpc) calculado en el literal (a) anterior, es negativo, el pago estará a cargo del Concesionario y a favor del INCO.

(i) Sumas a Cargo del INCO: Cuando de la fórmula establecida en esta Sección surja la obligación de pago a cargo del INCO y a favor del Concesionario, en virtud de la terminación anticipada del Contrato, el INCO pagará esta obligación con los saldos disponibles en la Cuenta Aportes INCO. El INCO tendrá un plazo de dieciocho (18) meses para pagar el saldo remanente. Durante este período se causarán intereses equivalentes a la tasa del DTF + 5% (el spread se sumará a la DTF expresada en trimestre anticipado y este valor se reexpresará en efectivo anual). Vencidos estos términos se causarán intereses de mora, de acuerdo con lo establecido en la Sección 19.01 de este Contrato.

(ii) Sumas a Cargo del Concesionario: Cuando de la fórmula establecida en esta Sección surja la obligación de pago a cargo del Concesionario y a favor del INCO, en virtud de la terminación anticipada del Contrato, el Concesionario pagará esta obligación con los saldos disponibles en la Cuenta Aportes Concesionario. Si el saldo de la Cuenta Aportes Concesionario no es suficiente, el Concesionario tendrá un plazo de dieciocho (18) meses para pagar el saldo remanente. Durante este término se causarán intereses equivalentes a la tasa del DTF + 5% (el spread se sumará a la DTF expresada en trimestre anticipado y este valor se reexpresará en efectivo anual) sobre los saldos adeudados. Vencidos estos términos se causarán intereses de mora, de acuerdo con lo establecido en la Sección 19.01 de este Contrato.

(...)

c) Terminación durante la Fase de Construcción: En caso de terminación del Contrato por incumplimiento del Concesionario durante la Fase de Construcción, se seguirá el siguiente procedimiento:

(...)

iii) Se procederá a establecer el valor de la liquidación del Contrato de Concesión, mediante la aplicación de la siguiente fórmula:

(...)

(iv) Si el cálculo de valor de la liquidación del Contrato de Concesión (VLc) calculado en el numeral (iii) anterior, es positivo, el pago estará a cargo del INCO y a favor del Concesionario. Si el cálculo de valor de la liquidación del Contrato de Concesión (VLc) calculado en el numeral (iii) anterior, es negativo, el pago estará a cargo del Concesionario y a favor del INCO.

(A) Sumas a Cargo del INCO: Cuando de la fórmula establecida en esta Sección surja la obligación de pago a cargo del INCO y a favor del Concesionario, en virtud de la terminación anticipada del Contrato, el INCO pagará esta obligación con los saldos disponibles en la Cuenta Aportes INCO. El INCO tendrá un plazo de dieciocho (18) meses para pagar el saldo remanente. Durante este período se causarán intereses equivalentes a la tasa del DTF + 5% (el spread se sumará a la DTF expresada en trimestre anticipado y este valor se reexpresará en efectivo anual). Vencidos estos términos se causarán intereses de mora, de acuerdo con lo establecido en la Sección 19.01 de este Contrato.



(B) Sumas a Cargo del Concesionario: Cuando de la fórmula establecida en esta Sección surja la obligación de pago a cargo del Concesionario y a favor del INCO, en virtud de la terminación anticipada del Contrato, el Concesionario pagará esta obligación con los saldos disponibles en la Cuenta Aportes Concesionario. Si el saldo de la Cuenta Aportes Concesionario no es suficiente, el Concesionario tendrá un plazo de dieciocho (18) meses para pagar el saldo remanente. Durante este término se causarán intereses equivalentes a la tasa del DTF + 5% (el spread se sumará a la DTF expresada en trimestre anticipado y este valor se reexpresará en efectivo anual) sobre los saldos adeuda. Vencidos estos términos se causarán intereses de mora, de acuerdo con lo establecido en la Sección 19.01 de este Contrato.

(d) Terminación durante la Etapa de Operación y Mantenimiento: En caso de terminación del Contrato por incumplimiento del Concesionario durante la Etapa de Operación y Mantenimiento, se seguirá el siguiente procedimiento:

(...)

(iii) Se procederá a establecer el valor de la liquidación del Contrato de Concesión por terminación anticipada durante la Etapa de Operación y Mantenimiento, mediante la aplicación de la siguiente fórmula:

(...)

(iv) Si el cálculo de valor de la liquidación del Contrato de Concesión (VLo&M) calculado en el numeral (iii) anterior, es positivo, el pago estará a cargo del INCO y a favor del Concesionario. Si el cálculo de valor de la liquidación del Contrato de Concesión (VLo&M) calculado en el numeral (iii) anterior, es negativo, el pago estará a cargo del Concesionario y a favor del INCO.

(A) Sumas a Cargo del INCO: Cuando de la fórmula establecida en esta Sección surja la obligación de pago a cargo del INCO y a favor del Concesionario, en virtud de la terminación anticipada del Contrato, el esta obligación con los saldos disponibles en la Cuenta Aportes INCO. El INCO 'tendrá un plazo de dieciocho (18) meses para pagar el saldo remanente. Durante este período se causarán intereses equivalentes a la tasa del DTF + 5% (el spread se sumará a la DTF expresada en trimestre anticipado y este valor se reexpresará en efectivo anual). Vencidos estos términos se causarán intereses de mora, de acuerdo con lo establecido en la Sección 19.01 de este Contrato.

(B) Sumas a Cargo del Concesionario: Cuando de la fórmula establecida en esta Sección surja la obligación de pago a cargo del Concesionario y a favor del INCO, en virtud de la terminación anticipada del Contrato, el Concesionario pagará esta obligación con los saldos disponibles en la Cuenta Aportes Concesionario. Si el saldo de la Cuenta Aportes Concesionario no es suficiente, el Concesionario tendrá un plazo de dieciocho (18) meses para pagar el saldo remanente. Durante este término se causarán intereses equivalentes a la tasa del DTF + 5% (el spread se sumará a la DTF expresada en trimestre anticipado y este valor se reexpresará en efectivo anual) sobre los saldos adeudados. Vencidos estos términos se causarán intereses de mora, de acuerdo con lo establecido en la Sección 19.01 de este Contrato”.

Las anteriores cláusulas contractuales que regularon el destino de los recursos del patrimonio autónomo en el caso de liquidación del contrato de concesión, señalaban que los saldos de la cuenta aportes INCO debían ser trasladados al INCO y que en caso de terminación por incumplimiento del concesionario, cuando de la aplicación de la fórmula contractualmente fijada resultaren saldos a favor del INCO, éstos



debían ser cubiertos con los saldos disponibles en la cuenta de aportes concesionario, lo cual es demostrativo de que aplicando los criterios fijados en la Circular Externa 46 de 2008 de la Superintendencia Financiera de Colombia, también debe concluirse que en el patrimonio autónomo constituido para la ejecución del contrato de concesión No. 001 de 2010, habían recursos públicos, en tanto en cuanto, estaba pactado en el contrato de concesión, el cual hacía parte del contrato de fiducia³⁸, que en caso de incumplimiento de su objeto, parte de sus recursos debían retornar a un ente público.

Las consideraciones expuestas en el presente numeral demuestran la existencia de recursos públicos en el patrimonio autónomo constituido con ocasión del contrato de concesión No. 001 de 2010, acreditan que por la forma en que fue pactada la contraprestación en el contrato, los recursos correspondientes al recaudo de peajes tenían la naturaleza de recursos públicos hasta que fueran utilizados para el pago de costos y gastos reales asociados a la ejecución del contrato de concesión, o correspondieran a remanentes que quedaran con posterioridad al pago de costos y gastos reales y éstos presupuestos analizados en conjunto con los hechos consistentes en que era la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., la que tenía bajo su responsabilidad el recaudo de los peajes y la expedición de instrucciones con destino a la Fiduciaria para ordenar pagos con cargo a los recursos incorporados en la cuenta de aportes concesionario en la cual se consignaban los dineros correspondientes a peajes, permiten concluir que la Sociedad Concesionaria sí era en el marco del contrato de concesión No. 001 de 2010 un particular que administraba recursos públicos.

El Contrato de fiducia mercantil irrevocable de administración de recursos del 5 de mayo de 2010, además de señalar la destinación específica de los recursos incorporados en la cuenta de aportes concesionario, donde se encontraban los correspondientes al recaudo de peajes, indicó que era facultad de la Sociedad Concesionaria como Fideicomitente:

“2. Emitir las órdenes de restitución de bienes fideicomitidos que formen parte de la cuenta de aportes concesionario de conformidad con las facultades y restricciones que se establecen en el CONTRATO DE CONCESIÓN...”

³⁸ Según el literal (f) de la Sección 3.02 del Contrato de concesión: “Incorporación: El presente contrato se entenderá incorporado íntegramente al Contrato de Fiducia Mercantil...”.

Según la cláusula Tercera del Contrato de Fiducia Mercantil: “El presente CONTRATO DE FIDUCIA tiene por objeto la administración por parte de la FIDUCIARIA de todos los aportes de capital, recursos de financiación, transferencias, etc. que deban efectuar el INCO y el Concesionario con el fin que este último logre efectuar por su cuenta y riesgo el Proyecto, el cual comprende pero sin limitarse a que elabore los diseños, financie, obtenga las licencias ambientales y demás permisos, adquiera los Predios, rehabilite, construya, mejore, opere y mantenga el Sector y si fuere el caso, servir de garantía de la financiación otorgada por los prestamistas, **de acuerdo con lo establecido en el CONTRATO DE CONCESIÓN, el cual hace parte integral del presente CONTRATO DE FIDUCIA** Igualmente con los recursos que se administren en la Cuenta Aportes Concesionario”.



La habilitación que tenía la Sociedad Concesionaria para disponer de los recursos consignados en la cuenta de aportes concesionario, con las restricciones propias de la destinación específica pactada en el contrato de concesión, habilitación que constituía a la Sociedad Concesionaria en administrador de los recursos allí incorporados, fue reconocida por el Dr. JAIME ORLANDO SANTOFIMIO en el concepto aportado por el Dr. URIEL AMAYA, al precisar que pese a existir una fiducia de administración de recursos, por la estructuración de los contratos de concesión y fiducia, la administración de los recursos incorporados en el patrimonio autónomo no recaía por completo en manos de la Fiduciaria, existiendo una administración mixta, en donde INCO y Concesionario tenía a su cargo la facultad de impartir a la Fiduciaria las instrucciones de disposición y uso de los recursos consignados en las cuentas del patrimonio autónomo:

“96.- Efectivamente, el Contrato de Concesión No 001 del 14 de enero de 2010 y el Contrato de Fiducia Mercantil ordenado en el mismo y suscrito el 5 de mayo de 2010 con la Fiduciaria Corficolombiana corresponden a una especial modelación fundada en recomendaciones de una etapa de transición de modelos concesionales dispuesta en el documento CONPES 3571 de 2009, posterior a los de tercera generación 3G, pero evidentemente anteriores a los de cuarta 4G, con recomendaciones propias y particulares en perspectiva de estructuración y manejo que repercuten indudablemente en el sentido y contenido de los contratos que se evalúan para efectos de la presente respuesta.

97.- En esta línea de percepción técnica y jurídica, se puede observar que, si bien en el Contrato de Concesión se dispuso la conformación y organización de un aparato responsable de la administración de los recursos de éste a través de la suscripción de un Contrato de Fiducia Mercantil y la constitución del Patrimonio Autónomo, al evaluar estas figuras en el contexto de ambos negocios, se observa que **la administración propuesta no es del todo absoluta en manos de la Fiducia contratada.**

98.- La administración, manejo y disposición de los recursos de la Cuenta Aportes INCO y de las subcuentas de dicha cuenta, en general de todas las cuentas y subcuentas en que se dividió el “Patrimonio Autónomo”, eran administrados, manejados y dispuestos en los perentorios términos y condiciones de los Contratos de Concesión y de Fiducia Mercantil bajo un concepto mixto de administración entre la “Fiduciaria Corficolombiana” y las partes del negocio concesional, correspondiendo a estas últimas, con sujeción al contrato, impartir las instrucciones expresas y directas a la Fiduciaria. Conforme a las reglas negociales, dicha administración estaba claramente compartida, en cuanto que cada una de las partes tenía roles y adoptaba las decisiones contractuales que les correspondían, reconduciendo conforme a las mismas el papel contractual de la Fiduciaria a una especie de “vocera” y centro de pagos del patrimonio autónomo. situación negocial ésta que nos permite diferenciar (i) el rol contractual de la Fiduciaria, de las obligaciones, responsabilidades y deberes asignados en los contratos correspondientes tanto al (ii) INCO como al (iii) Concesionario.

(...)

101.- La Fiduciaria tenía responsabilidades y deberes contractuales relativos a pagos. Sus obligaciones eran de mera gestión – medio y no resultado- en el manejo de los recursos. En los términos del Contrato de Concesión No 001 del 14 de enero de 2010, Sección 3.02 Literal (d), en concordancia con la Cláusula Séptima del Contrato de Fiducia Mercantil suscrito el 5 de mayo de 2010 con la Fiduciaria Corficolombiana S.A., las cuentas y subcuentas a que se refiere el Contrato se ejecutarán por la Fiducia en desarrollo del Contrato de Fiducia Mercantil para los pagos, costos y gastos a que dichas cuentas y subcuentas se refería previo cumplimiento de los requerimientos y reglas pactadas por las partes, específicamente



cumpliendo previas instrucciones de las partes en sus ámbitos de competencia contractual.

102.- De esta forma, se observa en el contexto de esta coligación negocial que los pagos correspondientes contractualmente a las diferentes subcuentas corresponden a expresas instrucciones; de manera concreta y conforme a la relación normativa negocial ampliamente señalada en este concepto, tenemos en relación con esta situación contractual lo siguiente:

103.- **Cuenta Aportes INCO: Quien podía disponer y por tanto ordenar pagos con cargo a los recursos de esta cuenta era única y exclusivamente el INCO.** Dicha entidad era la autorizada para disponer giros o traslados a la cuenta Aportes Concesionario por cumplimiento de hitos y de los rendimientos correspondientes. Igualmente ordenaba los pagos de facturas de la interventoría y pagos a otros terceros (divulgación, supervisión aérea, estudios y obras).

104.- **Cuenta Aportes Concesionario: (Subcuenta Predios) Quien podía disponer de los recursos de esta cuenta, y por tanto ordenar pagos con cargo a los recursos en ella existentes, que egresaban como restitución de aportes, era el Concesionario”.**

2. CONSIDERACIONES FRENTE AL DISCIPLINADO EDER PAOLO FERRACUTTI

2.1. Lo probado en el proceso

Para el Despacho el material probatorio incorporado al expediente acredita con certeza, que el señor EDER PAOLO FERRACUTTI identificado con la cédula de extranjería No. 000390420, quien a través de acta No. 11 del 24 de septiembre de 2010, inscrita el 22 de diciembre de 2010³⁹, fue nombrado como presidente y representante legal de la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., actuando en ésta última condición, suscribió el documento de fecha 27 de marzo de 2014 a través del cual comunicó a la COMPAÑÍA DE PROFESIONALES DE BOLSA S.A., que debidamente facultado para el efecto aceptaba la Oferta Mercantil de marzo 27 de 2014, cuyo objeto era la Prestación de Servicios de Asesoría Financiera y Banca de Inversión, perfeccionando de esta manera un contrato falso en virtud del cual autorizó pagos por un valor neto de \$8.378.000.000⁴⁰ y total incluido IVA de \$9.467.270.400, realizados a partir de las facturas Nos. 55043 del 15 de diciembre de 2014, 55053 del 14 de enero de 2015, 55064 del 11 de marzo de 2015 y 55072 del 11 de mayo de 2015, con cargo a recursos públicos provenientes del recaudo de peajes, consignados en patrimonio autónomo constituido para la ejecución del Contrato Estatal de Concesión No. 001 de enero 14 de 2010, celebrado entre el Instituto Nacional de Concesiones (INCO) y la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., conducta con la cual utilizó indebidamente recursos de naturaleza pública, que por disposición contractual expresa tenían una destinación específica, permitiendo su apropiación por un tercero en el valor neto previamente citado.

³⁹ El investigado ostentó este cargo hasta el 15 de marzo de 2017.

⁴⁰ Este valor se toma de las facturas 55043, 55053, 55064 y 55072, donde se encuentran discriminados valores de pago neto al contratista y valor de IVA.



A continuación el Despacho argumentará por qué el contrato celebrado con la Compañía Profesionales de Bolsa S.A., fue un contrato falso, demostrará que fue pagado con cargo a recursos de naturaleza pública que tenían una destinación específica que fue desatendida por el investigado y concluirá señalando los deberes funcionales que con su conducta violó el señor EDER PAOLO FERRACUTI y las faltas disciplinarias en las que incurrió.

En el expediente obra el siguiente material documental que da cuenta que el contrato celebrado con la firma Compañía Profesionales de Bolsa S.A., fue un contrato falso celebrado con la conciencia y conocimiento que iba a ser pagado y no cumplido.

- Informe del Controller de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., JORGE ENRIQUE PIZANO de fecha junio 25 de 2015 según el cual el contrato suscrito con la firma Compañía Profesionales de Bolsa S.A., carecía para dicha fecha de soportes entregables (f. 159 anexo 1), fecha para la cual ya se habían presentado y pagado todas las facturas referidas en el cargo único formulado al señor FERRACUTI.

- Informe de la visita in situ realizada por la Superintendencia Financiera de Colombia a la compañía Profesionales de Bolsa S.A., en el mes de junio de 2017. En este informe de se dejó expresa constancia de la inexistencia de soportes asociados a la ejecución del contrato:

“3.3.1. Inexistencia de soportes asociados a la ejecución del contrato.

“... la comisión de visita indagó a la entidad en relación con la documentación y/o soportes donde se diera cuenta de los estudios previos, tratativas, vinculación, presupuestos, costeos, personal relacionado y finalmente de la ejecución de las labores de asesoría financiera y banca de inversión adelantada en virtud del contrato con la CRDS; no obstante en la respuesta al requerimiento efectuado, la entidad manifestó que la información se encontraba en una carpeta física, la cual no pudo ser suministrada por la entidad argumentando la pérdida de la misma.

(...)

“3.3.2. Productos entregados por CPdB en virtud de la ejecución del contrato.

“A efectos de indagar sobre los productos que constituían los entregables del contrato con la CRDS, la comisión de visita tuvo en cuenta el contenido de la oferta de servicios presentada por CPdB el 27 de marzo de 2014 y aceptada el mismo día por parte de la CRDS, y en particular, la descripción del alcance de cada una de las actividades a cargo de CPdB en virtud de la misma (literales a al f del numeral 2.1. de la oferta)

Sobre el particular se identifica que dichas actividades identificaban que CPdB adelantara actividades que requieren de un trabajo técnico soportado en el uso de herramientas y mecanismos de tipo tecnológico, al menos a nivel de construcción de documentos de texto, Excel y presentación de informes a través de los cuales se acreditara el trabajo adelantado.

(...)



“En el mismo sentido, debe señalarse que la sociedad comisionista no concreta la existencia de ningún soporte técnico relacionado con los entregables del contrato suscrito.

(...)

“En este sentido, se procedió a verificar el contenido de las respectivas facturas de cobro emitidas por parte de CpdB para evaluar el cumplimiento de los términos de la oferta, encontrando cuatro (4) facturas así:

(...)

“Por lo anterior se observa que la descripción de cada una de las facturas no corresponde a lo establecido en la oferta, puesto que no es posible determinar que el monto de cada uno de los pagos se encuentra soportado en primer lugar, en la obtención de resultados definidos en la oferta como requisitos para el pago y el consecuente cálculo de la comisión de CPdB, de acuerdo con los porcentajes definidos en la misma

(...)

“Por los hechos antes descritos no es posible explicar la forma como se definieron y originaron cada uno de los pagos recibidos por parte de CPdB, en virtud de la oferta de servicios aceptada por la CRDS. En efecto, al no existir una descripción y verificación de la gestión en relación con la obtención de nuevos recursos o de la refinanciación a favor de la CRDS, no se observa un soporte que pueda relacionarse con la obtención de las comisiones de éxito a favor de CPdB.

(...)

4. CONCLUSIONES

4.2. La Comisión de Visita no evidenció ningún reporte documental o técnico relacionado con los entregables de la oferta de servicios prestada por CPdB a la CRDS, que le permitieran dar cuenta de las labores adelantadas por funcionarios de la firma comisionista y que sustenten dicho trabajo, dada su envergadura y representatividad para la Compañía y que soporten su razonabilidad respecto del ingreso obtenido por la misma”.

- Resolución No. 01799 de 2018 de la Superintendencia Financiera según la cual:

“... a la fecha del presente acto administrativo, no existen soportes documentales que permita verificar la transacción efectuada entre la firma comisionista y CRDS por concepto de asesoría financiera y banca de inversión, por la que se generaron ingresos operacionales por valor de \$8.376.000.000 como resultado de las cuatro (4) facturas aludidas en apartes precedentes, lo que desconocería lo dispuesto por el artículo 53 del Código de Comercio y las normas de información contable citadas en precedencia”.

3.2.2. Concepto de Violación

“... en los estados financieros de la firma comisionista de bolsa se refleja un registro contable por \$8.376.000.000 por concepto de asesoría financiera, con ocasión de la ejecución de la oferta mercantil presentada a CRDS.

“Sin embargo, al solicitar a Profesionales de Bolsa S.A., los soportes del rubro indicado en el párrafo anterior, tal y como se determinó en los hechos en que se basa la presente actuación, se obtuvo una respuesta negativa por parte de la entidad, en tanto dichos documentos no reposaban en los archivos de la misma y se desconocía su ubicación...”.



(...)

11.1.5. De las consideraciones de esta Superintendencia respecto de los cargos imputados.

11.1.5.1. Consideraciones Generales

(...)

“Acredita Profesionales de Bolsa en la presente actuación administrativa la oferta de servicios, la orden de servicios suscrita por el Representante Legal de CRdS S.A.S., y la copia de las facturas expedidas por la sociedad, más no ha allegado documentación que soporta la ejecución de la labor encomendada, lo cual configura el sustento verdadero que dé lugar a acreditar que, efectivamente, la firma comisionista de bolsa prestó efectivamente un servicio a la concesionaria y por ende se justifica la expedición de las facturas libradas.

(...)

“... Profesionales de Bolsa S.A. no hizo entrega de dichos soportes, por cuanto figuraban en una carpeta extraviada, hecho sobre el cual se había interpuesto una denuncia. De esta forma, la Superintendencia no pudo verificar al momento de la diligencia practicada en CPdB los soportes de la información contable revelada en los estados financieros de fin de ejercicio con corte a 31 de diciembre de 2015 y que se relacionaba con la ejecución de la oferta mercantil aceptada por CRDS, por cuanto no contó con los soportes contables que dieran cuenta de la fiabilidad de la misma.

“Ahora bien, como fuera indicado en los numerales precedentes, en la comunicación radicada con el número 2018060682-005-000, en su respuesta al pliego de cargos CPdB adjunta los documentos titulados como OFERTA MERCANTIL DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE ASESORÍA FINANCIERA Y BANCA DE INVERSIÓN con fecha del 27 de marzo de 2014 proveniente de esa sociedad comisionista y firmado por el representante legal y el ANEXO No. 1 ORDEN DE SERVICIOS del 27 de marzo de 2014 proveniente de CRdS S.A.S. firmado por el representante legal de esa entidad.

“Así, es claro que la entidad cuenta como todo soporte del desarrollo de la oferta de servicios aceptada por CRdS los documentos aludidos y no tiene ningún otro documento que acredite la ejecución de la labor contratada como serían las proyecciones económicas, análisis de factibilidad y otros documentos que demuestren la consecución de recursos nuevos o la refinanciación de los “recursos del financiamiento estructural existentes”.

“Es del caso aclarar, que la importancia de estos documentos en punto al soporte del registro contable es establecida en la misma oferta, en tanto ellos eran generadores del cobro del contrato (...) en tanto sin dichos documentos no se podía haber efectuado el cobro correspondiente del contrato, resulta claro entonces que Profesionales de Bolsa S.A., no tenía los soportes contables suficientes para las facturas expedidas y que dieron lugar al registro presupuestal operacional correspondiente revelado en sus estados financieros con corte a 31 de diciembre de 2015, lo que hizo que la información contable no fuera fiable y por tal razón no es posible desvirtuar el cargo imputado” (f. 219).

- Soportes documentales remitidos por la Corporación Financiera Colombiana S.A., que acreditan que para los meses de septiembre de 2013 y abril, mayo, agosto, septiembre y diciembre de 2014, el señor EDER PAOLO FERRACUTI contrató a CORFICOLOMBIANA S.A., para la prestación de servicios de banca de inversión para el acompañamiento del proceso de evaluación de la viabilidad económica del



proyecto Ocaña – Gamarra y posterior acompañamiento en la financiación del mismo proyecto, hecho que permite inferir que no existía una necesidad real de contratar a la firma Compañía Profesionales de Bolsa S.A, para la realización de actividades tendientes a la obtención del cierre financiero del proyecto Ocaña – Gamarra, ya que esos servicios estaban siendo prestados por CORFICOLOMBIANA (f. 407 y siguientes).

La asesoría prestada por Corficolombiana y la ausencia de una necesidad real de contratar a la firma Compañía Profesionales de Bolsa S.A., fue ratificada y puesta de presente por los señores MIGUEL EDUARDO VARGAS HERNÁNDEZ y OSCAR JAVIER HERNÁNDEZ GAONA, quienes en las versiones libres rendidas en la etapa de investigación disciplinaria informaron lo siguiente:

El señor HERNÁNDEZ GAONA manifestó:

“PREGUNTADO: con posterioridad a esa reunión de Junta Directiva en las cuales haya usted participado bien a título de suplente o de principal en reemplazo del principal, se discutió dicha contratación? CONTESTÓ: si, en el año 2015, no tengo la fecha exacta pero debió ser en marzo tal vez del año 2015 se hizo una mención al contrato de profesionales de bolsa y eso causó gran inquietud de parte de los representantes o de los miembros de junta directiva que habíamos sido delegados por parte de EPISOL porque era un tema exótico, digamos no había lugar a que profesionales de bolsa estuviera asesorando a la concesionaria, en la medida en que típicamente lo que tenía ver con la financiación de proyectos donde participaba o donde participa COFICOLOMBIANA o sus compañías controladas se hace con banca de inversión CORFICOLOMBIANA, de hecho el cierre financiero para este contrato en particular se hizo con la asesoría de la banca de inversión Corficolombiana, entonces para nosotros fue sorpresivo encontrar que había una asesoría por parte de profesionales de bolsa”.

Y el señor VARGAS HERNANDEZ:

“PREGUNTADO: Recuerda usted si en alguna de las reuniones en las que estuvo presente como miembro suplente de la junta directiva de la concesionaria ruta de sol, se discutió la necesidad de contratar un especialista financiero que brindara apoyo a la banca de inversión de CORFICOLOMBIANA para el cierre financiero del proyecto Ocaña - Gamarra CONTESTÓ: No, en las reuniones que yo asistí no recuerdo se escuchara discutir esa tema, de hecho el liderazgo digamos de la banca de inversión era claro desde el inicio que era a través de CORFICOLOMBIANA y CORFICOLOMBIANA tenía las calidades para hacer digamos todas las asesorías financieras como fue desde el inicio incluso del nacimiento del contrato y así se mantuvo durante todo digamos el momento PREGUNTADO: es decir, la asesoría financiera a la concesionaria la prestaba CORFICOLOMBIANA CONTESTÓ: Banca de inversión PREGUNTADO: Banca de inversión es un segmento de CORFICOLOMBIANA CONTESTÓ: Si, banca de inversión es una línea de negocios de CORFICOLOMBIANA”.

- Copia de dos escritos sin fecha firmados por la Representante Legal de la Compañía Profesionales de Bolsa S.A., por medio de los cuales se habría hecho entrega de los soportes de cumplimiento de los servicios contratados (CD f. 83), que al ser analizados permiten concluir que carecen de fechas, de constancias de recibido y que el supuesto producto entregado mediante esos dos oficios consta solo de 4 folios cuyo contenido no corresponde con el alcance de las obligaciones de la oferta



mercantil del 27 de marzo de 2014 aceptada por el señor EDER PAOLO FERRACUTI como representante legal de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S.

Por ejemplo no se aprecia la existencia de análisis o soportes de estudio de las estructuras financieras y alternativas de refinanciación del proyecto propuestas por Corficolombiana Banca de Inversión, ni los soportes de la auditoría que se debía realizar al modelo financiero propuesto por Coficolombiana Banca de Inversión para reflejar un adecuado tratamiento contable y fiscal del proyecto en colaboración con CRDS, ni soportes del cumplimiento de las demás servicios ofertados y contratados por los cuales se pagó un valor total de \$9.467.270.400.

- Copia del Laudo Arbitral del 6 de agosto de 2019 proferido por el Tribunal Arbitral de Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., contra la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI), en el cual se concluyó que con cargo al proyecto ruta del sol sector 2, se realizaron pagos de sobornos y de contratos ficticios, como el celebrado con la firma Profesionales de Bolsa. En la parte considerativa de esta decisión se señaló lo siguiente:

“2.5.3.3. Los distintos testimonios y evidencia documental muestran que la contabilidad de la Concesionaria y de Consol están contaminadas y que los pagos de sobornos hechos por Odebrecht fueron recobrados a través del Proyecto.

Los giros que anota el testigo Millán desde los inicios del Contrato, por su parte, fueron objeto de informes que a este Tribunal hizo llegar la Fiscalía General de la Nación, así como otros testigos del proceso. Dentro de ellos, por ejemplo, se encuentra el informe presentado por la Alcaldía de Andorra sobre movimientos a través de la Banca Privada de Andorra, que eran recurrentes por parte de Odebrecht. En el informe se pueden advertir varios giros hechos por la Concesionaria a través de la Fiduciaria Banco de Bogotá con destino a dicha Banca durante los meses de junio, julio y agosto de 2010 y, en general, durante el tiempo de ejecución del contrato de concesión.

Al expediente, el ente acusador aportó importantes pruebas con listas de contratistas de la Concesionaria y de Consol provenientes de contratos ficticios, con empresas tales como Profesionales de Bolsa, Consultores Unidos, PRESOAM, Consorcio SION, Detección de Riesgos Técnicos, Control de Calidad y Supervisión de Obras de Edificación S.A., RGQ Logistics, Transportes y Equipos de la Sabana, Lurion Trading, etc”

Los anteriores elementos de prueba le permiten concluir al Despacho en sede de fallo, que el contrato celebrado entre la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S, y la Compañía Profesionales de Bolsa S.A., fue un contrato falso, celebrado y pagado por el señor EDER PAOLO FERRACUTI con la conciencia y conocimiento de que el objeto y las obligaciones pactadas no iban a ser ejecutadas aunque si pagadas, con la conciencia de que el objeto acordado era innecesario en la medida en que el mismo disciplinado había contratado a la Corporación Financiera Colombiana CORFICOLMBIANA S.A., para prestar servicios de banca de inversión para el acompañamiento del proceso de evaluación de la viabilidad económica del proyecto Ocaña – Gamarra y posterior acompañamiento en la financiación del mismo proyecto y con la intención clara de que permitir que un tercero se apropiara de



recursos correspondientes al recaudo de peajes que contractualmente estaban destinados al pago de costos y gastos reales asociados a la ejecución del contrato.

También fue acreditado dentro del proceso, que los recursos con los que se pagó el contrato celebrado con la firma Compañía Profesionales de Bolsa S.A., salieron del recaudo efectuado en el Peaje Morrison, los cuales eran de naturaleza pública en la medida en que por disposición contractual expresa tenían una destinación específica que fue desatendida por el señor EDER PAOLO FERRACUTI.

La condición de recursos públicos de los dineros con los cuales se pagó el valor total del contrato celebrado con la Compañía Profesionales de Bolsa S.A., fue acreditada en el presente proceso disciplinario de la siguiente manera:

Partiendo de la definición contenida en el artículo 53 del Código Disciplinario Único según el cual son recursos públicos aquellos que las entidades públicas han destinado para su utilización con fines específicos, tópico que fue tratado con profundidad en el numeral “1.4.1. Caracterización del términos “recursos públicos” cuya característica principal es su destinación por disposición legal, contrato o convenio, a una finalidad específica revestida de interés público, que impide la libre disposición de los mismos por parte del administrador o contratista”, al cual se remite, donde se concluyó que en los casos de recursos parafiscales, recursos entregados a contratistas a título de anticipo y recursos entregados a contratistas como aportes en convenios de cooperación, la naturaleza pública de los mismos se ha fundado en la destinación específica que a dichos recursos se ha dado por ley, contrato o convenio, que impiden su libre disposición por parte del particular, es decir, en la afectación a un objetivo o finalidad de interés público, afectación que impone al particular contratista o cooperante que recibe los recursos, que los destine única y exclusivamente a las actividades predeterminadas por la ley, el contrato o el convenio, aspecto que resulta coherente con el contenido del artículo 53 del Código Disciplinario Único según el cual son recursos públicos aquellos que las entidades públicas han destinado para su utilización con fines específicos.

Acudiendo al contenido y estructuración del contratación de concesión No. 001 de 2010, tema desarrollado en el numeral: “1.4.2. Los recursos provenientes del recaudo de peajes, aún habiendo sido pactados como parte de la contraprestación del concesionario, no eran por este sólo hecho, recursos de naturaleza privada”, al cual se remite, en donde se argumentó que en relación con los recursos provenientes del recaudo de peajes, contractualmente se estableció que los mismos estarían única y exclusivamente destinados a la atención de todos los pagos, costos y gastos a cargo del concesionario para el cumplimiento de sus obligaciones derivadas del contrato, el pago de los impuestos que se causen con ocasión de la suscripción y ejecución del contrato de fiducia mercantil, y el pago de la comisión pactada a favor de la Fiduciaria, es decir al pago costos y gastos reales asociados a la ejecución del contrato, siendo de libre disposición del concesionario, solo los remanentes que quedaran luego de atender los costos y gastos reales asociados a la ejecución del proyecto.



En el hecho de que al no ser el contrato en Colombia a su vez título y modo, por la suscripción del mismo la Sociedad Concesionaria no se convirtió en propietaria directa de los aportes INCO y de los recursos de peajes que conformaban la contraprestación y en virtud del principio de autonomía de la voluntad incorporado en el artículo 40 de la ley 80 de 1993⁴¹, según el cual, en los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución y la ley, las partes del contrato de concesión No. 001 de 2010 acordaron que el pago de la contraprestación a cargo del INCO estuviera condicionada a la entrega de Hitos y al pago de costos y gastos reales correspondientes a la ejecución del contrato, lo cual a su vez implicaba, que los recursos que por concepto de aportes INCO y por concepto de recaudo peajes, no eran recursos de propiedad del concesionario hasta tanto este no justificara la entrega de un hito o de un costo real asociado al contrato de concesión, conservando su condición de recursos públicos por la destinación específica que para ellos se previó en el contrato 001 de 2010⁴².

Con la visita in situ realizada por la Superintendencia Financiera de Colombia a la Compañía Profesionales de Bolsa S.A., en el mes de junio de 2017, en donde se estableció que los pagos por la suma \$8.376.000.000 “se realizaron a través de consignaciones ACH por Corficolombiana Fidu S.A., bajo el ordenante “Peaje Morrison Contrato 001/2010”.

Con el oficio No. 2020032926-001-000 del 4 de marzo de 2020 firmado por el Director Legal de Intermediarios de Valores de la Superintendencia Financiera de Colombia (f. 1080 a 1087). A través de este oficio se remitieron los siguientes comprobantes de ingreso de los pagos recibidos por la Compañía Profesionales de

⁴¹ **Artículo 40. Del contenido del contrato estatal.** Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta ley, correspondan a su esencia y naturaleza. Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales. En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta ley y a los de la buena administración.

⁴² El caso de los recursos entregados a título de anticipo, permite comprender de manera diáfana el tema que nos ocupa, pues en este caso, el dinero que se entrega al contratista a éste título, corresponde a un monto que hace parte del valor pactado como contraprestación a favor del contratista; que es entregado por la entidad estatal al contratista, en algunos contratos de manera directa y otros a través de una fiducia; y que pese a ser parte del valor pactado como contraprestación y ser entregado al contratista, conservan la condición de recursos públicos por estar destinados a ser invertidos única y exclusivamente en el ejecución del contrato, sin que el contratista pueda disponer de estos recursos a su arbitrio, recursos que sólo se imputaran como pago, cuando el contratista los haya amortizado con la ejecución de actividades o hitos contractuales.



Bolsa S.A., a través de consignaciones ACH de la Fiducia Corficolombiana bajo el ordenante "Peaje Morrison 001/2010":

- Copia factura No 55043 el 15 de diciembre de 2014 dirigida a la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., por parte de Profesionales de Bolsa, en el cual se facturó el concepto de "Prestación de Servicios de Asesoría Financiera y Banca de Inversión" (f. 1081 anverso); Copia comprobante de ingreso de la firma Profesionales de Bolsa del 18 de diciembre de 2014, por valor de \$2.838.637.620 correspondientes a la cancelación de la factura de venta No. 55043. En el comprobante de ingreso se señala que la suma se recibió de: "PEAJE MORRISON CONTRATO 001/2010" (f. 1081 reverso); y copia "NOTA DÉBITO Y CRÉDITO" que demuestra que el abono el cuenta fue realizado a través de la Fiduciaria Corficolombiana el 18 de diciembre de 2014 (f. 1082 anverso).
- Copia factura No. 55053 del 14 de enero de 2015 dirigida a la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S, por parte de Profesionales de Bolsa (f. 1082 reverso); Copia de comprobante de ingreso de la firma Profesionales de Bolsa de fecha 16 de enero de 2015, por valor de \$2.695,333,680 donde se señala que la suma se recibió de: "PEAJE MORRISON CONTRATO 001/2010" (f. 1083 anverso); y copia "NOTA DÉBITO Y CRÉDITO" que demuestra que el abono el cuenta fue realizado a través de la Fiduciaria Corficolombiana el 16 de enero de 2015 (f. 1084 anverso).
- Copia de factura No. 55064 del 15 de marzo de 2015 dirigida a la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., por parte de Profesionales de Bolsa (f. 1084 reverso); Copia de comprobante de ingreso de la firma Profesionales de Bolsa de fecha 20 de marzo de 2015, por valor de \$1.702.369.500 correspondientes a "CANCELACIÓN FRA # 55064" donde se señala que la suma se recibió de: "PEAJE MORRISON CONTRATO 001/2010" (f. 1085 anverso); y Copia de relación de movimiento de cuenta correspondientes al día 20 de marzo de 2015 el cual contiene un abono en cuenta por \$1.702.369.500 (f. 1085 reverso).
- Copia factura No. 55072 del 11 de mayo de 2015 dirigida a la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., por parte de Profesionales de Bolsa (f. 1086 anverso); Copia de comprobante de ingreso de la firma Profesionales de Bolsa de fecha 14 de mayo de 2015, por valor de \$1.276.523.040 correspondientes a "CANCELACIÓN FRA # 55072" donde se señala que la suma se recibió de: "PEAJE MORRISON CONTRATO 001/2010" (f. 1086 anverso); y copia "NOTA DÉBITO Y CRÉDITO" que demuestra que el abono el cuenta fue realizado a través de la Fiduciaria Corficolombiana el 14 de mayo de 2015 (f. 1087 anverso).
- Copia de "Reporte de Movimiento de Terceros" de la Compañía Profesionales de Bolsa, correspondiente al periodo: "01/01/2014 al 31/12/2015" en el cual se relacionan los abonos en cuenta realizados por "PEAJE MORRISON CONTRATO 001/2010" el 18 de diciembre de 2014 por \$2.838.637.620, 16 de enero de 2015 por



\$2.695,333,680, marzo 20 de 2015 por \$1.702.369.500 y 14 de mayo de 2015 por \$1.276.523.040 (f. 1087 reverso).

Al analizar de manera conjunta los anteriores elementos de juicio el Despacho concluye, que en el marco del contrato de concesión No. 001 de 2010, los recursos recaudados por concepto de peajes, era recursos de naturaleza pública, destinados a ser utilizados en unos fines específicos, que fueron desatendidos por el señor EDER PAOLO FERRACUTI quien como presidente y representante legal de la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., los utilizó para pagar un contrato falso que no correspondía a un costo o gasto real asociado a la ejecución del contrato de concesión.

Con la conducta imputada y probada el señor EDER PAOLO FERRACUTI, en su condición de representante legal de la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S, vulneró los siguientes deberes funcionales que como administrador societario tenía por virtud del artículo 23 de la ley 222 de 1995⁴³:

1. El deber de realizar los esfuerzos conducentes al adecuado desarrollo del objeto social.
2. El deber de velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales o estatutarias.
3. El deber de obrar de Buena Fe.

Vulneró el deber de realizar los esfuerzos conducentes al adecuado desarrollo del objeto social, al haber actuado en contravía del artículo 4 de la escritura de constitución de la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., que delimitaba el objeto social de la misma.

Violó el deber de velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales y estatutarias, al haber incumplido la normatividad y las disposiciones estatutarias que en seguida se citan:

El artículo 2.5.2.1.1 del Decreto 2555 de 2010 de julio 15 de 2010 que prescribe:

“Parágrafo. El negocio fiduciario no podrá servir de instrumento para realizar actos o contratos que no pueda celebrar directamente el fideicomitente de acuerdo con las disposiciones legales”.

El artículo 196 del Código de Comercio según el cual:

“La representación de la sociedad y la administración de sus bienes y negocios se ajustarán a las estipulaciones del contrato social, conforme al régimen de cada tipo de sociedad”

⁴³ Según el artículo 22 de la ley 222 de 1995, el representante legal es un administrador de la sociedad.



Los artículos 25 numeral 14 y 29 numerales 2 y 16 de los estatutos sociales, según los cuales:

“ARTÍCULO 25. – FUNCIONES DE LA JUNTA DIRECTIVA: Son atribuciones de la Junta Directiva:

“14. Aprobar la celebración o suscripción de cualquier contrato, acuerdo o negocio jurídico que tenga como efecto, la cesión o enajenación de activos o pasivos y la asunción de derechos u obligaciones que representen individualmente o en conjunto (bajo un mismo objeto) más de dos millones quinientos mil dólares (US\$2.500.000) o su equivalente en pesos convertidos a la TRM del día anterior del perfeccionamiento del correspondiente negocio jurídico.

“ARTÍCULO 29. – FUNCIONES DEL REPRESENTANTE LEGAL: El Presidente ejercerá todas las funciones propias de la naturaleza de su cargo, y en especial, las siguientes:

“2. Celebrar y ejecutar todos los actos u operaciones correspondientes al objeto social, de conformidad con lo previsto en las leyes y en los estatutos, con la observancia de la limitación en aquellos para los cuales se requiera autorización de la Junta directiva.

(...)

“15. En general, celebrar y ejecutar todos los actos y demás funciones que le corresponden como tal, conforme a la Ley, los Estatutos, las disposiciones de la Junta Directiva con el objeto de dar debida realización al objeto social que persigue la Empresa”. (f.164 y ss).

Y violó el deber de obrar de buena fe, a cuya observancia se encontraba sujeto el disciplinado como representante legal y administrador de la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., que se constituyó como sociedad anónima simplificada y que por virtud del artículo 3 de la ley 1258 de 2008⁴⁴, tiene la naturaleza de sociedad comercial, resultando aplicable al disciplinado el artículo 871 del Código de Comercio según el cual los contratos deben ejecutarse de buena fe, con sujeción a lo pactado expresamente en ellos ⁴⁵.

La violación de los anteriores deberes se acreditó dentro del presente proceso disciplinario, de la siguiente manera:

La Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., no era una persona jurídica particular cualquiera, sino que era una sociedad constituida con un único fin, directamente vinculado y atado a la suscripción y ejecución del contrato estatal de

⁴⁴ Artículo 3o. Naturaleza. La sociedad por acciones simplificada es una sociedad de capitales cuya naturaleza será siempre comercial, independientemente de las actividades previstas en su objeto social. Para efectos tributarios, la sociedad por acciones simplificada se regirá por las reglas aplicables a las sociedades anónimas.

⁴⁵ Artículo 871. Principio de Buena Fe. Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural.



concesión No. 001 de 2010 en cuya ejecución se encontraba inmerso un interés público.

“ART. 4 – OBJETO SOCIAL: El objeto social principal de la Sociedad Concesionaria es: (i) La suscripción y ejecución del Contrato de Concesión correspondiente al Sector 2, que le sea adjudicado a CRS. El objeto de la sociedad será ejecutado y cumplido en los términos y condiciones establecidos en los pliegos de condiciones de la licitación pública No. SEA-LP-001-2009 y aquellos establecidos en el contrato de concesión que para el efecto se suscriba. La sociedad, por su cuenta y riesgo, realizará y ejecutará las obras necesarias para la construcción, rehabilitación, ampliación y mejoramiento, del proyecto vial Ruta del Sol correspondientes al sector 2, la preparación de los estudios definitivos, la gestión predial y social, la obtención y/o modificación de licencias ambientales, la financiación, la operación y el mantenimiento de las obras, en el sector 2 Puerto Salgar – San Roque, así como también explotar todos los bienes de la concesión en el sector, de acuerdo con lo previsto en el contrato de concesión y en la ley, explotación que comprende el uso para fines comerciales o publicitarios de los activos concesionados, e igualmente de los bienes inmuebles (por adhesión o accesión) o muebles que hagan parte del sector 2 y hayan sido construidos por la sociedad concesionaria o que hayan sido entregados por el INCO en concesión, en desarrollo del contrato de concesión, con sujeción a los términos y condiciones expresamente previstos en éste.

(...)

“(a) La contraprestación de la CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. consistirá en (i) los Aportes del INCO al Patrimonio Autónomo en los términos señalados en la sección 13.03 del contrato de concesión, Anexo No. 1 a los pliegos de condiciones de la licitación, (ii) los ingresos provenientes del recaudo de peaje, en los términos señalados en la sección 13.05 del Contrato de Concesión”.

El objeto societario de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., cuyo acatamiento era obligatorio para el disciplinado, se encontraba circunscrito a la firma y ejecución del contrato de concesión “en los términos y condiciones establecidos en los pliegos de condiciones de la licitación pública No. SEA-LP-001-2009 y aquellos establecidos en el contrato de concesión que para el efecto se suscriba”, condicionando de manera expresa y directa el ámbito competencial y funcional del disciplinado.

Como ya previamente fue sustentado, el disciplinado obrando como representante legal de la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., celebró y pagó a la firma la Compañía Profesionales de Bolsa S.A., un contrato falso, obrando con la conciencia y el conocimiento de que el objeto y las obligaciones pactadas no iban a ser ejecutadas aunque si pagadas, con la conciencia de que el objeto acordado era innecesario en la medida en que el mismo disciplinado había contratado a la Corporación Financiera Colombiana CORFICOLOMBIANA S.A., para prestar servicios de banca de inversión para el acompañamiento del proceso de evaluación de la viabilidad económica del proyecto Ocaña – Gamarra y posterior acompañamiento en la financiación del mismo proyecto y con la intención clara de que permitir que un tercero se apropiara de recursos correspondientes al recaudo de peajes que contractualmente estaban destinados al pago de costos y gastos reales asociados a la ejecución del contrato y que por lo mismo, no podían ser destinados al pago de contratos ficticios, permitiendo que un tercero se apropiara de un valor neto de \$8.378.000.000, incumpliendo de esta manera los deberes consistentes en



realizar los esfuerzos conducentes al adecuado desarrollo del objeto social, velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales y estatutarias, así como el deber de obrar de buena fe, a cuya observancia estaba obligado por virtud del artículo 23 de la ley 222 de 1995.

Se considera en sede de fallo, que el disciplinado violó los deberes de realizar los esfuerzos conducentes al adecuado desarrollo del objeto social y velar por el cumplimiento de las disposiciones estatutarias, por cuanto al prescribir el artículo cuarto de la escritura de constitución de la Sociedad Concesionaria, que el objeto social de la misma se encontraba circunscrito a la firma y ejecución del contrato de concesión “en los términos y condiciones establecidos en los pliegos de condiciones de la licitación pública No. SEA-LP-001-2009 y aquellos establecidos en el contrato de concesión que para el efecto se suscriba”, por disposición estatutaria le resultaba obligatorio al representante legal de la Sociedad Concesionaria, la observancia y cumplimiento de la sección 19.25 del contrato de concesión, que establecía el compromiso contractual de “Buen Uso” de los recursos, donde las partes convinieron lo siguiente:

“Usos de los Recursos: Durante la ejecución del presente contrato, los usos que le dará a los aportes INCO, Peajes y demás ingresos provenientes de los aportes de capital y endeudamiento regulados en el presente contrato **serán única y exclusivamente para la ejecución del presente contrato**, mientras existan obligaciones a cargo del concesionario derivados de la ejecución del mismo”.

Compromiso que estaba presente además, en la Sección 3.02 del contrato de concesión, donde se estableció que los recursos provenientes de aportes INCO y recaudo de peajes “se destinarán única y exclusivamente a la atención de (i) todos los pagos, costos y gastos a cargo del concesionario para el cumplimiento de sus obligaciones derivadas del presente contrato (...) el pago de los impuestos que se causen con ocasión de la suscripción y ejecución del contrato de fiducia mercantil, y el pago de la comisión pactada a favor de la Fiduciaria...”, sin que se encontrará cubierta por dicha destinación específica, el pago de un contrato falso que permitió a un tercero la apropiación de recursos de naturaleza pública.

Asimismo se concluye, que el señor EDER PAOLO FERRACUTI inobservó el deber de velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales, al haber desconocido el artículo 196 del Código de Comercio según el cual la representación de la sociedad debe ajustarse a las estipulaciones del contrato social, por inobservancia de los artículos 29 numerales 2 y 15 y 25 numeral 14 de la escritura de constitución de la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S.⁴⁶, que limitaban la

⁴⁶ ARTÍCULO 29. – FUNCIONES DEL REPRESENTANTE LEGAL: El Presidente ejercerá todas las funciones propias de la naturaleza de su cargo, y en especial, las siguientes:

“2. Celebrar y ejecutar todos los actos u operaciones correspondientes al objeto social, de conformidad con lo previsto en las leyes y en los estatutos, con la observancia de la limitación en aquellos para los cuales se requiera autorización de la Junta directiva”

“ARTÍCULO 25. – FUNCIONES DE LA JUNTA DIRECTIVA: Son atribuciones de la Junta Directiva:



capacidad de contratación directa del representante legal de la concesionaria (sin autorización de la junta directiva) a la suma de dos millones quinientos mil dólares (US\$2.500.000), valor que fue excedido en el sub judge, en donde el costo total del contrato fue de \$9.467.270.400, incluido IVA.

La celebración del contrato sin autorización de la Junta Directiva de la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., se encuentra probada con el contenido original del Acta de Junta Directiva No. 50 de febrero 21 de 2014 que no contiene la aprobación de dicha contratación y con los correos electrónicos de los meses de marzo y abril de 2015, que dan cuenta de las conversaciones que sostuvieron los señores ELEUBERTO MARTORELLI y ALBERTO MARIÑO SAMPER con el fin de falsear el contenido del acta No. 50 de febrero 21 de 2014 con el fin de incluir en ella, la autorización al representante legal para la celebración del contrato con la Compañía Profesionales de Bolsa S.A., autorización que nunca fue discutida ni aprobada en la sesión de junta directiva que tuvo lugar el 21 de febrero de 2014.

De acuerdo con este íter, los señores FERRACUTI y MARTORELÍ tenían el control del negocio jurídico, de su finalidad y de la forma cómo se había suscrito y se venía pagando sin ser cumplido previo al acercamiento al señor MARIÑO SAMPER, respecto de quien no obra en el expediente evidencia que supiera lo ominoso de dicha contratación, salvo el poder evidenciar meses después, casi un año, que el mismo resultaba innecesario a la luz del papel que Corficolombiana había desarrollado respecto de la concesión.

Y por el desconocimiento del parágrafo del artículo 2.5.2.1.1 del Decreto 2555 de 2010 de julio 15 de 2010 que prescribe:

“Parágrafo. El negocio fiduciario no podrá servir de instrumento para realizar actos o contratos que no pueda celebrar directamente el fideicomitente de acuerdo con las disposiciones legales”.

Lo anterior en la medida en que si de conformidad con lo establecido en la Sección 3.02 del contrato de concesión⁴⁷, una de las partes del contrato de fiducia mercantil era la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., la cual tenía la condición de Fideicomitente, al disciplinado como representante legal de esta Sociedad le resultaba aplicable el artículo 2.5.2.1.1., precitado, el cual violó al haber celebrado el contrato cuestionado y ordenado los pagos reprochados en el cargo único, instrumentalizando el negocio fiduciario como medio de pago de un contrato falso, el

“14. Aprobar la celebración o suscripción de cualquier contrato, acuerdo o negocio jurídico que tenga como efecto, la cesión o enajenación de activos o pasivos y la asunción de derechos u obligaciones que representen individualmente o en conjunto (bajo un mismo objeto) más de dos millones quinientos mil dólares (US\$2.500.000) o su equivalente en pesos convertidos a la TRM del día anterior del perfeccionamiento del correspondiente negocio jurídico.

⁴⁷ “(a) Partes: El Concesionario será el fideicomitente del Patrimonio Autónomo...”.



cual no hubiera podido celebrar directamente el fideicomitente ya que no versaba sobre un costo o gasto real, sino sobre un costo falso.

De igual forma en sede de fallo se concluye, que el disciplinado incumplió el deber de velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones estatutarias, por inobservancia de los artículos 29 numerales 2 y 15 y 25 numeral 14 de la escritura de constitución de la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S.⁴⁸, que limitaban para la época de los hechos, la capacidad de contratación directa del representante legal hasta la suma de dos millones quinientos mil dólares (US\$2.500.000) o su equivalente en pesos, requiriendo para los negocios jurídicos cuyo valor excediera esa cuantía, la autorización o aprobación de la Junta Directiva de la Sociedad.

Lo anterior debido a que con ocasión del contrato celebrado con la firma Profesionales de Bolsa, le fueron girados al contratista, recursos por un valor total de \$9.467.270.400, valor que superaba el límite estatutario de contratación del representante legal, sin que éste contara con la autorización de la Junta Directiva de la Sociedad, pues como se desarrollará en el acápite de pruebas, del análisis conjunto de las tres versiones del acta de la reunión de junta directiva de febrero 21 de 2014 y de los correos electrónicos visibles a folios 262 y subsiguientes, puede concluirse que para la fecha en que el disciplinado contrató con la firma profesionales de bolsa (27 de marzo de 2014), la Junta Directiva no había autorizado formal y debidamente al disciplinado para suscripción del contrato investigado y sin embargo el mismo venía siendo pagado y había sido previamente suscrito, cuestión y riesgo que era gobernado por los señores FERRACUTI y MARTORELI, como representante legal y presidente de la Junta Directiva del concesionario respectivamente.

Y finalmente se considera violado, el deber de obrar de buena fe, en la medida en que el disciplinado no ejecutó el Contrato de Concesión No. 001 de 2010 con sujeción a lo pactado en él, habiendo desconocido lo dispuesto en la sección 19.25 del contrato de concesión, que establecía el compromiso contractual de “Buen Uso” de los recursos, que demandaba que durante la ejecución contractual, “los aportes INCO, Peajes y demás ingresos provenientes de los aportes de capital y endeudamiento regulados en

⁴⁸ ARTÍCULO 29. – FUNCIONES DEL REPRESENTANTE LEGAL: El Presidente ejercerá todas las funciones propias de la naturaleza de su cargo, y en especial, las siguientes:

“2. Celebrar y ejecutar todos los actos u operaciones correspondientes al objeto social, de conformidad con lo previsto en las leyes y en los estatutos, con la observancia de la limitación en aquellos para los cuales se requiera autorización de la Junta directiva

“ARTÍCULO 25. – FUNCIONES DE LA JUNTA DIRECTIVA: Son atribuciones de la Junta Directiva:

“14. Aprobar la celebración o suscripción de cualquier contrato, acuerdo o negocio jurídico que tenga como efecto, la cesión o enajenación de activos o pasivos y la asunción de derechos u obligaciones que representen individualmente o en conjunto (bajo un mismo objeto) más de dos millones quinientos mil dólares (US\$2.500.000) o su equivalente en pesos convertidos a la TRM del día anterior del perfeccionamiento del correspondiente negocio jurídico.



el presente contrato **serán única y exclusivamente para la ejecución del presente contrato**, mientras existan obligaciones a cargo del concesionario derivados de la ejecución del mismo”.

Compromiso ratificado en la Sección 3.02 del contrato de concesión, donde se estableció que los recursos provenientes de aportes INCO y recaudo de peajes “**se destinarán única y exclusivamente a la atención de (i) todos los pagos, costos y gastos a cargo del concesionario para el cumplimiento de sus obligaciones derivadas del presente contrato** (...) el pago de los impuestos que se causen con ocasión de la suscripción y ejecución del contrato de fiducia mercantil, y el pago de la comisión pactada a favor de la Fiduciaria...”.

Las anteriores disposiciones contractuales fueron vulneradas, en la medida en que los recursos para el pago de las facturas generadas con ocasión del contrato celebrado con la firma Compañía Profesionales de Bolsa, como más arriba se desarrolló, salió de los recaudos del Peaje Morrison ubicado en el trayecto vía denominado Ruta del Sol Sector 2, recursos que según la cláusulas contractuales previamente citadas, solo podían utilizarse para la el pago de gastos y costos reales y no para el pago de contratos falsos.

2.2. Faltas disciplinarias cometidas por el disciplinado

Los hechos probados en el presente proceso disciplinario demuestran que el señor EDER PAOLO FERRACUTI en su condición de representante legal de la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., con la conducta imputada y probada incurrió en los tipos disciplinarios previstos en los numerales primero, cuarto y décimo del artículo 55 de la ley 734 de 2002, según el cual para los sujetos disciplinables por el régimen de los particulares es falta gravísima:

1. Realizar una conducta tipificada objetivamente en la ley como delito sancionable a título de dolo, por razón o con ocasión de las funciones.
4. Apropiarse, directa o indirectamente en provecho propio o de un tercero, de recursos públicos, o permitir que otro lo haga; o utilizarlos indebidamente.
10. Abusar de los derechos o extralimitarse en las funciones.

(i) Incurrió en el tipo disciplinario regulado por el numeral primero del artículo 55 del CDU, que en el sub judice se complementa con el artículo 289 de la ley 599 de 2000, al haber realizado la conducta tipificada en la ley penal como delito de falsedad en documento privado:

“Artículo 289 ley 599 de 2000. Falsedad en documento privado. El que falsifique documento privado que pueda servir de prueba, incurrirá, si lo usa, en prisión de dieciséis (16) a ciento ocho (108) meses”.

Tipo disciplinario abierto que en el sub judice se complementó con el artículo 289 de la ley 599 de 2000, disposición que tipifica como delito la falsedad en documento privado:



“Artículo 289 ley 599 de 2000. Falsedad en documento privado. El que falsifique documento privado que pueda servir de prueba, incurrirá, si lo usa, en prisión de dieciséis (16) a ciento ocho (108) meses”.

La anterior descripción típica, que por vía del numeral primero del artículo 55 de la ley 734 de 2002 se constituye en falta disciplinaria del régimen de los particulares, exige que el documento falsificado: (i) sea un documento de naturaleza privada, (ii) que pueda servir de prueba y (iii) que sea usado.

En el sub iudice se encuentra acreditado que el contrato entre al Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S, y la firma Compañía Profesionales de Bolsa S.A., , que fue celebrado y pagado por el señor FERRACUTI sabiendo que no iba a ser cumplido, era de conformidad con los artículos 294 de la ley 599 de 2000 y 243 del Código General del Proceso, un documento de naturaleza privada, que contenía una expresión de personas particulares conocidas, recogida por escrito, que daba cuenta de un objeto contratual asociado a la ejecución del contrato de concesión No. 001 de 2010, de unas obligaciones y de un valor que se demostró fue pagado con cargo a recursos de naturaleza pública.

Artículo 294 Ley 599 de 2000. Documento. Para los efectos de la ley penal es documento toda expresión de persona conocida o conocible recogida por escrito o por cualquier medio mecánico o técnicamente impreso, soporte material que exprese o incorpore datos o hechos, que tengan capacidad probatoria.

Artículo 243 Código General del Proceso. Distintas clases de documentos. Son documentos los escritos, impresos, planos, dibujos, cuadros, mensajes de datos, fotografías, cintas cinematográficas, discos, grabaciones magnetofónicas, videograbaciones, radiografías, talones, contraseñas, cupones, etiquetas, sellos y, en general, todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo, y las inscripciones en lápidas, monumentos, edificios o similares.

Los documentos son públicos o privados. Documento público es el otorgado por el funcionario público en ejercicio de sus funciones o con su intervención. Así mismo, es público el documento otorgado por un particular en ejercicio de funciones públicas o con su intervención. Cuando consiste en un escrito autorizado o suscrito por el respectivo funcionario, es instrumento público; cuando es autorizado por un notario o quien haga sus veces y ha sido incorporado en el respectivo protocolo, se denomina escritura pública.

El segundo requisito derivado del artículo 289 de la ley 599 de 2000, es que el documento pueda servir de prueba, tópico que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha considerado se refiere, a que sea apto en sí mismo “para crear, modificar o extinguir una determinada situación jurídica”⁴⁹, presupuesto que también se cumple en el sub iudice pues el contrato cuestionado creaba una situación jurídica concreta simulando la existencia de un costo real y necesario para la ejecución del contrato de concesión, para de esta manera habilitar su pago con cargo a los recursos incorporados a la fiducia constituida con ocasión del contrato de concesión,

⁴⁹ Sentencia del 14 de mayo de 2019, Radicado No. 52700.



que tal y como se demostró en el presente proceso, fueron recursos provenientes del recaudo de peajes, destinados contractualmente única y exclusivamente al pago de costos y gasto reales y no al pago de costos falsos o ficticios.

Este último tema cobra una importancia adicional en sub iudice, en la medida en que tal y como lo precisó la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, el deber de plasmar datos veraces en documentos privados surge “bien porque la misma ley les imponga esa obligación o porque la naturaleza del documento implique dicho compromiso con la verdad, en la medida en que se desborde la esfera de interés de sus creadores y, por tanto, pueda afectar los derechos de terceros”⁵⁰. Complementando éste último aspecto la Corte agregó:

“En otros eventos, el deber de veracidad surge de la naturaleza del documento y su trascendencia jurídica, cuando está destinado a servir de prueba de una relación jurídica relevante, que involucra o puede llegar a comprometer intereses de terceras personas determinadas, como acontece cuando la relación que representa trasciende la esfera interpersonal de quienes le dieron entidad legal con su firma, para modificar o extinguir derechos ajenos, pues cuando esto sucede, no solo se presenta menoscabo de la confianza general que el documento suscita como elemento de prueba en el ámbito de las relaciones sociales, y por consiguiente de la fe pública, sino afectación de derechos de terceras personas, ajenas al mismo (CSJSP, 29 nov. 2000, Rad. 13231, entre muchas otras).

(...)

El particular al extender documentos privados está obligado a ser veraz, fundamentalmente cuando el derecho de un tercero es susceptible de sufrir menoscabo...”⁵¹.

En el sub iudice es claro que la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., era una persona jurídica constituida con un único fin, circunscrito desde su objeto social, a la firma y ejecución del contrato de concesión “en los términos y condiciones establecidos en los pliegos de condiciones de la licitación pública No. SEA-LP-001-2009 y aquellos establecidos en el contrato de concesión que para el efecto se suscriba”. Esta circunstancia implicaba, que los contratos celebrados por el representante legal de la Sociedad Concesionaria, tenían una repercusión directa en la ejecución del contrato de concesión 001 de 2010 y eran susceptibles de generar menoscabo a los derechos e intereses de la entidad pública contratante (INCO, después ANI).

Y esto fue precisamente lo que sucedió con los hechos materia de investigación, pues a través de un contrato falso que simulaba la existencia de un costo real y necesario para la ejecución del contrato de concesión No. 001 de 2010, el disciplinado dispuso su pago con cargo a recursos de naturaleza pública recaudados en el Peaje Morrison, los cuales estaban destinados única y exclusivamente al pago de costos y gasto reales y no al pago de costos falsos o ficticios.

⁵⁰ Sentencia del 14 de mayo de 2019, Radicado No. 52700.

⁵¹ *Ibidem*.



El artículo 289 de la ley 599 de 2000, también señala que para que la falsificación sea sancionable, el documento debe ser usado, presupuesto que también resultó probado en el sub judge, pues fue con base en dicho contrato que el señor EDER PAOLO FERRACUTI autorizó pagar a la firma Compañía Profesionales de Bolsa, un valor neto de \$8.378.000.000 y total incluido IVA de \$9.467.270.400, realizados a partir de las facturas Nos. 55043 del 15 de diciembre de 2014, 55053 del 14 de enero de 2015, 55064 del 11 de marzo de 2015 y 55072 del 11 de mayo de 2015, con cargo a recursos de naturaleza pública correspondientes al recaudo de peajes.

(ii) Así mismo, el material probatorio obrante en el proceso demuestra que el señor EDER PAOLO FERRACUTI incurrió en el tipo disciplinario previsto en el numeral cuarto del artículo 55 del CDU, al utilizar indebidamente recursos de naturaleza pública y permitir su apropiación por un tercero, lo anterior por las siguientes razones:

Porque en el sub judge se demostró que los pagos efectuados a la firma Compañía Profesionales de Bolsa S.A., fueron realizados con recursos de naturaleza pública correspondientes al recaudo realizado en el Peaje Morrison. De esto da cuenta entre otros, los siguientes documentos:

- Copia factura No 55043 el 15 de diciembre de 2014 dirigida a la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., por parte de Profesionales de Bolsa, en el cual se facturó el concepto de "Prestación de Servicios de Asesoría Financiera y Banca de Inversión" (f. 1081 anverso); Copia comprobante de ingreso de la firma Profesionales de Bolsa del 18 de diciembre de 2014, por valor de \$2.838.637.620 correspondientes a la cancelación de la factura de venta No. 55043. En el comprobante de ingreso se señala que la suma se recibió de: "PEAJE MORRISON CONTRATO 001/2010" (f. 1081 reverso); y copia "NOTA DÉBITO Y CRÉDITO" que demuestra que el abono el cuenta fue realizado a través de la Fiduciaria Corficolombiana el 18 de diciembre de 2014 (f. 1082 anverso).

- Copia factura No. 55053 del 14 de enero de 2015 dirigida a la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S, por parte de Profesionales de Bolsa (f. 1082 reverso); Copia de comprobante de ingreso de la firma Profesionales de Bolsa de fecha 16 de enero de 2015, por valor de \$2.695,333,680 donde se señala que la suma se recibió de: "PEAJE MORRISON CONTRATO 001/2010" (f. 1083 anverso); y copia "NOTA DÉBITO Y CRÉDITO" que demuestra que el abono el cuenta fue realizado a través de la Fiduciaria Corficolombiana el 16 de enero de 2015 (f. 1084 anverso).

- Copia de factura No. 55064 del 15 de marzo de 2015 dirigida a la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., por parte de Profesionales de Bolsa (f. 1084 reverso); Copia de comprobante de ingreso de la firma Profesionales de Bolsa de fecha 20 de marzo de 2015, por valor de \$1.702.369.500 correspondientes a "CANCELACIÓN FRA # 55064" donde se señala que la suma se recibió de: "PEAJE MORRISON CONTRATO 001/2010" (f. 1085 anverso); y Copia de relación de movimiento de cuenta correspondientes al día 20 de marzo de 2015 el cual contiene un abono en cuenta por \$1.702.369.500 (f. 1085 reverso).

- Copia factura No. 55072 del 11 de mayo de 2015 dirigida a la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., por parte de Profesionales de Bolsa (f. 1086 anverso); Copia de comprobante de ingreso de la firma Profesionales de Bolsa de fecha 14 de mayo de 2015, por valor de \$1.276.523.040 correspondientes a "CANCELACIÓN FRA # 55072" donde se señala que la suma se recibió de: "PEAJE MORRISON CONTRATO 001/2010" (f. 1086 anverso); y copia



“NOTA DÉBITO Y CRÉDITO” que demuestra que el abono el cuenta fue realizado a través de la Fiduciaria Corficolombiana el 14 de mayo de 2015 (f. 1087 anverso).

- Copia de “Reporte de Movimiento de Terceros” de la Compañía Profesionales de Bolsa, correspondiente al periodo: “01/01/2014 al 31/12/2015” en el cual se relacionan los abonos en cuenta realizados por “PEAJE MORRISON CONTRATO 001/2010) el 18 de diciembre de 2014 por \$2.838.637.620, 16 de enero de 2015 por \$2.695,333,680, marzo 20 de 2015 por \$1.702.369.500 y 14 de mayo de 2015 por \$1.276.523.040 (f. 1087 reverso).

Porque las pruebas citadas y analizadas en el numeral 2.1. del presente fallo demuestran que el contrato celebrado con la firma Compañía Profesionales de Bolsa fue un contrato falso que simulaba la existencia de un costo real y necesario para la ejecución del contrato de concesión No. 001 de 2010, pero que como se demostró en este proceso, era realmente un costo innecesario porque el mismo objeto contractual estaba siendo cumplido y pagado a Corficolombiana S.A. y falso porque el contrato fue celebrado y pagado a sabiendas que el objeto y las obligaciones del mismo no iban a ser cumplidas.

Y porque al estar los recursos correspondientes a recaudo de peajes, destinados por virtud del contrato de concesión No. 001 de 2010 al pago de costos y gastos reales y no falsos o ficticios, los pagos ordenados por el disciplinado con cargo a dichos recursos y con destino a la firmas Compañía Profesionales de Bolsa, implicaron la utilización indebidamente recursos de naturaleza pública y su apropiación por un tercero.

(iii) E incurrió en el tipo disciplinario regulado por el numeral 10 del artículo 55 de la ley 734 de 2002, según el cual es falta disciplinaria gravísima extralimitarse en el ejercicio de las funciones, al haber pagado a la firma Compañía Profesionales de Bolsa S.A., un valor total de \$9.467.270.400, valor que superaba el límite estatutario de contratación del representante legal sin autorización de la Junta Directiva de la Sociedad Concesionaria.

2.3. Análisis de los argumentos de defensa

Junto con los argumentos referentes a la inexistencia de la calidad de sujeto disciplinable, que fueron analizados en otro acápite de la presente decisión, al cual se remite, el Dr. GUSTAVO QUINTERO NAVAS manifestó que no existía tipicidad en la conducta imputada al señor EDER PAOLO FERRACUTTI por las siguientes razones:

- Porque si la falsedad del contrato celebrado con Profesionales de Bolsa radica en que su objeto y sus obligaciones no fueron cumplidas, ésta circunstancias más que un delito deja entrever una posible nulidad contractual por ausencia de los requisitos necesarios para su validez.
- Porque el señor FERRACUTI no se apropió ni permitió que terceros se apropiaran de recursos públicos ya que la concesionaria no administraba



recursos públicos y porque los recursos que se trasladaban a las cuentas de la concesionaria en la fiducia, se hacía a título de contraprestación por actividades desarrolladas con ocasión de la ejecución del contrato.

- Porque la Procuraduría no tenía competencia para dirimir conflictos entre los socios y el representante legal de la concesionaria por una extralimitación de funciones, lo cual guarda relación con la inoponibilidad del negocio jurídico frente a la sociedad, tema que corresponde definir a la jurisdicción civil y no a la Procuraduría.

Y agregó que la Procuraduría General de la Nación no tenía competencia para determinar la legalidad del acta 50 ya que para éste fin la legislación nacional en los artículos 191 del Código de Comercio y en los artículos 20 y 24 de del Código General del Proceso, tiene previsto el procedimiento para la impugnación de las actas de Juntas Directivas de las personas jurídicas sujetas al derecho privado.

Teniendo en cuenta que al señor EDER PAOLO FERRACUTI no le fue imputada ninguna conducta relacionada con la falsedad del acta No. 50 de la Junta Directiva de la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., el Despacho no analizará en este momento el argumento referente a la ausencia de competencia para pronunciarse sobre la legalidad de dicha acta y abordará esta circunstancia al momento de estudiar el caso del señor ELEUBERTO MARTORELLI, también representado por el Dr. QUINTERO NAVAS, cuya conducta reprochada sí tiene que ver con el acta No. 50 del 21 de febrero de 2014 y en cuya defensa el apoderado expuso el mismo argumento.

Precisado lo anterior, procederá el Despacho a pronunciarse sobre la inexistencia de tipicidad alegada por la defensa del señor FERRACUTI.

En primer lugar considera el Despacho, que el argumento según el cual el señor FERRACUTI no se apropió ni permitió que terceros se apropiaran de recursos públicos ya que la concesionaria no administraba recursos de esa naturaleza, ya fue abordado por el Despacho en el acápite "1. CONSIDERACIONES SOBRE LA COMPETENCIA DEL DESPACHO PARA DISCIPLINAR A LOS INVESTIGADOS", especialmente en el numeral 1.4.2., y más arriba en este mismo capítulo destinado a evaluar la conducta del señor FERRACUTI, cuando se expusieron y analizaron los elementos de juicio que dan cuenta que el contrato celebrado con la firma Compañía Profesionales de Bolsa S.A., fue pagado con recursos de naturaleza pública, razón por la cual el Despacho se remite a lo allí considerado y expuesto.

Frente al señalamiento de la Defensa según el cual, la Procuraduría no tiene competencia para dirimir conflictos entre los socios y el representante legal de la concesionaria por una extralimitación de funciones, tema que correspondería definir a la jurisdicción civil y no a la Procuraduría, este Despacho debe resaltar, que la acción disciplinaria en contra del del señor EDER PAOLO FERRACUTI, no fue adelantada con el fin de dirimir un conflicto entre los socios y el representante legal



de la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., sino que fue ejercida para investigar al representante legal de una persona jurídica que por razón del contrato de concesión No. 001 de 2010 asumió la administración de recursos públicos, y que con ocasión de dicha administración su representante legal celebró un contrato que en sede de fallo se considera falso, el cual fue pagado con recursos de naturaleza pública, habilitando la intervención de la Procuraduría General de la Nación, con fundamento en el artículo 53 de la ley 734 de 2002.

Asimismo, el hecho de que el comportamiento imputado en el cargo único formulado al señor FERRACUTI, se haya tipificado, no solo en el numeral primero del artículo 55 del CDU⁵², sino también en los numerales 4⁵³ y 10 de la misma norma, el último de los consagra como falta disciplinaria “Abusar de los derechos o extralimitarse en las funciones”, no significa que se esté abordando un conflicto entre los socios y el representante legal de la concesionaria en torno a la inoponibilidad del contrato, sino que, al amparo del numeral 2 del artículo 47 del CDU, cuando con un mismo comportamiento se hayan infringido varias disposiciones de la ley, así deberá indicarlo el operador disciplinario, que fue lo que sucedió en el sub judice, en tanto en cuanto, con la conducta imputada en el cargo único el señor EDER PAOLO FERRACUTI incurrió en los tipos disciplinarios previstos en los tres numerales ya citados del artículo 55 de la ley 734 de 2002, en la forma en que más arriba se desarrolló.

Finalmente frente al argumento referente a que si la falsedad del contrato celebrado con Profesionales de Bolsa radica en que su objeto y sus obligaciones no fueron cumplidas, ésta circunstancias más que un delito deja entrever una posible nulidad contractual por ausencia de los requisitos necesarios para su validez, debe el Despacho señalar, que el cargo formulado al señor EDER PAOLO FERRACUTI en su condición de presidente y representante legal de la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., no se estructuró sobre un incumplimiento contractual, sino sobre la falsedad de un contrato que el material probatorio demuestra en sede de fallo, como ya se tuvo oportunidad de sustentar, fue celebrado y pagado por el señor EDER PAOLO FERRACUTI, conociendo que no iba a ser ejecutado, al punto que los pagos y la liquidación del contrato fueron realizados sin haber recibido ninguna contraprestación de parte del contratista y conociendo además el señor FERRACUTI que el objeto contratado a la Compañía Profesionales de Bolsa era innecesario por estar siendo cumplido a través de las órdenes de prestación de servicios que él mismo realizó con Corficolombiana S.A., lo que no permite hablar de un incumplimiento contractual sino de un contrato falso, circunstancias que sumadas al hecho de que por virtud del contrato de concesión No. 001 de 2010 la Sociedad

⁵² 1. Realizar una conducta tipificada objetivamente en la ley como delito sancionable a título de dolo, por razón o con ocasión de las funciones.

⁵³ 4. Apropiarse, directa o indirectamente, en provecho propio o de un tercero, de recursos públicos, o permitir que otro lo haga; o utilizarlos indebidamente.



Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., asumió la administración de recursos públicos y al hecho probado de que el contrato fue pagado con recursos de naturaleza pública, habilita la intervención de la Procuraduría General de la Nación, con fundamento en los artículos 53 y 55 de la ley 734 de 2002, al amparo de numeral primero de éste último artículo que tipifica como falta disciplinaria gravísima para los particulares: “1. Realizar una conducta tipificada objetivamente en la ley como delito sancionable a título de dolo, por razón o con ocasión de las funciones”.

2.4. Análisis de culpabilidad

En el pliego de cargos la conducta imputada al señor EDER PAOLO FERRACUTI en su condición de Presidente y Representante Legal de la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., lo fue a título de DOLO, modalidad de imputación subjetiva que se confirma en sede de fallo con fundamento en las consideraciones que siguen.

Porque el material documental incorporado al proceso demuestra que el señor FERRACUTI en ejercicio de su condición de representante legal aceptó de manera voluntaria la “Oferta Mercantil de Prestación de Servicios de Asesoría Financiera y Banca de Inversión” y autorizó el pago de las facturas correspondientes a los días 15 de diciembre de 2014 (factura de venta No. 55043), 14 de enero de 2015 (factura No. 55053), 11 de marzo de 2015 (factura de venta No. 55064), 11 de mayo de 2015 (factura de venta No. 55072) las cuales sumaron un valor total de \$9.467.270.400, incluido IVA y un valor neto de \$8.378.000.000, conociendo que el objeto y obligaciones del contrato no iban a ser cumplidos pero sí pagados, con la intención clara de permitir que un tercero se apropiara de recursos de naturaleza pública en la suma neta previamente mencionada.

La oferta mercantil irrevocable de servicios de banca de inversión No. BI-010-05-09-13 enviada por Corficolombiana S.A al señor EDER PAOLO FERRACUTI con la propuestas de servicios de banca de inversión para actuar como asesor financiero de la Concesionaria Ruta del Sol en la evaluación de la viabilidad económica y financiera y posterior acompañamiento en la financiación del proyecto Ocaña-Gamarra y en el cierre financiero (fl. 420-437); el oficio de septiembre 16 de 2013 firmado por EDER PAOLO FERRACUTI en calidad de Representante Legal de la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S, en el cual el disciplinado ordena “comprar los servicios de Banca de Inversión cuyas condiciones son ofrecidas por la Corporación Financiera Colombiana, en su oferta mercantil BI-010 05 05-09-13 del pasado 13 de septiembre de 2013, con todas las condiciones y características allí establecidas” (f. 419); los oficios de abril 16 de 2014, agosto 26 de 2014 y diciembre 11 de 2014 firmados por el representante legal de Corficolombiana y dirigidos al señor EDER PAOLO FERRACUTI; y las órdenes de compra de mayo 28 de 2014 (f. 438), de septiembre 22 de 2014 y de diciembre 12 de 2014 firmadas por el investigado (f. 449), demuestran que tenía conocimiento, por haber sido él mismo quien contrató los servicios, de la existencia de un contrato con varios alcances perfeccionado entre la Corporación Financiera Colombiana CORFICOLOMBIANA S.A., y la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S, cuyo objeto era la prestación de servicios de banca de inversión para el acompañamiento durante el proceso de evaluación de la viabilidad económica y financiera del “Proyecto



Ocaña – Gamarra”, el cual será entregado a la ANI con el fin de contar con su aprobación para que se ejecute el PROYECTO, la asesoría incluirá el acompañamiento en el cierre financiero” (f. 425), cuyos alcances del 16 de abril de 2014, 26 de agosto de 2014 y 11 de diciembre de 2014 tuvieron por objeto la prestación de servicios “de banca de inversión que contempla la asesoría en la evaluación de la viabilidad económica y financiera y posterior acompañamiento en la financiación del proyecto Ocaña – Gamarra”, contrato y alcances que hacían innecesaria la contratación de servicios relacionados con esas mismas actividades, tal y como fue reafirmado por los señores MIGUEL EDUARDO VARGAS HERNÁNDEZ y OSCAR JAVIER HERNÁNDEZ GAONA en sus diligencias de versión libre, lo cual es un indicio claro de la intención del señor FERRACUTI de celebra un contrato que falso.

El señor HERNÁNDEZ GAONA manifestó:

“PREGUNTADO: con posterioridad a esa reunión de Junta Directiva en las cuales haya usted participado bien a título de suplente o de principal en reemplazo del principal, se discutió dicha contratación? CONTESTÓ: sí, en el año 2015, no tengo la fecha exacta pero debió ser en marzo tal vez del año 2015 se hizo una mención al contrato de profesionales de bolsa y eso causó gran inquietud de parte de los representantes o de los miembros de junta directiva que habíamos sido delegados por parte de EPISOL porque era un tema exótico, digamos no había lugar a que profesionales de bolsa estuviera asesorando a la concesionaria, en la medida en que típicamente lo que tenía ver con la financiación de proyectos donde participaba o donde participa CORFICOLOMBIANA o sus compañías controladas se hace con banca de inversión CORFICOLOMBIANA, de hecho el cierre financiero para este contrato en particular se hizo con la asesoría de la banca de inversión Corficolombiana, entonces para nosotros fue sorpresivo encontrar que había una asesoría por parte de profesionales de bolsa”.

Y el señor VARGAS HERNANDEZ:

“PREGUNTADO: Recuerda usted si en alguna de las reuniones en las que estuvo presente como miembro suplente de la junta directiva de la concesionaria ruta de sol, se discutió la necesidad de contratar un especialista financiero que brindara apoyo a la banca de inversión de CORFICOLOMBIANA para el cierre financiero del proyecto Ocaña - Gamarra CONTESTÓ: No, en las reuniones que yo asistí no recuerdo se escuchara discutir esa tema, de hecho el liderazgo digamos de la banca de inversión era claro desde el inicio que era a través de CORFICOLOMBIANA y CORFICOLOMBIANA tenía las calidades para hacer digamos todas las asesorías financieras como fue desde el inicio incluso del nacimiento del contrato y así se mantuvo durante todo digamos el momento PREGUNTADO: es decir, la asesoría financiera a la concesionaria la prestaba CORFICOLOMBIANA CONTESTÓ: Banca de inversión PREGUNTADO: Banca de inversión es un segmento de CORFICOLOMBIANA CONTESTÓ: Si, banca de inversión es una línea de negocios de CORFICOLOMBIANA”.

También demuestra conocimiento y voluntad de estar celebrando un contrato falso, cuyo costo total superó su capacidad directa de contratación y a través del cual se permitió que un tercero se apropiara de recursos públicos, el hecho de que los pagos de las facturas relacionadas con el contrato celebrado con la Compañía Profesionales de Bolsa y la liquidación del mismo, fueron realizados sin que el contratista hubiera acreditado la ejecución de las obligaciones contractuales tal y como lo acredita el informe de la visita in situ realizada por la Superintendencia Financiera de Colombia a la compañía Profesionales de Bolsa S.A., en el mes de junio de 2017 en el cual se dejó expresa constancia de que “La Comisión de Visita no evidenció ningún reporte documental o técnico relacionado con los entregables de la oferta de



servicios prestada por CPdB a la CRDS, que le permitieran dar cuenta de las labores adelantadas por funcionarios de la firma comisionista y que sustenten dicho trabajo, dada su envergadura y representatividad para la Compañía y que soporten su razonabilidad respecto del ingreso obtenido por la misma”; y la resolución No. 01799 de 2018 de la Superintendencia Financiera según la cual: “... a la fecha del presente acto administrativo, no existen soportes documentales que permita verificar la transacción efectuada entre la firma comisionista y CRDS por concepto de asesoría financiera y banca de inversión, por la que se generaron ingresos operacionales por valor de \$8.376.000.000 como resultado de las cuatro (4) facturas aludidas en apartes precedentes”.

El actuar doloso también se infiere de la actitud del disciplinado frente al informe de junio de 2015, del Controller de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., JORGE ENRIQUE PIZANO, quien por medio de e-mail del 25 de junio de 2015 dirigió al investigado un informe en donde hacía constar que el contrato suscrito con la firma Compañía Profesionales de Bolsa S.A., carecía para dicha fecha soportes entregables (f. 159 anexo 1), informe frente al cual el investigado no realizó ninguna observación ni actuación.

Los anteriores elementos de prueba le permiten concluir al Despacho en sede de fallo, que el contrato celebrado entre la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S, y la Compañía Profesionales de Bolsa S.A., fue un contrato falso, celebrado y pagado por el señor EDER PAOLO FERRACUTI con voluntad y conocimiento de que el objeto y las obligaciones pactadas no iban a ser ejecutadas aunque si pagadas a un tercero que terminó apropiándose de recursos de naturaleza pública correspondientes al recaudo de peajes.

Para el Depacho el argumento de defensa según el cual el disciplinado es un ciudadano extranjero que no entendía estar sometido al régimen disciplinario y que no tenía conocimiento de los elementos estructurales de las faltas a él imputadas, no tiene la condición de causal excluyente de culpabilidad, por las siguientes razones:

En primer lugar porque como lo señaló la Corte Constitucional en la sentencia C-651 de 1997, donde se declaró la constitucionalidad del artículo 9 del Código Civil según el cual: “La ignorancia de las leyes no sirve de excusa”:

“El deber de observar el comportamiento prescrito por las normas jurídicas o afrontar las consecuencias negativas que se siguen de su transgresión, es presupuesto de todo ordenamiento normativo, bien sea que se lo formule explícitamente, como en la norma que se analiza, o que se halle subyacente e implícito, como en los regímenes donde prevalece el derecho consuetudinario.

La necesidad fáctica de ese presupuesto se confunde con el carácter fatalmente heterónimo que ostentan las normas jurídicas, puesto que la convivencia ordenada (propósito justificativo del Estado), no es dable si los deberes jurídicos no son exigibles con independencia de las representaciones cognitivas y de los deseos de quienes conforman la comunidad política. En otros términos: la obediencia al derecho no puede dejarse a merced de la voluntad de cada uno, pues si así ocurriera, al mínimo de orden que es presupuesto de la convivencia comunitaria, se sustituiría la anarquía que la imposibilita.

(...)



a) Presunción de inocencia (art. 29). El sentido de dicha presunción es éste: Si a una persona se le imputa una conducta jurídicamente ilícita, quien hace la imputación es quien debe probarla. Ahora bien: el artículo 9 demandado no releva de esa prueba. Lo que establece es algo bien distinto: que **si a una persona se le atribuye una conducta ilícita y se prueba que en realidad la observó, no es admisible la excusa de que ignoraba la norma que hace ilícita la conducta**. Cosa bien distinta es que el agente haya incurrido en la hipótesis de la conducta ilícita sin que le haya sido dado evitarla (conozca o no la norma que contempla el supuesto). Se trataría allí de un caso fortuito o de una fuerza mayor, perfectamente diferenciables de la ignorancia de la ley, y con efectos jurídicos significativamente distintos.

b) Presunción de buena fe. Lo que dispone el artículo 83 de la Constitución, es que en las actuaciones de los particulares ante las autoridades públicas, se presume que aquéllos no actúan movidos por propósitos de engaño o dolo, y que si alguien asevera que es ése el caso, debe probar su aserto. Tan próxima se encuentra esta presunción a la de inocencia que son virtualmente inescindibles. Por tanto es pertinente, con respecto a ella, el argumento anteriormente expuesto, a saber: que **si alguien aduce que ignoraba que su conducta torticera fuera censurada por el derecho, la eficacia de tal argumento está jurídicamente descartada**".

En segunda medida porque la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., de la cual el señor EDER PAOLO FERRACUTI era su representante legal, tenía un objeto social circunscrito de manera específica a la suscripción y ejecución del contrato de concesión correspondiente al sector 2 de la ruta del sol, lo cual le imponía la obligación de conocer la normatividad relacionada con su celebración y ejecución, así como la referente a la responsabilidad que de dicha celebración y ejecución podía derivarse, dentro de ésta, la responsabilidad disciplinaria.

"ART. 4 – OBJETO SOCIAL: El objeto social principal de la Sociedad Concesionaria es: (i) La suscripción y ejecución del Contrato de Concesión correspondiente al Sector 2, que le sea adjudicado a CRS. El objeto de la sociedad será ejecutado y cumplido en los términos y condiciones establecidos en los pliegos de condiciones de la licitación pública No. SEA-LP-001-2009 y aquellos establecidos en el contrato de concesión que para el efecto se suscriba".

Y finalmente porque el propio contrato de concesión No. 001 de 2010 celebrado por la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., prescribía que el contrato y su ejecución se regían por la ley vigente en la República de Colombia y por las normas complementarias y concordantes, lo cual le imponía al disciplinado el deber de conocer dicha normatividad, dentro de la cual se encontraba, el régimen disciplinario de los particulares de cumplen funciones públicas o administran recusos de naturaleza pública:

"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**".



2.5. Análisis de Ilicitud Sustancial

Frente al elemento de la ilicitud sustancial el Dr. GUSTAVO QUINTERO NAVAS manifestó, que no era viable para el Despacho proferir pliego de cargos con base en suposiciones, figuraciones o imaginaciones sobre la ilicitud sustancial y acudir a “teorías exóticas sobre manejo de recursos públicos y ejercicio de la función pública, en contravía del ordenamiento jurídico y lo probado en el proceso, para derivar en particulares una improcedente responsabilidad disciplinaria”.

Para el Despacho en vez de suposiciones o figuraciones, lo que hace el material probatorio incorporado y analizado a lo largo del presente fallo, es demostrar con certeza que la conducta imputada y probada al señor EDER PAOLO FERRACUTI implicó la violación de los deberes funcionales que tenía a su cargo como representante legal y por lo tanto, administrador de la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., y atentó contra los fines que el Estado buscó satisfacer a través del contrato de concesión No. 001 de 2010, resultando sustancialmente ilícita.

La ilicitud sustancial en materia disciplinaria, aparece regulada en el artículo 5 de la ley 734 de 2002 según el cual: “La falta será antijurídica cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna” y fue abordada jurisprudencialmente por la Corte Constitucional en la Sentencia C- 948 de 2002 que sobre éste elemento de la responsabilidad disciplinaria señaló:

“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 antijuricidad 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 antijuricidad de la conducta”.**

Como en el acápite 2.1. del presente fallo se estudió y desarrolló lo relacionado con los deberes funcionales que como administrador societario tenía el disciplinado y que resultaron vulnerados con la conducta imputada y probada, en lo que a éste tópico respecta el Despacho remite a lo considerado en el citado numeral, procediendo a continuación a exponer de qué manera la conducta del disciplinado afectó los fines estatales comprometidos en el contrato de concesión No. 001 de 2010 y el principio de moralidad.

El señor EDER PAOLO FERRACUTTI como representante legal de la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., que era una persona jurídica constituida con un



único fin, circunscrito a partir de su objeto social⁵⁴, a la firma y ejecución del contrato de concesión “en los términos y condiciones establecidos en los pliegos de condiciones de la licitación pública No. SEA-LP-001-2009 y aquellos establecidos en el contrato de concesión que para el efecto se suscriba”, sabía que a través del contrato concesión No. 001 de 2010 el Estado Colombiano buscaba el cumplimiento de sus fines y que con ocasión de dicho de contrato, la Sociedad Concesionaria por él representada se constituía en un colaborador de la administración para el logro de los fines estatales (Art. 3 ley 80 de 1993⁵⁵), debiendo obrar con lealtad y buena fe en las distintas etapas contractuales, incluida por su puesto, la etapa de ejecución (Art. 5 ley 80 de 1993⁵⁶).

Siendo el objeto del contrato de concesión No. 001 de enero 14 de 2010, “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”, correspondiente al corredor vial ubicado entre Puerto Salgar y San Roque con una extensión de 528 kilómetros, es claro que a través del mismo el Estado pretendía realizar los fines constitucionales de servir a la comunidad y promover la prosperidad general (Art. 2 Constitución Política⁵⁷), para cuya

⁵⁴ ART. 4 – OBJETO SOCIAL: El objeto social principal de la Sociedad Concesionaria es: (i) La suscripción y ejecución del Contrato de Concesión correspondiente al Sector 2, que le sea adjudicado a CRS. El objeto de la sociedad será ejecutado y cumplido en los términos y condiciones establecidos en los pliegos de condiciones de la licitación pública No. SEA-LP-001-2009 y aquellos establecidos en el contrato de concesión que para el efecto se suscriba.

⁵⁵ Artículo 3 ley 80 de 1993. De los fines de la contratación estatal. Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines.

Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones.

⁵⁶ Artículo 5 ley 80 de 1993. De los derechos y deberes de los contratistas. Para la realización de los fines de que trata el artículo 3 de esta ley, los contratistas: (...) 2. Colaborarán con las entidades contratantes en lo que sea necesario para que el objeto contratado se cumpla y que éste sea de la mejor calidad; acatarán las órdenes que durante el desarrollo del contrato ellas les impartan y, de manera general, obrarán con lealtad y buena fe en las distintas etapas contractuales, evitando las dilaciones y entramientos que pudieran presentarse”.

⁵⁷ Artículo 2 Constitución Política. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.



materialización acudió a la celebración de un contrato estatal de concesión para la construcción, mejoramiento y operación de la infraestructura de transporte correspondiente al sector 2 concesionado, infraestructura que como lo señala el artículo 12 de ley 105 de 1993: “cumple la función básica de integración de las principales zonas de producción y de consumo del país, y de éste con los demás países” y destino unos recursos de naturaleza pública para su ejecución.

Para el Despacho la conducta imputada y probada al señor FERRACUTI afectó los fines estatales comprometidos en el contrato de concesión No. 001 de 2010, -servir a la comunidad y promover la prosperidad general a través de la construcción, mejoramiento y operación de la infraestructura de transporte correspondiente al sector 2 concesionado-, así como el principio de moralidad, pues se demostró que el contrato celebrado por el disciplinado con la firma Compañía Profesionales de Bolsa, fue un contrato falso pagado con recursos de naturaleza pública provenientes del recaudo realizado en el Peaje Morrison, que por virtud de disposiciones contractuales expresas estaban destinados única y exclusivamente a la atención de costos y gastos reales asociados a la ejecución del contrato de concesión No. 001 de 2010, destinación específica que fue inobservada por el disciplinado quien a partir del contrato cuestionado autorizó desembolsos por un valor total de \$9.467.270.400, incluido IVA y un valor neto de \$8.378.000.000, permitiendo que un tercero particular se apropiara injustificadamente de recursos de naturaleza pública en la suma neta antes citada, afectando la ejecución del contrato de concesión que requería de dichos recursos para pagar costos y gastos reales vinculados al objeto del contrato y a los fines del Estado, y violando el principio de moralidad administrativa que tiene como uno de sus componentes, al derecho colectivo al patrimonio público.

Sobre este punto la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia del 8 de junio de 2011 correspondiente al radicado 25000-23-26-000-2005-01330-01(AP) señaló:

“El derecho colectivo al patrimonio público alude no solo a “la eficiencia y transparencia en el manejo y administración de los recursos públicos sino también a la utilización de los mismos de acuerdo con su objeto y, en especial, con la finalidad social del Estado”⁵⁸. En tal virtud, si el funcionario público o el particular administraron indebidamente recursos públicos, bien “porque lo hizo en forma negligente o ineficiente, o porque los destinó a gastos diferentes a los expresamente señalados en las normas, afectaron el patrimonio público”⁵⁹.

Y en sentencia de la misma sección del 6 de septiembre de 2011 correspondiente al radicado AP – 163 de 2001, consideró:

⁵⁸ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 13 de febrero de 2006. Exp. AP - 1594 de 2001.

⁵⁹ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 6 de septiembre de 2001. Exp. AP – 163 de 2001. C.P.: Jesús María Carrillo Ballesteros.



“En el caso concreto, la administración ha desconocido el principio orientador de la función administrativa de la moralidad y vulneró el derecho colectivo del adecuado manejo del patrimonio público, por cuanto omitió en el ejercicio de sus funciones, el deber de administrar y aplicar debidamente los recursos públicos, más aún cuando estos tienen destinación específica y por ende no pueden sustraerse del rubro presupuestal asignado para darles otro destino...”.

2.6. Calificación definitiva de la falta

Partiendo de la definición de falta disciplinaria establecida en el artículo 23 de la ley 734 de 2002,⁶⁰ de los tipos disciplinarios en los cuales se tipificó el comportamiento reprochado en el cargo único formulado al disciplinado y de la modalidad de imputación subjetivo que se encontró probada (DOLO), el Despacho califica de manera definitiva las faltas imputadas y probadas al disciplinado como GRAVÍSIMAS por estar así definida en el artículo 55 de la ley 734 de 2002, según el cual para los sujetos disciplinables por el régimen de los particulares es falta gravísima:

1. Realizar una conducta tipificada objetivamente en la ley como delito sancionable a título de dolo, por razón o con ocasión de las funciones.
4. Apropiarse, directa o indirectamente, en provecho propio o de un tercero, de recursos públicos, o permitir que otro lo haga; o utilizarlos indebidamente.
10. Abusar de los derechos o extralimitarse en las funciones.

2.6. Graduación de la sanción

Las sanciones y sus criterios de graduación en el régimen de los particulares están contenidos en los artículos 56 y 57 de la ley 734 de 2002:

Artículo 56. Sanción. Los particulares destinatarios de la ley disciplinaria estarán sometidos a las siguientes sanciones principales:

Multa de diez a cien salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de la comisión del hecho y, concurrentemente según la gravedad de la falta, inhabilidad para ejercer empleo público, función pública, prestar servicios a cargo del Estado, o contratar con este de uno a veinte años. Cuando la conducta disciplinable implique detrimento del patrimonio público, la sanción patrimonial será igual al doble del detrimento patrimonial sufrido por el Estado.

Cuando la prestación del servicio sea permanente y la vinculación provenga de nombramiento oficial, será de destitución e inhabilidad de uno a veinte años.

⁶⁰ Artículo 23. La falta disciplinaria. Constituye falta disciplinaria, y por lo tanto da lugar a la acción e imposición de la sanción correspondiente, la incursión en cualquiera de las conductas o comportamientos previstos en este código que conlleve incumplimiento de deberes, extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones, prohibiciones y violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses, sin estar amparado por cualquiera de las causales de exclusión de responsabilidad contempladas en el artículo 28 del presente ordenamiento.



Artículo 57. Criterios para la graduación de la sanción. Además de los criterios para la graduación de la sanción consagrados para los servidores públicos, respecto de los destinatarios de la ley disciplinaria de que trata este libro, se tendrán en cuenta el resarcimiento del perjuicio causado, la situación económica del sancionado, y la cuantía de la remuneración percibida por el servicio prestado.

En relación con los parámetros de determinación de las sanciones aplicables bajo el régimen que para los particulares estableció la ley 734 de 2002, la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación en fallo de segunda instancia de octubre 17 de 2013 proferido dentro del radicado No. 161 – 5319 (IUS 2007-120862) consideró lo siguiente:

“Para la Sala Disciplinaria, precisamente en aplicación del principio de proporcionalidad que reclama el señor (...), la sanción de multa e inhabilidad general debe ser objeto de graduación por parte del operador jurídico conforme a los criterios establecidos por el legislador en el artículo 57 en consonancia con el artículo 43 de la Ley 734 de 2002, pero la dosificación debe hacerse dentro del rango o límite de cada una de estas especies, esto es, la multa de 10 a 100 salarios mínimos legales mensuales y si afecta el patrimonio del Estado deberá ser el doble del daño patrimonial causado, y la inhabilidad será de uno a veinte años.

Pues bien, de conformidad con el principio de legalidad que implica que los servidores públicos y los particulares que ejerzan función pública sólo serán investigados y sancionados por comportamientos descritos como falta disciplinaria en la ley vigente al momento de su realización, también significa que las sanciones deben fijarse exclusivamente por el legislador, quien establece los límites correspondientes, y bien puede, bajo el margen de configuración normativa, señalar que la sanción de multa concorra con la inhabilidad general, como lo dispone el artículo 56 del CDU, conforme a la finalidad preventiva y correctiva de la sanción.

En estas condiciones, al momento de aplicar la sanción el operador jurídico en el caso concreto sólo puede moverse dentro de los límites máximos y mínimos que previamente ha establecido el legislador, pues *motu proprio* no puede crear nuevos criterios de graduación o imponer sanciones diferentes a las ya establecidas o por fuera del margen legal”.

Partiendo de las normas citadas y de la doctrina fijada por la Sala Disciplinaria en el fallo previamente citado, el Despacho procederá a determinar la sanción aplicable al señor EDER PAOLO FERRACUTI, quien con el cargo probado incurrió en las faltas disciplinarias gravísimas tipificadas en los numerales 1, 4 y 10 del artículo 55 de la ley 734 de 2002.

De la lectura del artículo 56 se extrae que las sanciones establecidas por el Legislador son la multa y concurrentemente la inhabilidad para ejercer empleo público, función pública, prestar servicios a cargo del Estado o contratar con este de 1 a 20 años.

En el caso de la multa el Legislador estableció los siguientes parámetros: cuando la conducta sancionada no implique detrimento al patrimonio público, aquella se tasaré entre 10 y 100 salarios mínimos y cuando conlleve detrimento al patrimonio público “será igual al doble del detrimento patrimonial sufrido por el Estado”.



Para el caso de la inhabilidad el Legislador previó que según la gravedad de la falta, ésta se tasaré entre 1 y 20 años, siendo aplicables los criterios de graduación de la sanción “consagrados para los servidores públicos” que no son otros que los establecidos en el artículo 47 del CDU.

Teniendo en cuenta que con la conducta imputada y probada al señor EDER PAOLO FERRACUTI se utilizaron indebidamente recursos de naturaleza pública y se permitió su apropiación por un tercero o que conlleva un detrimento patrimonial al Estado, la sanción de MULTA será de DIECISEIS MIL SETECIENTOS CINCUENTA Y SEIS MILLONES DE PESOS (\$16.756.000.000), valor correspondiente al doble del valor neto⁶¹ que autorizó pagar a la firma Compañía Profesionales de Bolsa S.A., el cual fue pagado con cargo a recursos públicos correspondientes al recaudo de peajes, de los cuales se apropió la firma contratista.

La multa no se tasaré en el doble del valor bruto que autorizó pagar (\$9.467.270.400) ya que éste valor incluía el IVA, impuesto del orden nacional cuyo monto se giró al Estado y no corresponde al contratista.

Esta multa de conformidad con el artículo 173 de la ley 734 de 2002 deberá ser cancelada a favor del Tesoro Nacional⁶².

La sanción de inhabilidad para ejercer empleo público, función pública, prestar servicios a cargo del Estado, o contratar con este, se determinará teniendo en cuenta los criterios fijados por el artículo 47 del CDU, pues si bien es cierto que el artículo 57 del CDU prevé como criterios para la graduación de la sanción, el resarcimiento del perjuicio causado, la situación económica del sancionado y la cuantía de la remuneración percibida por el servicio prestado, el primero de los mencionados también fue regulado por el artículo 47 ibídem, y los dos restantes son aplicables a la graduación de la multa a imponer cuando la conducta imputada no ha afectado patrimonio público, pues si lo afectó, la ley establece de manera expresa que la multa “será igual al doble del detrimento patrimonial sufrido por el Estado”.

Así, en el caso del señor EDER PAOLO FERRACUTI el Despacho observa, que como criterios atenuantes de la sanción a imponer confluyen los siguientes: no existe evidencia de que hubiera sido sancionado fiscal o disciplinariamente dentro de los cinco años anteriores a la comisión de la conducta que se investigó.

⁶¹ \$8.378.000.000

⁶² **Artículo 173 ley 734 de 2002. Pago y plazo de la multa.** “... Si el sancionado fuere un particular, deberá cancelar la multa a favor del Tesoro Nacional, dentro de los treinta días siguientes a la ejecutoria de la decisión que la impuso, y presentar la constancia de dicho pago a la Procuraduría General de la Nación”.



Como criterios agravantes de la sanción a imponer el Despacho halló los siguientes junto a la gravedad de la falta probada: se probó que el disciplinado no observó la diligencia que su cargo demandaba por incurrir en actos de corrupción en detrimento de los recursos e intereses públicos por él gestionados; pertenecía al nivel Directivo de Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S; tenía conocimiento de la ilicitud de su conducta como se analizó en el acápite de culpabilidad; y su conducta generó un daño social por haber utilizado indebidamente recursos de naturaleza pública permitiendo su apropiación por un tercero.

En el anterior escenario, al contener el artículo 47 del CDU diez (10) criterios para la graduación de la sanción y establecer el artículo 56 de la ley 734 de 2002 que la inhabilidad especial irá de uno (1) a veinte (20) años, al hallarse 1 criterio atenuante y 4 criterios agravantes de la sanción y la vulneración de múltiples disposiciones disciplinarias, sumado a la gravedad de la falta, el Despacho concluye que la sanción a imponer será INHABILIDAD POR EL TÉRMINO DE 20 AÑOS para ejercer empleo público, función pública, prestar servicios a cargo del Estado o contratar con éste⁶³.

3. CONSIDERACIONES FRENTE AL DISCIPLINADO ELEUBERTO ANTONIO MARTORELLI

3.1. Lo probado en el proceso

Para el Despacho, el material probatorio incorporado al expediente acredita con certeza, que el señor ELEUBERTO MARTORELLI identificado con la cédula de extranjería No. 427178, quien el día 25 de enero de 2013 fue designado como miembro principal de la Junta Directiva de la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., en los meses de marzo y abril del año 2015 falsificó el acta de la reunión de Junta Directiva de la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., de fecha 21 de febrero 2014, incluyendo en una primera versión falsa por él firmada, la aprobación unánime por los miembros de la Junta Directiva de la autorización para que el representante legal de la sociedad concesionaria contratara a la firma Compañía Profesionales de Bolsa S.A., para que brindara asesoría encaminada a presentar alternativas de financiación y prestara apoyo a la Banca de inversión Corficolombiana

⁶³ El numeral dos del artículo 47 del CDU prevé que “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”, se considera que en el sub judice que con su conducta el disciplinado incurrió en varios tipos disciplinarios, es aplicable el incremento de la sanción de inhabilidad ya que aun cuando en su condición de particular no puede ser destituido de un empleo público, la ley expresamente remitió a los criterios agravantes y atenuantes de los servidores públicos, entiendo el Despacho el límite de la inhabilidad previsto para el particular hasta por el término de 20 año para ejercer empleo público, función pública, prestar servicios a cargo del Estado, o contratar con éste.



en el cierre financiero del Proyecto Ocaña – Gamarra; e incluyendo en una segunda versión por él firmada, de común acuerdo con el señor ALBERTO MARIÑO SAMPER también miembro principal de la Junta Directiva, la aprobación no por unanimidad sino por mayoría, de la contratación de la Compañía Profesionales de Bolsa S.A., para que brindara asesoría encaminada a presentar alternativas de financiación y prestara apoyo a la Banca de inversión Corficolombiana en el cierre financiero del Proyecto Ocaña – Gamarra.

Siendo importante indicar que, para ese momento el contrato cuestionado estaba firmado y se venía pagando por parte del representante legal del concesionario y que fue el investigado, como Presidente de la Junta quien, teniendo el control de la información y el riesgo derivado de este contrato, de ahí que en el contenido introducido al acta de manera irregular se indique que:

Una vez explicado por parte del Miembro de la Junta representante del socio mayoritario las condiciones y calidades del servicio, y la experiencia de la firma presentada en el campo financiero del país..”

De lo que a su vez se precisó que dicho artificio maquillado por el Presidente de la Junta no podía ser aprobado por unanimidad de la Junta Directiva, ya que los integrantes de los accionistas como EPISOL no estaban de acuerdo con dicha contratación, o así lo manifestó el señor MARIÑO SAMPER respecto de la primera alternativa que MARTORELLI planteó, terminando con que dicha aprobación fue por la mayoría.

A continuación el Despacho argumentará por qué en sede de fallo se concluye que el señor ELEUBERTO MARTORELLI actuando como miembro principal de la Junta Directiva de la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., falsificó el acta de junta directiva No. 50 del 21 de febrero de 2014, la incidencia que ésta conducta tuvo frente a la administración de recursos públicos asumida por la Sociedad Concesionaria con ocasión del contrato de concesión No. 001 de 2010 y se señalaran los deberes funcionales que con su conducta violó el señor MARTORELLI, así como la falta disciplinaria en la que incurrió.

En el expediente obra material documental que da cuenta que el señor ELEUBERTO MARTORELLI miembro principal de la Junta Directiva planeó y determinó el íter causal para adulterar el contenido del acta de Junta Directiva No. 50 del 21 de febrero de 2014 de la Sociedad Concesionaria Ruta de Sol S.A.S.

Al analizar las tres versiones de actas de junta directiva que obran en el proceso y que tienen por número “50” y por fecha “21 de febrero de 2014”, de manera conjunta con el cruce de correos electrónicos que en los meses de marzo y abril de 2015 sostuvieron los señores ELEUBERTO MARTORELLI, LUIS ERNESTO PÉREZ DURÁN y ALBERTO MARIÑO SAMPER y con las versiones libres recibidas en la etapa de investigación disciplinaria, se concluye con certeza que el acta original que de manera fidedigna daba cuenta de los temas tratados y aprobados en la reunión de



Junta Directiva de 21 de febrero de 2014, es la que reposa entre folios 246 y 249 firmada por ELEUBERTO MARTORELI y LUIS ERNESTO PÉREZ DURAN, que en el numeral 3 correspondiente a ítems de aprobación señala lo siguiente:

“Aprobación para la Suscripción del Otrosí No. 06 al Contrato de Concesión:

“Conforme lo expuesto en el punto referente al Informe Ocaña Gamarra y con base en el texto recibido por parte de la ANI, el presidente solicitó a la Junta Aprobación para la suscripción del Otrosí No. 6 correspondiente a la Construcción del Proyecto Ocaña – Gamarra, una vez revisado y explicado el texto por parte del Presidente a los Miembros de Junta, estos de manera unánime aprobaron la suscripción del Otrosí No. 6 al Contrato de Concesión”.

“Lectura y Aprobación del Acta de Junta.

“El secretario de la Junta Directiva procedió a hacer la lectura del Acta No. 49 correspondiente a la reunión ordinaria de la junta del día 31 de Enero del año 2014, la cual fue aprobada de manera unánime, por parte de todos los Miembros que asistieron a la reunión.

“No habiendo más asuntos que tratar, se hace un breve receso con el fin de elaborar el acta de la reunión, la cual es leída y aprobada por unanimidad por la Junta Directiva y como constancia de ese hecho, se suscribe por el secretario y en prueba de visto bueno, por el Presidente de la Junta Directiva”.

El señor OSCAR JAVIER HERNÁNDEZ GAONA miembro de la Junta Directiva de la Sociedad Concesionaria Ruta de Sol S.A.S., en la versión libre por él rendida en la etapa de investigación disciplinaria manifestó que participó en la reunión llevada a cabo el 21 de febrero de 2014 y que en dicha reunión no se discutió ni se aprobó la autorización para contratar a la firma Compañía Profesionales de Bolsa S.A, y al comparar las diferentes versiones de actas incorporadas al proceso, manifestó que el acta original y que dio cuenta de lo que se discutió en esa sesión de junta directiva número 50 es la que figura entre folios 246 y 249, en la cual no se hace ninguna mención al tema de profesionales de bolsa:

“PREGUNTADO: Recuerda usted si en esa reunión del 21 de febrero de 2014 se discutió la necesidad de contratar a un especialista financiero que brindara apoyo a la banca de inversión para efectos del cierre financiero del proyecto Ocaña – Gamarra CONTESTÓ: Lo recuerdo y no fue discutido”.

(...)

“PREGUNTADO: tiene usted conocimiento de la existencia de dos actas de junta directa que dan cuenta de lo que habría sido la reunión de febrero 21 de 2014 CONTESTÓ: Con posterioridad tuve conocimiento de la existencia de versiones diferentes a la versión que originalmente yo había conocido PREGUNTADO: Tuvo usted oportunidad de contrastar esas dos versiones que usted manifiesta CONTESTÓ: Si, al comparar cuando las recibí, pero ya mucho tiempo después lo que pude evidenciar es que habían incluido este tema de profesionales de bolsa PREGUNTADO: voy a ponerle de presente dos actas que se encuentran en el expediente para que usted informe al despacho, se puede tomar el tiempo que a bien tenga para su lectura y revisión, cuál de las dos actas que le voy a poner de presente, corresponde a aquella que da cuenta de la reunión en la que usted estuvo, la primera acta, la primera versión de acta reposa a folios 246 a 249 y la segunda en los folios 258 a 261, por favor para que las lea e informe al despacho CONTESTÓ: la que yo conozco



o conocí en su momento como acta original y que dio cuenta de lo que se discutió en esa sesión de junta directiva número 50 es la que reposa entre folios 246 y 249, particularmente lo que está en el punto 3 ítems de aprobación y que habla de aprobación para la suscripción del otro sí número 6 al contrato de concesión. Allí no se hace ninguna mención al tema de profesionales de bolsa. La otra que usted me indica que está entre los folios 258 y 251 en el mismo ítem de aprobación aparece una aprobación de contrato de asesoría financiera entre los folios 260 y 261 que no fue tratada en esa sesión”.

El señor MIGUEL EDUARDO VARGAS HERNÁNDEZ miembro suplente de la Junta Directiva de la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol, manifestó en la versión libre por él rendida en la etapa de investigación disciplinaria:

“PREGUNTADO: usted participó en la reunión de Junta Directiva del día 21 de febrero del año 2014 CONTESTÓ: pues no tengo digamos el recuerdo así vivo de haber estado en esa junta pero pues como yo asistí a algunas de esas reuniones probablemente sí asistí.

(...)

PREGUNTADO: Recuerda usted si en alguna de las reuniones en las que estuvo presente como miembro suplente de la junta directiva de la concesionaria ruta de sol, se discutió la necesidad de contratar un especialista financiero que brindara apoyo a la banca de inversión de CORFICOLOMBIANA para el cierre financiero del proyecto Ocaña - Gamarra CONTESTÓ: No, en las reuniones que yo asistí no recuerdo se escuchara discutir esa tema, de hecho el liderazgo digamos de la banca de inversión era claro desde el inicio que era a través de CORFICOLOMBIANA y CORFICOLOMBIANA tenía las calidades para hacer digamos todas las asesorías financieras como fue desde el inicio incluso del nacimiento del contrato y así se mantuvo durante todo digamos el momento...”.

El señor GUSTAVO ANTONIO RAMÍREZ GALINDO miembro principal de la Junta Directiva de la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., manifestó:

“...PREGUNTADO: voy a ponerle de presente las dos actas que se encuentran incorporadas hasta la fecha al expediente relacionadas con esa reunión de junta directiva del día 21 de febrero de 2014, para que quede constancia en el audio voy a ponerle de presente una primera acta que figura a folios 246 a 249 y una segunda acta que obra a folios 258 a 261, le voy a pedir el favor de que se tome el tiempo que considere necesario para leer una y otra acta, con el fin de que informe al Despacho, cuál de esas dos corresponde a la que fue aprobada por usted en la reunión en la que participó en esa misma fecha CONTESTÓ: la que se aprobó fue la primera que aparece aquí en el folio 246 a 249 firmada por ELEUBERTO MARTORELLI y LUIS ERNESTO PÉREZ en donde efectivamente el tema de profesionales de bolsa no se trató (...) en la otra acta que está en los folios 258 a 261 en principio todo lo demás es igual, excepto que el folio 260 y 261 aparece como ítem de aprobación uno que no estaba en la otra que es aprobación de contratación de asesoría financieras, esa es la parte que digamos se introdujo ahí que no se aprobó en el acta original”.

Lo dicho en las anteriores versiones en lo atinente a no discusión ni aprobación en la reunión de junta directiva del 21 de febrero de 2014, de la autorización para contratar a la firma Compañía Profesionales de Bolsa, aparece corroborado de la siguiente manera:

Por la copia de la denuncia penal presentada por el señor ALBERTO MARIÑO SAMPER ante la Fiscalía General de la Nación el 18 de enero de 2019, la cual fue



aportada por el Dr. AMAYA OLAYA con su escrito de descargos. En la denuncia firmada por este disciplinado se consignó lo siguiente:

“1. El 21 de febrero de 2014 sesionó la Junta Directiva de la sociedad CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. A ella asistimos tres miembros principales con derecho voto (Eleuberto Martorelli, Gustavo Ramírez y yo Alberto Mariño) dos suplentes (Oscar Hernández y Miguel Vargas) y cinco invitados (Felipe Cabral, Mauricio Millán, Marcelo Piller, Ricardo Paredes, Karen Tovar).

“2. La única decisión que se tomó por parte de la Junta Directiva ese día fue la aprobar la suscripción del Otro sí No. 6 al Contrato de Concesión”.

Y por la prueba documental obrante a folio 262 y siguientes en donde reposa copia de los correos electrónicos que en los meses de marzo y abril de 2015 se cruzaron los señores ELEUBERTO MARTORELLI, LUIS ERNESTO PÉREZ DURÁN y ALBERTO MARIÑO SAMPER, los cuales dan cuenta de la intención que tenía el señor MARTORELLI, en el año 2015, de falsificar el acta No. 50 original para incluir en versiones falsas, como tema aprobado por la Junta, la autorización para contratar a la firma Compañía Profesionales de Bolsa S.A., tema que no había tratado ni aprobado en la reunión del 21 de febrero de 2014. Empero respecto del cual, como se dijo en las versiones espúreas del acta “

Los correos electrónicos que figuran a folios 262 y siguientes, no fueron tachados de falsos por ninguno de los apoderados defensores, fueron reconocidos como auténticos por el señor ALBERTO MARIÑO SAMPER en la denuncia penal por él suscrita y presentada ante la Fiscalía General de la Nación el 18 de enero de 2019, de la cual el Dr. URIEL AMAYA aportó copia como anexo a su escrito de descargos y fueron además reconocidos como verdaderos por el señor GUSTAVO ANTONIO RAMÍREZ GALINDO miembro principal de la Junta Directiva de la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., quien en la versión libre rendida en la etapa de investigación disciplinaria señaló lo siguiente:

“... no recuerdo la fecha precisa pero debió haber sido enero o febrero de 2015, conocí una serie de e-mails entre ALBERTO MARIÑO y funcionarios de la concesionaria ruta del sol y ELEUBERTO MARTORELLI, en los cuales los brasileros de odebrecht y el secretario de la junta le proponían a ALBERTO distintas redacciones de cómo debería quedar el acta de la junta en que se trataba el tema de profesionales de bolsa, yo conocí esa cadena de e-mails no porque me la hubieran mandado a mí, sino porque ALBERTO MARIÑO me copio esa cadena de e-mails, entonces yo no participé directamente en esos e-mail, pero lo que conocí de esos e-mails básicamente es que **se proponía una redacción inicial por parte de los brasileros tanto del presidente de la compañía de la concesionaria, como del secretario de la junta, una redacción en la que decía que se había presentado a la junta directiva el contrato de profesionales de bolsa y que se había aprobado por unanimidad, ALBERTO MARIÑO contesta ese e-mail diciendo que como se ha manifestado eso no puede ser aprobado por unanimidad que si va a quedar en la Junta debe quedar que fue aprobado por mayoría, por los tres miembros de Odebrecht y con el voto negativo de los miembros de EPISOL que no están de acuerdo, hay un cruce de e-mails discutiendo la redacción entre ALBERTO MARIÑO y las personas de la concesionaria y Odebrecht y al final sale una redacción en la que queda establecido que si se aprueba se aprueba por mayoría y no por unanimidad.**



Hasta ahí llega esta cadena de e-mails, como digo no iban dirigidos a mí, yo conocí la copia, pero como yo no participé en esa cadena de e-mails, pues nunca di mi opinión ni aprobé ninguna junta, ninguna acta en ningún sentido. Posteriormente ya en tiempos recientes y a raíz de distintas informaciones de prensa surgieron digamos la evidencia de que había habido diferentes versiones de esa acta lo que puedo decir y es como mi afirmación más contundente es que yo no participé en una aprobación del acta 50 distinta a la original de febrero de 2014 donde no se trató el tema y mi aprobación por lo tanto fue de otros temas y nunca participé en la aprobación de ninguna modificación del acta 50 en ningún sentido”.

(...)

“PREGUNTADO: Voy a poner en su conocimiento los folios 262 a 266 del mismo cuaderno número 2 viene siendo este, donde constan algunos correos electrónicos intercambiados entre ELEUBERTO MARTORELLI y ALBERTO MARIÑO, con el fin de que usted informe al Despacho si fueron los mismos correos que usted en su versión manifestó haber conocido
 CONTESTÓ: Si señor los correos electrónicos que están en los folios 262 a 266 entre funcionarios de la concesionaria y de odebrecht con el ingeniero ALBERTO MARIÑO son los mismos que yo conocí”.

Estas situaciones fácticas dan cuenta que entre el representante legal de la concesionaria y el presidente de la Junta Directiva tenían el control del riesgo y del negocio jurídico cuestionado, al punto que aun la redacción espúrea del acta expresa cómo Odebrecht, en cabeza de sus representantes en la concesionaria mantenía el control societario y del riesgo que se derivaba de la contratación cuestionada, que por demás se había celebrado y pagado sin contar con la previa autorización de la Junta Directiva, es decir violando los estatutos y sin recibir ninguna contraprestación a cambio.

Los correos electrónicos tienen las siguientes fechas y contenidos:

- Correo electrónico del 26 de marzo de 2015 remitido por “Luis Ernesto Pérez Durán [mailto: lperez@rutadelsol.com.co]” con destino a “Alberto Mariño S” y con copia a “Eder Paolo Ferracuti” con el asunto: “RE acta No. 50 de febrero de 2014 VF (modificación 2015)”. En este e-mail se lee:

“Doctor Alberto:

Conforme a su solicitud, enviamos la versión en Word del acta correspondiente a la reunión de febrero de 2014” (f. 266).

- Correo electrónico del 27 de marzo de 2015 remitido por “Alberto Marino S [mailto: amarinos@coviandes.com]” con destino a “Luis Ernesto Pérez Durán” con copia a “Eder Paolo Ferracuti” con el asunto “RE acta No. 50 de febrero de 2014 VF (modificación 2015)”. En este e-mail se lee:

“Remito la versión definitiva aprobada por nosotros

ALBERTO MARIÑO SAMPER
 Gerente General

(...)



COVIANDES" (f. 265).

- Correo electrónico del 27 de marzo de 2015 remitido por "Luis Ernesto Pérez Durán [mailto: lperez@rutadelsol.com.co]" con destino a "Eleuberto Martorelli" y copia a "Eder Paolo Ferracuti; Alberto Mariño S", con el asunto "RE acta No. 50 de febrero de 2014 VF (modificación 2015)". En este e-mail se lee:

"Respetado Martorelli:

"Adjunta al presente correo enviamos para sus comentarios, la versión del acta de febrero de 2014 presentada por el Doctor Alberto Mariño, **incluyendo algunas modificaciones a la versión que firmamos el pasado viernes**" (f. 264).

- Correo electrónico de marzo 30 de 2015 remitido por "Eleuberto Martorelli [mailto: martorel@odebrecht.com]" con destino a "lperez" con copia a Eder Paolo Ferracuti y Alberto Marino S, bajo el asunto "RE: Acta No. 50 de Febrero de 2014 VF (modificación 2015)", en el cual se lee:

"Estimados,

La sugerencia de Alberto Mariño es:

Una vez explicado por parte del Miembro de Junta representante del socio mayoritario las condiciones y calidades del servicio y la experiencia de la firma presentada en el campo financiero del país, la junta aprobó por mayoría se aceptó de manera unánime por parte de los miembros de junta la contratación de dicha firma por cuanto los representantes de Episol no estuvieron de acuerdo.

Mi sugerencia, para cerrar de una vez por todas este tema, es escribir de la siguiente forma:

"Una vez explicado por parte del Miembro de la Junta representante del socio mayoritario las condiciones y calidades del servicio, y la experiencia de la firma presentada en el campo financiero del país, y considerando que no hubo unanimidad por todos los socios, la Junta aprobó por mayoría la contratación de dicha firma" (f. 263).

- Correo electrónico del 6 de abril de 2015 remitido por "Alberto Marino S. [mailto: amarinos@coviandes.com]" con destino a "Eleuberto Martorelli [mailto: martorel@odebrecht.com]" y "lperez [mailto: lperez@rutadelsol.com.co]" con copia a "Eder Paolo Ferracuti [mailto: epferracuti@odebrecht.com]" bajo el asunto "RE: Acta No. 50 de Febrero de 2014 VF (modificación 2015)", en el cual se lee:

"Estoy de acuerdo con la última redacción propuesta en el mail adjunto.

"ALBERTO MARIÑO SAMPER" (F. 262).

De los correos electrónicos del 26 y 27 de marzo de 2015 se concluye, que en el mes de marzo de 2015 el Secretario de la Junta Directiva y el Presidente de la misma y aquí disciplinado señor ELEUBERTO MARTORELLI, firmaron un acta falsa de la reunión que había tenido lugar más de un año atrás, el 21 de febrero de 2014, cuyo



contenido fue compartido en formato word al señor ALBERTO MARIÑO SAMPER quien sugirió algunas modificaciones a la primera versión.

Por su parte, de los correos electrónicos de marzo 30 y abril 6 de 2015, el primero remitido por el investigado ELEUBERTO MARTORELLI con destino a EDER PAOLO FERRACUTI y ALBERTO MARIÑO SAMPER y el segundo enviado por éste último a los señores ELEUBERTO MARTORELLI y EDER PAOLO FERRACUTI, se deduce que frente a la redacción planteada por el señor MARIÑO SAMPER, el señor MARTORELLI planteó una segunda redacción que fue aceptada por el señor MARIÑO SAMPER dando lugar a una segunda acta falsa.

Para ese momento, como se dijo, la contratación de profesionales de bolsa ya se había dado y se venían haciendo los pagos respectivos, situación gobernada por Odebrecht a través de sus representantes en la concesionaria el representante legal y el presidente de la Junta Directiva, ayudado para tal efecto por el secretario de la misma.

Las versiones falsas del acta de junta directiva correspondiente a la reunión del 21 de febrero de 2014, de las cuales dan cuenta los correos electrónicos citados, fueron halladas en la visita especial que en la etapa de investigación disciplinaria practicó el Despacho a la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., las cuales fueron firmadas por el investigado ELEUBERTO MARTORELLI en su condición de miembro y presidente de la Junta Directiva y su contenido se corresponde con el referido en los correos electrónicos citados (Cuaderno Anexo 1 f. 81 y ss).

La primera versión falsa del acta de junta directiva No. 50 de febrero 21 de 2014 firmada por ELEUBERTO MARTORELI como presidente de la Junta y LUIS ERNESTO PÉREZ DURAN como Secretario, tiene el siguiente contenido:

“Aprobación de Contratación de Asesoría Financiera:

Teniendo en cuenta la poca experiencia que la sociedad tiene en el mercado financiero y el corto tiempo con el que cuenta para lograr el cierre financiero del Proyecto Ocaña – Gamarra posterior a la suscripción del otrosí 6. El socio mayoritario solicita a la Junta Directiva autorización para que el Representante Legal de la CRDS, contrate un especialista Financiero, con el fin de que brinde asesoría encaminada a presentar alternativas de financiación y brindar apoyo a la Banca de inversión Corficolombiana en el cierre financiero del mencionado Proyecto.

Se propone la Contratación de la firma Compañía Profesionales de Bolsa S.A., por un valor básico de \$2.000.000.000 y una prima adicional de éxito dependiendo de las condiciones conseguidas en dicho cierre.

Una vez explicado por parte del Miembro de Junta representante del socio mayoritario las condiciones y calidades del servicio, y la experiencia de la firma presentada en el campo financiero del país, se aceptó de manera unánime por parte de los miembros de junta la contratación de dicha firma”

“Aprobación para la Suscripción del Otrosí No. 06 al Contrato de Concesión:



Conforme lo expuesto en el punto referente al Informe Ocaña Gamarra y con base en el texto recibido por parte de la ANI, el presidente solicitó a la Junta Aprobación para la suscripción del Otrosí No. 6 correspondiente a la Construcción del Proyecto Ocaña – Gamarra, una vez revisado y explicado el texto por parte del Presidente a los Miembros de Junta, estos de manera unánime aprobaron la suscripción del Otrosí No. 6 al Contrato de Concesión”

“Lectura y Aprobación del Acta de Junta.

“El secretario de la Junta Directiva procedió a hacer la lectura del Acta No. 49 correspondiente a la reunión ordinaria de la junta del día 31 de Enero del año 2014, la cual fue aprobada de manera unánime, por parte de todos los Miembros que asistieron a la reunión.

“No habiendo más asuntos que tratar, se hace un breve receso con el fin de elaborar el acta de la reunión, la cual es leída y aprobada por unanimidad por la Junta Directiva y como constancia de ese hecho, se suscribe por el secretario y en prueba de visto bueno, por el Presidente de la Junta Directiva”.

De la firma de la anterior versión falsa da cuenta el correo electrónico del 27 de marzo de 2015 remitido por Luis Ernesto Pérez Durán con destino a Eleuberto Martorelli y con copia a Eder Paolo Ferracuti y Alberto Mariño Samper.

La segunda versión falsa del acta de junta directiva No. 50 del 21 de febrero de 2014 aparece firmada por el ELEUBERTO MARTORELI como presidente de la Junta y LUIS ERNESTO PÉREZ DURAN como Secretario y tiene el contenido que se cita a continuación:

“Aprobación de Contratación de Asesoría Financiera:

Teniendo en cuenta la poca experiencia que la sociedad tiene en el mercado financiero y el corto tiempo con el que cuenta para lograr el cierre financiero del Proyecto Ocaña – Gamarra posterior a la suscripción del otrosí 6. El socio mayoritario solicita a la Junta Directiva autorización para que el Representante Legal de la CRDS, contrate un especialista Financiero, con el fin de que brinde asesoría encaminada a presentar alternativas de financiación y brindar apoyo a la Banca de inversión Corficolombiana en el cierre financiero del mencionado Proyecto.

Se propone la Contratación de la firma Compañía Profesionales de Bolsa S.A., por un valor básico de \$2.000.000.000 y una prima adicional de éxito dependiendo de las condiciones conseguidas en dicho cierre.

Una vez explicado por parte del Miembro de Junta representante del socio mayoritario las condiciones y calidades del servicio, y la experiencia de la firma presentada en el campo financiero del país, y considerando que no hubo unanimidad por todos los socios, la Junta aprobó por mayoría la contratación de dicha firma”

“Aprobación para la Suscripción del Otrosí No. 06 al Contrato de Concesión:

Conforme lo expuesto en el punto referente al Informe Ocaña Gamarra y con base en el texto recibido por parte de la ANI, el presidente solicitó a la Junta Aprobación para la suscripción del Otrosí No. 6 correspondiente a la Construcción del Proyecto Ocaña – Gamarra, una vez revisado y explicado el texto por parte del Presidente a los Miembros de Junta, estos de manera unánime aprobaron la suscripción del Otrosí No. 6 al Contrato de Concesión”

“Lectura y Aprobación del Acta de Junta.



“El secretario de la Junta Directiva procedió a hacer la lectura del Acta No. 49 correspondiente a la reunión ordinaria de la junta del día 31 de Enero del año 2014, la cual fue aprobada de manera unánime, por parte de todos los Miembros que asistieron a la reunión.

“No habiendo más asuntos que tratar, se hace un breve receso con el fin de elaborar el acta de la reunión, la cual es leída y aprobada por unanimidad por la Junta Directiva y como constancia de ese hecho, se suscribe por el secretario y en prueba de visto bueno, por el Presidente de la Junta Directiva”.

El contenido de esta segunda versión falsa se corresponde exactamente, con el mencionado en el correo electrónico de marzo 30 de 2015 remitido por ELEUBERTO MARTORELLI a LUIS ERNESTO PÉREZ DURÁN, con copia a EDER PAOLO FERRACUTTI y ALBERTO MARIÑO SAMPER en el cual, el disciplinado ELEUBERTO MARTORELLI se refiere a la redacción propuesta por el señor MARIÑO SAMPER y plantea una nueva redacción la cual fue aceptada por el señor MARIÑO SAMPER en el correo electrónico del 6 de abril de 2015⁶⁴:

“Estimados,

La sugerencia de Alberto Mariño es:

Una vez explicado por parte del Miembro de Junta representante del socio mayoritario las condiciones y calidades del servicio y la experiencia de la firma presentada en el campo financiero del país, la junta aprobó por mayoría se aceptó de manera unánime por parte de los miembros de junta la contratación de dicha firma por cuanto los representantes de Episol no estuvieron de acuerdo.

Mi sugerencia, para cerrar de una vez por todas este tema, es escribir de la siguiente forma:

“Una vez explicado por parte del Miembro de la Junta representante del socio mayoritario las condiciones y calidades del servicio, y la experiencia de la firma presentada en el campo financiero del país, y considerando que no hubo unanimidad por todos los socios, la Junta aprobó por mayoría la contratación de dicha firma” (f. 263).

El análisis conjunto de los elementos materiales de prueba y de las versiones libres citadas en el presente acápite, permiten concluir en grado de certeza, que el señor ELEUBERTO MARTORELLI quien para la época de los hechos ostentaba la condición de miembro principal y presidente de la Junta Directiva de la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., teniendo el control en dicha calidad sobre la gestión de la Junta Directiva, presidiéndola y suscribiendo las respectivas actas, tenía además el conocimiento y el control del riesgo y de la contratación espúrea objeto de juzgamiento disciplinario, buscó que se incluyera en el acta de junta directiva un contrato que no estuvo aprobado por aquélla y firmó dos versiones falsas del acta de Junta Directiva No. 50 del 21 de febrero de 2014 de la Sociedad

⁶⁴ En el e-mail del 6 de abril de 2014 el señor MARIÑO SAMPER respondió:
 “Estoy de acuerdo con la última redacción propuesta en el mail adjunto.
 “ALBERTO MARIÑO SAMPER” (F. 262).



Concesionaria Ruta de Sol S.A.S., cuyo contenido original reposa a folios 246 a 249, con el fin de incluir la autorización para contratar a la firma Compañía Profesionales de Bolsa, autorización que no había sido discutida ni aprobada en la reunión de junta del 21 de febrero de 2014, buscando forzar con ello la realidad no solo del trámite ante la Junta Directiva, sino de lo espúreo de la contratación misma.

La conducta imputada y probada al señor MARTORELLI tenía una relación directa con la administración de recursos públicos asumida por la Sociedad Concesionaria con ocasión del contrato de concesión No. 001 de 2010.

El señor ELEUBERTO MARTORELLI fue designado el día 25 de enero de 2013 como miembro principal de la Junta Directiva de la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., condición que ostentaba para los meses de marzo y abril de 2015, siendo por lo tanto un administrador de la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S, que tenía a su cargo los deberes de velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales y estatutarias y obrar de buena fe:

Artículo 22 de la ley 222 de 1995: Administradores. Son administradores, el representante legal, el liquidador, el factor, **los miembros de juntas o consejos directivos** y quienes de acuerdo con los estatutos ejerzan o detenten esas funciones.

Artículo 23. Deberes de los Administradores. Los administradores deben obrar de buena fe, con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Sus actuaciones se cumplirán en interés de la sociedad, teniendo en cuenta los intereses de sus asociados.

En el cumplimiento de su función los administradores deberán:

1. Realizar los esfuerzos conducentes al adecuado desarrollo del objeto social.
2. Velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales o estatutarias.

La Junta Directiva como órgano administrativo de la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., tenía estatutariamente las siguientes atribuciones:

“ARTÍCULO 25 Escritura de Constitución. – FUNCIONES DE LA JUNTA DIRECTIVA: Son atribuciones de la Junta Directiva:

“6. Impartir al presidente las instrucciones, orientaciones y órdenes que juzgue convenientes.

(...)

“14. Aprobar la celebración o suscripción de cualquier contrato, acuerdo o negocio jurídico que tenga como efecto, la cesión o enajenación de activos o pasivos y la asunción de derechos u obligaciones que representen individualmente o en conjunto (bajo un mismo objeto) más de dos millones quinientos mil dólares (US\$2.500.000) o su equivalente en pesos convertidos a la TRM del día anterior del perfeccionamiento del correspondiente negocio jurídico”.

“ARTÍCULO 26 Escritura de Constitución. – REGLAS GENERALES:



(...)

“d). La Junta Directiva tendrá atribuciones suficientes para ordenar que se ejecute o celebre, cualquier acto o contrato comprendido dentro del objeto social y para tomar las determinaciones necesarias en orden a que la sociedad cumpla sus fines.”

Las anteriores atribuciones de la Junta Directiva deben ser analizadas con respecto al objeto social de la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., que no era una sociedad particular cualquiera, sino que era una persona jurídica constituida con un único fin, directamente vinculado y atado a la suscripción y ejecución del contrato estatal de concesión No. 001 de 2010 en cuya ejecución se encontraba inmerso un interés público.

“ART. 4 – OBJETO SOCIAL: El objeto social principal de la Sociedad Concesionaria es: (i) La suscripción y ejecución del Contrato de Concesión correspondiente al Sector 2, que le sea adjudicado a CRS. El objeto de la sociedad será ejecutado y cumplido en los términos y condiciones establecidos en los pliegos de condiciones de la licitación pública No. SEA-LP-001-2009 y aquellos establecidos en el contrato de concesión que para el efecto se suscriba. La sociedad, por su cuenta y riesgo, realizará y ejecutará las obras necesarias para la construcción, rehabilitación, ampliación y mejoramiento, del proyecto vial Ruta del Sol correspondientes al sector 2, la preparación de los estudios definitivos, la gestión predial y social, la obtención y/o modificación de licencias ambientales, la financiación, la operación y el mantenimiento de las obras, en el sector 2 Puerto Salgar – San Roque, así como también explotar todos los bienes de la concesión en el sector, de acuerdo con lo previsto en el contrato de concesión y en la ley, explotación que comprende el uso para fines comerciales o publicitarios de los activos concesionados, e igualmente de los bienes inmuebles (por adhesión o accesión) o muebles que hagan parte del sector 2 y hayan sido construidos por la sociedad concesionaria o que hayan sido entregados por el INCO en concesión, en desarrollo del contrato de concesión, con sujeción a los términos y condiciones expresamente previstos en éste.

(...)

“(a) La contraprestación de la CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. consistirá en (i) los Aportes del INCO al Patrimonio Autónomo en los términos señalados en la sección 13.03 del contrato de concesión, Anexo No. 1 a los pliegos de condiciones de la licitación, (ii) los ingresos provenientes del recaudo de peaje, en los términos señalados en la sección 13.05 del Contrato de Concesión”.

En el sub judice, la elaboración y firma por parte del señor ELEUBERTO MARTORELLI de dos versiones falsas del acta No. 50 de la reunión de junta directiva del 21 de febrero de 2014, incluyendo en una primera versión la justificación y aprobación unánime por los miembros de la Junta Directiva de la autorización para que el representante legal de la sociedad concesionaria contratara a la firma Compañía Profesionales de Bolsa S.A., para que brindara asesoría encaminada a presentar alternativas de financiación y prestara apoyo en el cierre financiero del Proyecto Ocaña – Gamarra.

Adicionalmente, Incluyendo en una segunda versión por él firmada, de común acuerdo con el señor ALBERTO MARIÑO SAMPER también miembro principal de la Junta Directiva, la aprobación si la unanimidad de los socios, pero por la mayoría de



la Junta Directiva, de la contratación de la Compañía Profesionales de Bolsa S.A., para que suministrara asesoría encaminada a presentar alternativas de financiación y prestara apoyo en el cierre financiero del Proyecto Ocaña – Gamarra, no puede analizarse de manera descontextualizada del objeto de la Sociedad Concesionaria y del contrato al cual se pretendió dar visos de legalidad y necesidad a través de las dos versiones falsas que del acta No. 50 firmó el señor MARTORELLI para pretender para sus intereses la autorización espúrea de un contrato ominoso para los recursos y la gestión pública confiada al concesionario, asunto frente al cual tenía – como representante del accionista mayoritario y alto directivo de Odebrecht en Colombia– el control del riesgo y de las acciones societarias a desarrollar, no solo por la participación accionaria de Odebrecht en la concesionaria que se expresaba en el control del gobierno societario interno, sino además porque fue quien gobernó con el representante legal la situación contractual y societaria objeto de investigación.

Además, prevalido de las credenciales de alto directivo de una de las mas importantes multinacionales constructoras de infraestructura del mundo y con cuantiosas inversiones en Colombia⁶⁵ que le daban la altura, prestigio y autoridad suficiente en nuestro país.

Al punto que prevaleciendo de su carácter de representante en la Junta del accionista mayoritario de la Concesionaria fue quien no solo lideró, aprobó y firmó las actas adulteradas espúreamente, aspecto formal, sino quien además en dicha hipótesis es quien asume presentar y respaldar la necesidad de adelantar dicha contratación, lo que evidencia a juicio del Despacho su conocimiento respecto de la ocurrencia de la contratación vulnerando los estatutos, conducta irregular que por demás dada su trayectoria mercantil y empresarial le permitía advertir lo irregular de la contratación y su artificioso destino.

Ahora bien, debe señalarse en primera medida que el objeto societario de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., cuyo acatamiento era obligatorio para el disciplinado, se encontraba circunscrito a la firma y ejecución del contrato de concesión “en los términos y condiciones establecidos en los pliegos de condiciones de la licitación pública No. SEA-LP-001-2009 y aquellos establecidos en el contrato de concesión que para el efecto se suscriba”, condicionando de manera expresa y directa el contenido de los deberes funcionales que el disciplinado tenía a su cargo como miembro principal de la Junta Directiva.

Y debe resaltarse en segundo término, que el material probatorio incorporado al expediente, que fue analizado en el numeral 2.1 del presente fallo, al cual se remite, permite tener por demostrado que el contrato de prestación de servicios de asesoría financiera y banca de inversión celebrado con la firma Compañía Profesionales de

⁶⁵ <https://www.thebusinessyear.com/colombia-2015/competitive-edge/interview> por ejemplo para la época Eleuberto Antonio Martoreli era un importante hombre de negocios y con mas de 23 años en la organización Odebrecht gozaba de una alta estima y respeto en el mundo de los negocios de infraestructura del mundo.



Bolsa S.A., el 27 de marzo de 2014 y por él que se pagó un valor neto de \$8.378.000.000⁶⁶ y un total incluido IVA de \$9.467.270.400, fue un contrato falso pagado con cargo a recursos públicos de naturaleza pública provenientes del recaudo de peajes, que por el propio contrato de concesión No. 001 de 2010 tenían una destinación específica que fue desatendida por el representante legal de la Sociedad Concesionaria, permitiendo su apropiación por un tercero en el valor neto previamente citado.

Al analizar la conducta imputada y probada al señor ELEUBERTO MARTORELLI en el contexto de las anteriores circunstancias puede concluirse, que la elaboración y firma por su parte, de dos versiones falsas del acta No. 50 correspondiente a la reunión de junta directiva realizada el 21 de febrero de 2014, tenía como fin no solo dar visos de legalidad al contrato celebrado el 27 de marzo de 2014 con la firma Compañía Profesionales de Bolsa S.A., cuyo valor total (\$9.467.270.400) superaba la capacidad estatutaria de contratación directa del representante legal, requiriendo de la autorización de la junta directiva, sino que además, dado el contenido de las versiones falsas, buscaba justificar la necesidad de contratar a la mencionada firma mostrando dicha dicha contratación como un costo o gasto necesario y real para la ejecución del contrato de concesión pública.

En efecto, en la primera versión falsa firmada por el disciplinado se justificó la contratación de la firma Compañía Profesionales de Bolsa, de la siguiente manera:

“Aprobación de Contratación de Asesoría Financiera:

Teniendo en cuenta la poca experiencia que la sociedad tiene en el mercado financiero y el corto tiempo con el que cuenta para lograr el cierre financiero del Proyecto Ocaña – Gamarra posterior a la suscripción del otosí 6. El socio mayoritario solicita a la Junta Directiva autorización para que el Representante Legal de la CRDS, contrate un especialista Financiero, con el fin de que brinde asesoría encaminada a presentar alternativas de financiación y brindar apoyo a la Banca de inversión Corficolombiana en el cierre financiero del mencionado Proyecto.

Se propone la Contratación de la firma Compañía Profesionales de Bolsa S.A., por un valor básico de \$2.000.000.000 y una prima adicional de éxito dependiendo de las condiciones conseguidas en dicho cierre.

Una vez explicado por parte del Miembro de Junta representante del socio mayoritario las condiciones y calidades del servicio, y la experiencia de la firma presentada en el campo financiero del país, se aceptó de manera unánime por parte de los miembros de junta la contratación de dicha firma”

En la segunda acta falsa firmada por el señor ELEUBERTO MARTORELI se justificó la contratación de la firma Compañía Profesionales de Bolsa como sigue:

“Aprobación de Contratación de Asesoría Financiera:

⁶⁶ Este valor se toma de las facturas 55043, 55053, 55064 y 55072, donde se encuentran discriminados valores de pago neto al contratista y valor de IVA.



Teniendo en cuenta la poca experiencia que la sociedad tiene en el mercado financiero y el corto tiempo con el que cuenta para lograr el cierre financiero del Proyecto Ocaña – Gamarra posterior a la suscripción del otosí 6. El socio mayoritario solicita a la Junta Directiva autorización para que el Representante Legal de la CRDS, contrate un especialista Financiero, con el fin de que brinde asesoría encaminada a presentar alternativas de financiación y brindar apoyo a la Banca de inversión Corficolombiana en el cierre financiero del mencionado Proyecto.

Se propone la Contratación de la firma Compañía Profesionales de Bolsa S.A., por un valor básico de \$2.000.000.000 y una prima adicional de éxito dependiendo de las condiciones conseguidas en dicho cierre.

Una vez explicado por parte del Miembro de Junta representante del socio mayoritario las condiciones y calidades del servicio, y la experiencia de la firma presentada en el campo financiero del país, y considerando que no hubo unanimidad por todos los socios, la Junta aprobó por mayoría la contratación de dicha firma”.

Esta importante redacción espúrea propuesta por MARTORELLI expresa no solo la adulteración del contenido del acta de la Junta Directiva de la concesionaria, sino también que partiendo de lo expresado por el citado administrador, lo siguiente:

Primero, no había unanimidad entre los socios – ODEBRECHT y EPISOL - respecto de la contratación que el Presidente de la Junta quería que se incluyera en el contenido del acta.

Segundo, habida cuenta la salvedad expresada por MARIÑO SAMPER, MARTORELLI aceptó consignar que el socio que aprobada la contratación era el mayoritario, es decir ODEBRECHT ya que como advirtió MARTORELLI en la redacción por él sugerida, no hubo unanimidad entre los socios, lo que acredita la conformidad de ODEBRECHT en cabeza de MARTORELLI y el representante legal con el contrato mas no la de los demás.

Lo que evidencia para el Despacho que en manos de MARTORELLI y del representante legal de la concesionaria estaba el control de la contratación de Comisionista de Bolsa, allende la contrariedad a derecho de incorporar su aprobación en un acta de junta directiva en cuyo desarrollo y orden del día nunca ocurrió y que a la postre causó un detrimento patrimonial al Estado.

Empero además, porque de esa manera ODEBRECHT como socio lograba que este contrato quedara en el marco de la ejecución del contrato de concesión y justificada su necesidad para su desarrollo.

En efecto, como puede observarse, a través de las versiones falsas del acta No. 50 del 21 de febrero de 2014, el señor ELEUBERTO MARTORELLI buscó justificar la contratación de la firma Compañía Profesionales de Bolsa S.A., en la “poca experiencia que la sociedad tiene en el mercado financiero y el corto tiempo con el que cuenta para lograr el cierre financiero del Proyecto Ocaña – Gamarra posterior a la suscripción del otosí 6”, para de esta manera hacer pasar dicha contratación como un costo o gasto real y necesario para la ejecución del contrato de concesión, sin embargo como se probó en el presente



proceso disciplinario, al expediente se incorporó material documental que da cuenta que para los meses de septiembre de 2013 y abril, mayo, agosto, septiembre y diciembre de 2014, el señor EDER PAOLO FERRACUTI contrato a CORFICOLOMBIANA S.A., para la prestación de servicios de banca de inversión para el acompañamiento del proceso de evaluación de la viabilidad económica del proyecto Ocaña – Gamarra y posterior acompañamiento en la financiación del mismo proyecto, hecho que permite inferir que no existía una necesidad real de contratar a la firma Compañía Profesionales de Bolsa S.A, para la realización de actividades tendientes a la obtención del cierre financiero del proyecto Ocaña – Gamarra, ya que esos servicios estaban siendo prestados por CORFICOLOMBIANA (f. 407 y siguientes), circunstancia que ésta que era conocida por los miembros de la Junta Directiva de la Sociedad Concesionaria como se infiere de las versiones libres rendidas en la etapa de investigación disciplinaria por los señores MIGUEL EDUARDO VARGAS HERNÁNDEZ y OSCAR JAVIER HERNÁNDEZ GAONA, también miembros de la junta directiva quienes manifestaron lo siguiente:

El señor HERNÁNDEZ GAONA manifestó:

“PREGUNTADO: con posterioridad a esa reunión de Junta Directiva en las cuales haya usted participado bien a título de suplente o de principal en reemplazo del principal, se discutió dicha contratación? CONTESTÓ: si, en el año 2015, no tengo la fecha exacta pero debió ser en marzo tal vez del año 2015 se hizo una mención al contrato de profesionales de bolsa y eso causó gran inquietud de parte de los representantes o de los miembros de junta directiva que habíamos sido delegados por parte de EPISOL porque era un tema exótico, digamos no había lugar a que profesionales de bolsa estuviera asesorando a la concesionaria, en la medida en que típicamente lo que tenía ver con la financiación de proyectos donde participaba o donde participa CORFICOLOMBIANA o sus compañías controladas se hace con banca de inversión CORFICOLOMBIANA, de hecho el cierre financiero para este contrato en particular se hizo con la asesoría de la banca de inversión Corficolombiana, entonces para nosotros fue sorpresivo encontrar que había una asesoría por parte de profesionales de bolsa”.

Y el señor VARGAS HERNANDEZ:

“PREGUNTADO: Recuerda usted si en alguna de las reuniones en las que estuvo presente como miembro suplente de la junta directiva de la concesionaria ruta de sol, se discutió la necesidad de contratar un especialista financiero que brindara apoyo a la banca de inversión de CORFICOLOMBIANA para el cierre financiero del proyecto Ocaña - Gamarra CONTESTÓ: No, en las reuniones que yo asistí no recuerdo se escuchara discutir esa tema, de hecho el liderazgo digamos de la banca de inversión era claro desde el inicio que era a través de CORFICOLOMBIANA y CORFICOLOMBIANA tenía las calidades para hacer digamos todas las asesorías financieras como fue desde el inicio incluso del nacimiento del contrato y así se mantuvo durante todo digamos el momento PREGUNTADO: es decir, la asesoría financiera a la concesionaria la prestaba CORFICOLOMBIANA CONTESTÓ: Banca de inversión PREGUNTADO: Banca de inversión es un segmento de CORFICOLOMBIANA CONTESTÓ: Si, banca de inversión es una línea de negocios de CORFICOLOMBIANA”.

Las consideraciones precedentes permiten concluir en sede de fallo, que la conducta imputada y probada al señor ELEUBERTO MARTORELLI en su condición de miembro de la Junta Directiva, tuvo una relación directa con la administración de recursos públicos asumida por la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., con



ocasión del contrato de concesión No. 001 de 2010, en la medida en que el material probatorio incorporado y analizado en la presente decisión, permite concluir que la elaboración y firma por su parte, de dos versiones falsas del acta No. 50 correspondiente a la reunión de junta directiva realizada el 21 de febrero de 2014, tenía como fin no solo dar visos de legalidad al contrato celebrado el 27 de marzo de 2014 con la firma Compañía Profesionales de Bolsa S.A., cuyo valor total (\$9.467.270.400) superaba la capacidad estatutaria de contratación directa del representante legal, requiriendo de la autorización de la junta directiva, sino que además, dado el contenido de las versiones falsas, buscaba justificar la necesidad de contratar a la mencionada firma mostrando dicha contratación como un costo o gasto necesario y real para la ejecución del contrato de concesión, circunstancia que como quedó demostrado en este proceso, no corresponde a la realidad de lo ocurrido y que generó un detrimento patrimonial al Estado y menoscabo del interés público confiado al concesionario.

Empero además porque dicho contrato había sido efectivamente suscrito y se venía pagando, por lo que allende del espúreo y ominoso uso que de los recursos públicos hayan dado los directivos de Odebrecht con asiento en la alta dirección de la concesionaria, con dicha aprobación la contratación quedaba ajustada al marco estatutario de la concesionaria y dentro del marco de las necesidades propias de la concesión pública, siendo tan efectivo MARTORELLI que logró convencer a otro de sus pares, MARIÑO SAMPER, que dicha necesidad decisión quedara consignada de manera artificiosa, que desde la ardid por él planificado fue quien presentó y justificó dicha necesidad, allende el rol de CORFICOLOMBIANA al interior de la concesión, y que dentro de dicho escenario el asunto fuera aprobado, así los accionistas doferntes de ODEBRECHT no dieran su conformidad. Lo que no deja duda, por demás, que fue MARTORELLI como Presidente de la Junta Directiva quien tuvo el control de inicio a fin de esta ominosa contratación y gestión societaria respecto de una concesión pública que causó no solo el quebrantamiento de la legalidad, sino

Con la conducta imputada y pobada el señor ELEUBERTO MARTORELLI en su condición de miembro principal de la Junta Directiva de la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S, vulneró los siguientes deberes funcionales que como administrador societario tenía por virtud del artículo 23 de la ley 222 de 1995⁶⁷:

1. El deber de velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales y estatutarias.
2. El deber de obrar de Buena Fe.

Vulneró el deber velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales al haber incumplido el artículo 196 del Código de Comercio según el cual:

⁶⁷ Según el artículo 22 de la ley 222 de 1995, los miembros de las Junta Directivas son administradores de la sociedad.



“La representación de la sociedad y la administración de sus bienes y negocios se ajustarán a las estipulaciones del contrato social, conforme al régimen de cada tipo de sociedad”

Violó el deber de velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones estatutarias, al haber incumplido las disposiciones que a continuación se citan:

El artículo 25 de la escritura de constitución que adscribía a los miembros de Junta Directiva, las siguientes funciones:

“ARTÍCULO 25. – FUNCIONES DE LA JUNTA DIRECTIVA: Son atribuciones de la Junta Directiva:

“6. Impartir al presidente las instrucciones, orientaciones y órdenes que juzgue convenientes.

(...)

“14. Aprobar la celebración o suscripción de cualquier contrato, acuerdo o negocio jurídico que tenga como efecto, la cesión o enajenación de activos o pasivos y la asunción de derechos u obligaciones que representen individualmente o en conjunto (bajo un mismo objeto) más de dos millones quinientos mil dólares (US\$2.500.000) o su equivalente en pesos convertidos a la TRM del día anterior del perfeccionamiento del correspondiente negocio jurídico”.

El artículo 26 de la escritura de constitución que adscribía a los miembros de Junta Directiva, la siguiente atribución:

“ARTÍCULO 26. – REGLAS GENERALES:

(...)

“d). La Junta Directiva tendrá atribuciones suficientes para ordenar que se ejecute o celebre, cualquier acto o contrato comprendido dentro del objeto social y para tomar las determinaciones necesarias en orden a que la sociedad cumpla sus fines.

Y el artículo 29 numeral 2 que establece que era función del representante legal:

“2. Celebrar y ejecutar todos los actos u operaciones correspondientes al objeto social, de conformidad con lo previsto en las leyes y en los estatutos, con la observancia de la limitación en aquellos para los cuales se requiera autorización de la Junta directiva.

Y violó el deber de obrar de Buena Fe a cuya observancia se encontraban sujetos los administradores de la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., que se constituyó como sociedad anónima simplificada y que por virtud del artículo 3 de la ley 1258 de 2008⁶⁸, tenía la naturaleza de sociedad comercial, resultando aplicable al disciplinado

⁶⁸ Artículo 3o. Naturaleza. La sociedad por acciones simplificada es una sociedad de capitales cuya naturaleza será siempre comercial, independientemente de las actividades previstas en su objeto social. Para efectos tributarios, la sociedad por acciones simplificada se regirá por las reglas aplicables a las sociedades anónimas.



el artículo 871 del Código de Comercio según el cual los contratos deben ejecutarse de buena fe, con sujeción a lo pactado expresamente en ellos ⁶⁹.

Concluye el Despacho en instancia de fallo, que el señor ELEUBERTO MARTORELI en su condición de Miembro Principal de la Junta Directiva de la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., con la conducta formulada en el cargo probado, violó el contenido de los artículos 25 numeral 6 y 26 literal (d), de los estatutos de la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., ya que, en lugar de convocar a reunión de Junta Directiva y exponer allí el conocimiento que tenía de la celebración del contrato con la firma Compañía Profesionales de Bolsa⁷⁰, el cual no solo superaba en su valor total, el monto autorizado al representante legal para contratar directamente, sino que además versaba sobre actividades de asesoría financiera que estaban siendo prestadas por Corficolombiana, con el fin de que en el seno de éste órgano de administración se expidieran las órdenes y se adoptaran las medidas que se consideraran convenientes y necesarias para investigar y reprochar la conducta del representante legal, procurar que la sociedad cumpliera los fines para los cuales fue creada y evitar que los recursos afectos a la ejecución del contrato de concesión No. 001 de 2010 fueran destinados a falsos costos, a través de las versiones falsas del acta No. 50 del 21 de febrero de 2014, el señor ELEUBERTO MARTORELLI buscó incluir una autorización para contratar que no había sido objeto de discusión ni de aprobación en la reunión del 21 de febrero de 2014 y pretendió además dar justificación a la contratación de la firma Compañía Profesionales de Bolsa S.A., en la “poca experiencia que la sociedad tiene en el mercado financiero y el corto tiempo con el que cuenta para lograr el cierre financiero del Proyecto Ocaña – Gamarra posterior a la suscripción del otrosí 6”, para de esta manera hacer pasar dicha contratación como un costo o gasto real y necesario para la ejecución del contrato de concesión.

Asimismo, con la conducta imputada y probada, el señor ELEUBERTO MARTORELLI incumplió el deber impuesto por el artículo 23 de la ley 222 de 1995, de velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales y estatutarias, por inobservancia del artículo 196 del Código de Comercio y de los artículos 25 numeral 14 y 29 numeral 2 de los estatutos sociales que en su orden establecían la obligación de ajustar la administración de los bienes y negocios de la sociedad a las estipulaciones del contrato social, la función de la Junta Directiva de aprobar la celebración o suscripción de cualquier contrato, acuerdo o negocio y la asunción de derechos u obligaciones que “representen individualmente o en conjunto (bajo un mismo objeto) más de dos millones quinientos mil dólares (US\$2.500.000) o su equivalente en pesos convertidos a la

⁶⁹ Artículo 871. Principio de Buena Fe. Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural.

⁷⁰ Para la época del intercambio de los correos electrónicos, los miembros de la Junta Directiva de la Sociedad Concesionaria conocieron de la celebración del contrato con la firma Compañía Profesionales de Bolsa, como se infiere de las versiones libres rendidas en la etapa de investigación disciplinaria por los señores MIGUEL EDUARDO VARGAS HERNÁNDEZ y OSCAR JAVIER HERNÁNDEZ GAONA.



TRM del día anterior del perfeccionamiento del correspondiente negocio jurídico”; y la facultad del representante legal de celebrar actos y operaciones con “observancia de la limitación en aquellos para los cuales se requiera autorización de la Junta directiva”, disposiciones que se concluye fueron violadas, en tanto, en lugar de investigar y reprochar la conducta del representante legal que sin contar con la autorización de la junta directiva celebró un contrato que no solo superaba en su valor total el monto autorizado al representante legal para contratar directamente, sino que además versaba sobre actividades de asesoría financiera que estaban siendo prestadas por Corficolombiana, el disciplinado procedió a firmar dos versiones de actas falsas a través de las cuales pretendió incluir una autorización para contratar que no había sido objeto de discusión ni de aprobación en la reunión del 21 de febrero de 2014 y buscó además justificar la contratación de la firma Compañía Profesionales de Bolsa S.A., en la “poca experiencia que la sociedad tiene en el mercado financiero y el corto tiempo con el que cuenta para lograr el cierre financiero del Proyecto Ocaña – Gamarra posterior a la suscripción del otrosí 6”, para de esta manera hacer pasar dicha contratación como un costo o gasto real y necesario para la ejecución del contrato de concesión.

Y finalmente se concluye violado el deber de obrar de Buena Fe, según el cual los contratos deben ejecutarse con sujeción a lo pactado expresamente en ellos ⁷¹, en la medida en que el disciplinado no dio cumplimiento al contrato social de constitución de la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., que tenía por fin la celebración y ejecución del contrato estatal de concesión 001 de 2010, en los términos de las disposiciones estatutarias contenidas en él, inobservando el contenido de los artículos 25 numerales 6 y 14, 26 literal (d) y 29 numeral 2, en los términos desarrollados en este mismo acápite.

3.2. Falta disciplinaria cometida por el disciplinado

Los hechos probados en el presente proceso disciplinario demuestran que el señor ELEUBERTO MARTORELI en su condición de Miembro Principal de la Junta Directiva de la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., con la conducta descrita en el cargo a él elevado, incurrió en el tipo disciplinario previsto en el numeral primero del artículo 55 de la ley 734 de 2002, según el cual para los sujetos disciplinables por el régimen de los particulares es falta gravísima:

1. Realizar una conducta tipificada objetivamente en la ley como delito sancionable a título de dolo, por razón o con ocasión de las funciones.

Tipo disciplinario abierto que en el sub iudice se complementó con el artículo 289 de la ley 599 de 2000, disposición que tipifica como delito la falsedad en documento privado:

⁷¹ Artículo 871. Principio de Buena Fe. Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural.



“Artículo 289 ley 599 de 2000. Falsedad en documento privado. El que falsifique documento privado que pueda servir de prueba, incurrirá, si lo usa, en prisión de dieciséis (16) a ciento ocho (108) meses”.

La anterior descripción típica, que por vía del numeral primero del artículo 55 de la ley 734 de 2002 se constituye en falta disciplinaria del régimen de los particulares, exige que el documento falsificado: (i) sea un documento de naturaleza privada, (ii) que pueda servir de prueba y (iii) que sea usado.

En el sub judice se encuentra acreditado que el Acta de la Junta Directiva de la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., que fue falsificada en dos oportunidades por el señor ELEUBERTO MARTORELLI, era de conformidad con los artículos 294 de la ley 599 de 2000 y 243 del Código General del Proceso, un documento de naturaleza privada, que contenía una expresión de personas particulares conocidas, recogida por escrito, que daba cuenta de las decisiones adoptadas el 21 de febrero de 2014 por la Junta Directiva de la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S y que acreditaba que en esa reunión de junta ni se discutió ni se aprobó la contratación de la firma Compañía Profesionales de Bolsa.

Artículo 294 Ley 599 de 2000. Documento. Para los efectos de la ley penal es documento toda expresión de persona conocida o conocible recogida por escrito o por cualquier medio mecánico o técnicamente impreso, soporte material que exprese o incorpore datos o hechos, que tengan capacidad probatoria.

Artículo 243 Código General del Proceso. Distintas clases de documentos. Son documentos los escritos, impresos, planos, dibujos, cuadros, mensajes de datos, fotografías, cintas cinematográficas, discos, grabaciones magnetofónicas, videograbaciones, radiografías, talones, contraseñas, cupones, etiquetas, sellos y, en general, todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo, y las inscripciones en lápidas, monumentos, edificios o similares.

Los documentos son públicos o privados. Documento público es el otorgado por el funcionario público en ejercicio de sus funciones o con su intervención. Así mismo, es público el documento otorgado por un particular en ejercicio de funciones públicas o con su intervención. Cuando consiste en un escrito autorizado o suscrito por el respectivo funcionario, es instrumento público; cuando es autorizado por un notario o quien haga sus veces y ha sido incorporado en el respectivo protocolo, se denomina escritura pública.

El segundo requisito derivado del artículo 289 de la ley 599 de 2000, es que el documento pueda servir de prueba, tópico que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha considerado se refiere, a que sea apto en sí mismo “para crear, modificar o extinguir una determinada situación jurídica”⁷², presupuesto que también se cumple en el sub judice, pues la Junta Directiva de la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., tenía estatutariamente atribuciones para crear, modificar o extinguir

⁷² Sentencia del 14 de mayo de 2019, Radicado No. 52700.



situaciones jurídicas al estar facultada para impartir órdenes al presidente de la Sociedad Concesionaria, aprobar la celebración de contratos que superaran los dos millones quinientos mil dólares, así como para “ordenar que se ejecute o celebre, cualquier acto o contrato comprendido dentro del objeto social y para tomar las determinaciones necesarias en orden a que la sociedad cumpla sus fines”:

“ARTÍCULO 25 Escritura de Constitución. – FUNCIONES DE LA JUNTA DIRECTIVA: Son atribuciones de la Junta Directiva:

“6. Impartir al presidente las instrucciones, orientaciones y órdenes que juzgue convenientes.

(...)

“14. Aprobar la celebración o suscripción de cualquier contrato, acuerdo o negocio jurídico que tenga como efecto, la cesión o enajenación de activos o pasivos y la asunción de derechos u obligaciones que representen individualmente o en conjunto (bajo un mismo objeto) más de dos millones quinientos mil dólares (US\$2.500.000) o su equivalente en pesos convertidos a la TRM del día anterior del perfeccionamiento del correspondiente negocio jurídico”.

“ARTÍCULO 26 Escritura de Constitución. – REGLAS GENERALES:

(...)

“d). La Junta Directiva tendrá atribuciones suficientes para ordenar que se ejecute o celebre, cualquier acto o contrato comprendido dentro del objeto social y para tomar las determinaciones necesarias en orden a que la sociedad cumpla sus fines.

En el caso materia de investigación, a través de las dos versiones falsas del acta No. 50 del 21 de febrero de 2014 el disciplinado pretendió tanto modificar una situación jurídica como crear otra.

Se pretendió modificar la ausencia de autorización para el representante legal de la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., que el 27 de marzo de 2014 había celebrado con la firma Compañía Profesionales de Bolsa S.A., un contrato cuyo valor total (\$9.467.270.400) superaba la capacidad estatutaria de contratación directa del representante legal, requiriendo de la autorización de la junta directiva, lo que llevó a que en el acta falsa se incluyera la autorización como si la misma hubiese sido objeto de discusión y aprobación cuando lo cierto es que ese tema nunca fue tratado ni aprobado; y se pretendió además crear una situación jurídica consistente en justificar la necesidad de contratar a la mencionada firma mostrando dicha dicha contratación como un costo o gasto necesario y real para la ejecución del contrato de concesión No. 001 de 2010 para de esta manera justificar la imputación del gasto a los recursos afectos a la ejecución del contrato.

Como se ha demostrado a lo largo de la presente decisión, a través de las dos versiones falsas, se buscó justificar la contratación de la firma Compañía Profesionales de Bolsa S.A., en la “poca experiencia que la sociedad tiene en el mercado financiero y el corto tiempo con el que cuenta para lograr el cierre financiero del Proyecto Ocaña – Gamarra posterior a la suscripción del otrosí 6”, para de esta manera hacer pasar dicha contratación como un costo o gasto real y necesario para la ejecución del contrato de



concesión y por ésta vía pagar dicho contrato con cargo a los recursos destinados a la ejecución del contrato No. 001 de 2010, circunstancia que como quedó demostrado en este proceso, no corresponde a la realidad de lo ocurrido.

Este último tema cobra una importancia adicional en sub judice, en la medida en que tal y como lo precisó la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, el deber de plasmar datos veraces en documentos privados surge “bien porque la misma ley les imponga esa obligación o porque la naturaleza del documento implique dicho compromiso con la verdad, en la medida en que se desborde la esfera de interés de sus creadores y, por tanto, pueda afectar los derechos de terceros”⁷³. Complementando éste último aspecto la Corte agregó:

“En otros eventos, el deber de veracidad surge de la naturaleza del documento y su trascendencia jurídica, cuando está destinado a servir de prueba de una relación jurídica relevante, que involucra o puede llegar a comprometer intereses de terceras personas determinadas, como acontece cuando la relación que representa trasciende la esfera interpersonal de quienes le dieron entidad legal con su firma, para modificar o extinguir derechos ajenos, pues cuando esto sucede, no solo se presenta menoscabo de la confianza general que el documento suscita como elemento de prueba en el ámbito de las relaciones sociales, y por consiguiente de la fe pública, sino afectación de derechos de terceras personas, ajenas al mismo (CSJSP, 29 nov. 2000, Rad. 13231, entre muchas otras).

(...)

El particular al extender documentos privados está obligado a ser veraz, fundamentalmente cuando el derecho de un tercero es susceptible de sufrir menoscabo...”⁷⁴.

En el sub judice es claro que la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., era una persona jurídica constituida con un único fin, circunscrito desde su objeto social, a la firma y ejecución del contrato de concesión “en los términos y condiciones establecidos en los pliegos de condiciones de la licitación pública No. SEA-LP-001-2009 y aquellos establecidos en el contrato de concesión que para el efecto se suscriba”. Esta circunstancia implicaba, que las decisiones adoptadas por los administradores societarios, dentro de estos los miembros de junta directiva, podían tener una repercusión directa en la ejecución del contrato de concesión 001 de 2010 y podían ser susceptibles de generar menoscabo a los derechos e intereses de la entidad pública contratante (INCO y después ANI).

Y esto fue precisamente lo que sucedió con los hechos materia de investigación, pues a través de un contrato falso pagado con recursos públicos y de unas actas falsas de junta directiva se pretendió justificar unos pagos y una contratación, buscando que ésta pasara como un costo o gasto real y necesario para la ejecución del contrato de concesión circunstancia que como quedó demostrado en este proceso, no correspondió a la realidad de lo ocurrido, habiéndose afectado los derechos de la entidad pública contratante que por virtud del contrato No. 001 de 2010 esperaba que los recursos afectos a la ejecución del mismo, se destinaran única y exclusivamente al pago de costos y gastos reales.

⁷³ Sentencia del 14 de mayo de 2019, Radicado No. 52700.

⁷⁴ *Ibidem*.



El artículo 289 de la ley 599 de 2000, también señala que para que la falsificación sea sancionable, el documento debe ser usado, presupuesto que también resultó probado en el sub iudice como a continuación se desarrollará.

El señor ALVARO MIGUEL OEDING Director Jurídico de Infraestructura en CORFICOLOMBIANA, vinculado a CORFICOLOMBIANA desde el 2011 como Abogado, manifestó en la declaración juramentada rendida en la etapa de pruebas en descargos lo siguiente:

“APODERADO URIEL ALBERTO AMAYA OLAYA: “Gracias Doctor Álvaro. Por favor exponga aquello que tenga conocimiento en relación con el acta 50 de Junta Directiva de la Concesionaria Ruta del Sol SAS, correspondiente a la sesión de ese órgano que tuvo lugar el 21 de febrero de 2014”. ÁLVARO MIGUEL OEDING: “Creo que fue arrancando el año 2019 sale publicada una noticia en un medio de comunicación que hace referencia al acta 50 de Junta Directiva de la concesionaria, a partir de ahí a mi me es solicitado un apoyo en ese momento para entender la situación y buscar toda la información concerniente a esa acta, yo creo en ese momento que esto fue en enero de 2019 con mis superiores en CORFICOLOMBIANA empezamos a recabar toda la información (...) nosotros llegamos recuerdo que eso fue un viernes en horas de la tarde, comentamos la sorpresa y la preocupación del Doctor Alberto y de toda la organización por la noticia y queríamos ver qué información había en la concesionaria, la visita fue atendida por él pero también recuerdo que en algún momento la tendió el Doctor Jaime Salazar, quien era el Director Jurídico de la Concesionaria y la información que recogimos fue la siguiente; en los archivos digitales de la compañía obraba una versión de acta 50 que no hacía referencia a ninguno de sus apartes en su contenido a la firma de profesionales de bolsa y **recuerdo que vimos en el libro de actas de junta de la concesionaria 2 versiones de acta 50 diferentes a esa que tenían en el archivo digital de la compañía y que sí hacían referencia a profesionales de bolsa pero cada una de esas también era diferente, una hacía referencia que había sido aprobada por unanimidad la contratación y otra hacía referencia a que había sido aprobada por mayoría. Eso lo pudimos evidenciar en esa visita esa información también por supuesto fue directamente obtenida por el Doctor Alberto...**”.

(...)

“...otra que cosa que a mí me llamó la atención es que **pedí la información que reposaba en el tribunal de arbitramento, porque ahí también se había hecho una inspección judicial en la concesionaria vimos que se había hecho casi un año atrás, y se había recogido toda la información de los libros de actas de la compañía, llamó también la atención que en ese momento hubo también una constancia de una de las entidades, creo que fue la ANI o la Agencia de Defensa Nacional, no recuerdo exactamente, pero dejaron una constancia como de la inquietud de la forma en cómo venían siendo llevados los libros y al final lo que aparece que reposaba en ese expediente eran dos versiones de acta 50 en la que sí se mencionaba profesionales de bolsa, es decir, ahí pareciera que en el tribunal de arbitramento no reposaba esa versión que por ejemplo sí era pública y reposaba en la SIC y que hayamos identificado el archivo digital de la compañía...**”

De la declaración del señor ÁLVARO MIGUEL OEDING se deduce, que las dos versiones falsas del acta No. 50 del 21 de febrero de 2014 fueron usadas en tanto en cuanto, fueron incluidas en el libro de actas de la concesionaria:

“...recuerdo que vimos en el libro de actas de junta de la concesionaria 2 versiones de acta 50 diferentes a esa que tenían en el archivo digital de la compañía y que sí hacían referencia a profesionales de bolsa pero cada una de esas también era diferente, una hacía referencia que



había sido aprobada por unanimidad la contratación y otra hacia referencia a que había sido aprobada por mayoría”.

Y porque también llegaron a hacer parte del proceso adelantado en el Tribunal de Arbitramento adelantado entre la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., y la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI),

“... lo que aparece que reposaba en ese expediente eran dos versiones de acta 50 en la que sí se mencionaba profesionales de bolsa”.

Por su parte, a través de la visita especial que el primero de febrero de 2019 realizó el Despacho a las instalaciones de la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., se estableció que las dos versiones falsas del acta No. 50 del 21 de febrero de 2014, aparecían inscritas en el libro de accionistas. En el acta de visita especial se lee:

“3. Respecto del punto 3 backup que realizó la empresa, no se evidencian soportes adicionales a las actas que se encuentran en el libro de accionistas (...) por lo que se hace entrega en medio magnético de las actas, las cuales son dos que obran en el libro de accionistas, y un acta escaneada que difiere de las anteriores que se encuentra en el servidor de la compañía en la ubicación (...) por lo cual se hace entrega en medio magnético de tres (3) documentos con contenido diferente” (f. 80 – 82).

La incorporación en los libros de la sociedad concesionaria, de las dos versiones falsas del acta 50 del 21 de febrero de 2014 y la incorporación de las mismas en el proceso adelantado en el Tribunal de Arbitramento adelantado entre la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., demuestran que las versiones falsas del acta No. 50 sí fueron usadas y que entraron en el tráfico jurídico con la posibilidad de servir de prueba, pues como lo señala el artículo 264 del Código General del Proceso:

“Los libros y papeles de comercio constituyen plena prueba en las cuestiones mercantiles que los comerciantes debatan entre sí.

En las demás cuestiones, aun entre comerciantes, solamente harán fe contra quien los lleva, en lo que en ellos conste de manera clara y completa, y siempre que su contraparte no los rechace en lo que le sea desfavorable.

(...)”.

3.3. Argumentos de defensa

Junto con los argumentos referentes a la inexistencia de la calidad de sujeto disciplinable, que fueron analizados en otro acápite de la presente decisión al cual se remite, el Dr. GUSTAVO QUINTERO NAVAS manifestó que la Procuraduría General de la Nación no tenía competencia para determinar la legalidad del acta 50 ya que para éste fin la legislación nacional en los artículos 191 del Código de Comercio y en los artículos 20 y 24 de del Código General del Proceso tiene previsto el procedimiento para la impugnación de las actas de Juntas Directivas de las personas jurídicas sujetas al derecho privado.



Frente al anterior argumento defensivo el Despacho debe señalar, que el presente proceso disciplinario no fue abierto y adelantado con la finalidad de determinar la legalidad del acta No. 50 del 21 de febrero de 2014 y mucho menos con el objetivo de asumir las competencias que en materia de impugnación de actas tienen los Jueces de la República.

El proceso disciplinario que se decide con el presente fallo, en el caso del señor ELEUBERTO MARTORELLI fue adelantado con la finalidad de establecer si esta persona en su condición de miembro principal de la Junta Directiva de la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., había o no incurrido en la falta disciplinaria regulada por el numeral primero del artículo 55 de la ley 734 de 2002, que prevé como falta gravísima para los sujetos disciplinables por el régimen de los particulares:

1. Realizar una conducta tipificada objetivamente en la ley como delito sancionable a título de dolo, por razón o con ocasión de las funciones.

Tipo disciplinario abierto que en el caso del señor MARTORELLI fue complementado con el artículo 289 de la ley 599 de 2000, que tipifica como delito la falsedad en documento privado:

“Artículo 289 ley 599 de 2000. Falsedad en documento privado. El que falsifique documento privado que pueda servir de prueba, incurrirá, si lo usa, en prisión de dieciséis (16) a ciento ocho (108) meses”.

Al haberse establecido como falta en el régimen disciplinario de los particulares: “Realizar una conducta tipificada objetivamente en la ley como delito sancionable a título de dolo, por razón o con ocasión de las funciones”, fue el propio Legislador quien en ejercicio de su potestad de configuración legislativa, a través de un tipo disciplinario abierto facultó a la Procuraduría General de la Nación para investigar y sancionar este tipo de conductas.

Una descripción típica muy similar a la anterior se encuentra incluida como falta disciplinaria gravísima en el numeral 1 del artículo 48 de la ley 734 de 2002 correspondiente al régimen general de los servidores públicos: “1. Realizar objetivamente una descripción típica consagrada en la ley como delito sancionable a título de dolo, cuando se cometa en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo, o abusando del mismo” y ha sido considerada exequible por la Corte Constitucional en dos pronunciamientos:

En la sentencia C-124 de 2003 la Corte consideró:

- 4.3.2. Se observa que en estas disposiciones el legislador, con un criterio genérico o amplio, mediante tipos abiertos, describe algunas conductas constitutivas de falta disciplinaria, señala si las mismas son dolosas o culposas y establece su mayor o menor gravedad.

Esta técnica legislativa, como se indicó, es propia del campo del Derecho Disciplinario, por la imposibilidad práctica de encuadrar en forma detallada y exhaustiva las posibles faltas de los



servidores públicos en el desempeño de sus funciones constitucionales y legales, por lo cual el legislador, en ejercicio de su potestad de configuración y con fundamento en particular en lo dispuesto en los Arts. 124 y 150, Num. 23, de la Constitución, en virtud de los cuales corresponde al Congreso de la República determinar “la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva” y “expedir las leyes que regirán el ejercicio de las funciones públicas”, obró con un criterio razonable y no quebrantó el principio de legalidad que forma parte integrante del principio del debido proceso, de conformidad con lo estatuido en el Art. 29 superior”.

Por su parte en la sentencia C-720 de 2006 señaló:

“El Congreso de la República, en ejercicio de la potestad de configuración legislativa, consideró entre las faltas gravísimas aquellas conductas realizadas *objetivamente* y que correspondan a una descripción típica consagrada como delito; es decir, “el juez disciplinario” deberá verificar que el comportamiento del procesado concuerde con la descripción prevista en la legislación penal, sin que las decisiones de la autoridad encargada de aplicar la norma que se examina estén condicionadas al pronunciamiento de una autoridad judicial.

(...)

2.1. Para la demandante la aplicación del numeral 1º del artículo 48 de la ley 734 de 2002, requiere la participación de una autoridad judicial quien calificaría si la conducta por la cual se ha iniciado el proceso corresponde a un delito. Esta forma de interpretar el precepto demandado no corresponde a lo establecido por el legislador, pues en él quedó previsto que se consideran faltas gravísimas aquellas que atiendan a los siguientes supuestos: i) Que se trate de una conducta objetivamente descrita por la ley como delito; ii) Que la misma conducta punible sea sancionable a título de dolo; y iii) Que la misma conducta se cometa en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo, o abusando del mismo.

Para la Sala es evidente que el Congreso de la República no condicionó la aplicación de la norma *sub examine* al trámite de un proceso penal y menos aún a la calificación que una autoridad judicial hiciera respecto del comportamiento causante del proceso disciplinario. La disposición atacada obliga al “juez disciplinario” a verificar en la legislación penal si la conducta que ha dado lugar al proceso está descrita objetivamente o tipificada, para posteriormente establecer dentro del proceso a su cargo si la misma conducta fue cometida con dolo o culpa, con el propósito de imponer la respectiva sanción atendiendo a lo dispuesto en el artículo 13 de la ley 734 de 2002 -Código Disciplinario Único-.

(...)

La posibilidad de que un servidor público o un particular, en los casos previstos en la ley, sean procesados penal y disciplinariamente por una misma conducta no implica violación al principio *non bis in idem*, pues, como lo ha explicado la Corte, se trata de dos juicios diferentes que buscan proteger bienes jurídicos diversos y que están encaminados, según exista mérito para ello, a imponer sanciones que se caracterizan por ser de naturaleza jurídica distinta”.

Con fundamento en las consideraciones precedentes, el Despacho concluye que el argumento de la defensa no está llamado a prosperar en la medida en que el presente proceso disciplinado no fue adelantado con la finalidad de determinar la legalidad del acta No. 50 del 21 de febrero de 2014 y mucho menos con el objetivo de asumir las competencias que en materia de impugnación de actas tienen los Jueces de la República, sino que lo fue para investigar si el señor ELEUBERTO MARTORELLO había o no incurrido en la falta disciplinaria prevista en el numeral



primero del artículo 55 de la ley 734 de 2002, tipo disciplinario que el Legislador en uso de su facultad de configuración legislativa incluyó como falta del régimen disciplinario de los particulares, facultando a la Procuraduría General de la Nación para su investigación y sanción.

3.4. Análisis de culpabilidad

En el pliego de cargos la conducta imputada al señor ELEUBERTO MARTORELLI en su condición de miembro de la Junta Directiva de la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., lo fue a título de DOLO, modalidad de imputación subjetiva que se confirma en sede de fallo con fundamento en las consideraciones que siguen.

Con base en el material probatorio incorporado al proceso, el cual fue analizado en el numeral 3.1., se demostró que el contenido original del acta No. 50 del 21 de febrero de 2014 corresponde al obrante a folios 246 a 249, circunstancia a partir de la cual se debe señalar en primer lugar, que el señor ELEUBERTO MARTORELLI estuvo presente en la reunión de la Junta de la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol realizada el día 21 de febrero de 2014, constando en esa acta no solo su asistencia sino también su firma como presidente de la Junta Directiva de la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S.

La anterior circunstancia permite a su vez tener por acreditado, que el señor ELEUBERTO MARTORELLI conocía que en la reunión de junta directiva del 21 de febrero de 2014 no se discutió ni aprobó la autorización para contratar a la firma Compañía Profesionales de Bolsa S.A.

Por su parte los correos electrónicos obrantes a folios 262 y siguientes demuestran los siguientes hechos relevantes para el tema de culpabilidad:

De los correos electrónicos del 26 y 27 de marzo de 2015 se concluye, que en el mes de marzo de 2015 el Secretario de la Junta Directiva y el Presidente de la misma y aquí disciplinado señor ELEUBERTO MARTORELLI, firmaron una primera acta falsa de la reunión que había tenido lugar más de un año atrás el 21 de febrero de 2014, cuyo contenido fue compartido en formato word al señor ALBERTO MARIÑO SAMPER.

Los correos electrónicos de marzo 30 y abril 6 de 2015, el primero remitido por el investigado ELEUBERTO MARTORELLI con destino a EDER PAOLO FERRACUTI y ALBERTO MARIÑO SAMPER y el segundo enviado por éste último a los señores ELEUBERTO MARTORELLI y EDER PAOLO FERRACUTI, acreditan que frente a la redacción planteada por el señor MARIÑO SAMPER, el señor MARTORELLI planteó una segunda redacción que fue aceptada por el señor MARIÑO SAMPER dando lugar a una segunda acta falsa, y se aclaró el asunto respecto de quiénes la aprobaron.

Las versiones falsas del acta de junta directiva correspondiente a la reunión del 21 de febrero de 2014, de las cuales dan cuenta los correos electrónicos citados, fueron



halladas en la visita especial que en la etapa de investigación disciplinaria practicó el Despacho a la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., y aparecen firmadas por el investigado ELEUBERTO MARTORELLI en su condición de miembro y presidente de la Junta Directiva correspondiendo su contenido con el mencionado en el cruce de correos electrónicos visibles a folio 262 y siguientes, como con profundidad se expuso en el numeral 3.1. del presente auto.

El análisis conjunto de los hechos probados permite concluir en grado de certeza, que el señor ELEUBERTO MARTORELLI actuó de manera DOLOSA por cuanto, empleando su posición de Presidente de la Junta Directiva y el poder societario que se derivaba de la participación accionaria de Odebrecht en la concesionaria lideró y logró que se tuviera como autorizado por la junta directiva, pero sin la conformidad de todos los socios, es decir solo por parte de ODEBRECHT, algo que no lo fue y frente a lo cual tenía junto con el representante legal pleno gobierno del riesgo y efectos derivados de esta contratación irregular, como se expresó en precedencia.

Así, conociendo que en la reunión e junta directiva del 21 de febrero de 2014 no se había discutido ni aprobado la autorización para contratar a la firma Compañía Profesionales de Bolsa, pues él estuvo presente en dicha reunión y firmó el acta original, en los meses de marzo y abril de 2015 con conciencia y voluntad firmó dos versiones falsas del acta No. 50 del 21 de febrero de 2014, fecha para las cuales el contrato esta firmado y venía siendo pagado por el representante legal de la concesionaria, además con la intención no solo de solventar la ausencia de autorización de la Junta Directiva para celebrar un contrato con la firma Compañía Profesionales de Bolsa cuyo costo total superaba la facultad de contratación directa del representante legal, sino también con la intención de justificar dicho contrato en la “poca experiencia que la sociedad tiene en el mercado financiero y el corto tiempo con el que cuenta para lograr el cierre financiero del Proyecto Ocaña – Gamarra posterior a la suscripción del otrosí 6”, para de esta manera hacer pasar dicha contratación como un costo o gasto real y necesario para la ejecución del contrato de concesión.

Sin embargo como se probó en el presente proceso disciplinario, al expediente se incorporó material documental que da cuenta que para los meses de septiembre de 2013 y abril, mayo, agosto, septiembre y diciembre de 2014, el señor EDER PAOLO FERRACUTI contrató a CORFICOLOMBIANA S.A., para la prestación de servicios de banca de inversión para el acompañamiento del proceso de evaluación de la viabilidad económica del proyecto Ocaña – Gamarra y posterior acompañamiento en la financiación del mismo proyecto, hecho que permite inferir que no existía una necesidad real de contratar a la firma Compañía Profesionales de Bolsa S.A, para la realización de actividades tendientes a la obtención del cierre financiero del proyecto Ocaña – Gamarra, ya que esos servicios estaban siendo prestados por CORFICOLOMBIANA (f. 407 y siguientes), circunstancia que era conocida por los miembros de la Junta Directiva de la Sociedad Concesionaria como se infiere de las versiones libres rendidas en la etapa de investigación disciplinaria por los señores MIGUEL EDUARDO VARGAS HERNÁNDEZ y OSCAR JAVIER HERNÁNDEZ GAONA, también miembros de la junta directiva.



Para el Depacho el argumento de defensa según el cual el señor MARTORELLI es una persona de nacionalidad extranjera, que ejercía un cargo privado, que no conocía la ley disciplinaria y no entendía estar sometido al régimen disciplinario, no tiene la condición de causal excluyente de culpabilidad, por las siguientes razones:

En primer lugar porque como lo señaló la Corte Constitucional en la sentencia C-651 de 1997, donde se declaró la constitucionalidad del artículo 9 del Código Civil según el cual: “La ignorancia de las leyes no sirve de excusa”:

“El deber de observar el comportamiento prescrito por las normas jurídicas o afrontar las consecuencias negativas que se siguen de su transgresión, es presupuesto de todo ordenamiento normativo, bien sea que se lo formule explícitamente, como en la norma que se analiza, o que se halle subyacente e implícito, como en los regímenes donde prevalece el derecho consuetudinario.

La necesidad fáctica de ese presupuesto se confunde con el carácter fatalmente heterónimo que ostentan las normas jurídicas, puesto que la convivencia ordenada (propósito justificativo del Estado), no es dable si los deberes jurídicos no son exigibles con independencia de las representaciones cognitivas y de los deseos de quienes conforman la comunidad política. En otros términos: la obediencia al derecho no puede dejarse a merced de la voluntad de cada uno, pues si así ocurriera, al mínimo de orden que es presupuesto de la convivencia comunitaria, se sustituiría la anarquía que la imposibilita.

(...)

a) Presunción de inocencia (art. 29). El sentido de dicha presunción es éste: Si a una persona se le imputa una conducta jurídicamente ilícita, quien hace la imputación es quien debe probarla. Ahora bien: el artículo 9 demandado no releva de esa prueba. Lo que establece es algo bien distinto: que **si a una persona se le atribuye una conducta ilícita y se prueba que en realidad la observó, no es admisible la excusa de que ignoraba la norma que hace ilícita la conducta**. Cosa bien distinta es que el agente haya incurrido en la hipótesis de la conducta ilícita sin que le haya sido dado evitarla (conozca o no la norma que contempla el supuesto). Se trataría allí de un caso fortuito o de una fuerza mayor, perfectamente diferenciables de la ignorancia de la ley, y con efectos jurídicos significativamente distintos.

b) Presunción de buena fe. Lo que dispone el artículo 83 de la Constitución, es que en las actuaciones de los particulares ante las autoridades públicas, se presume que aquéllos no actúan movidos por propósitos de engaño o dolo, y que si alguien asevera que es ése el caso, debe probar su aserto. Tan próxima se encuentra esta presunción a la de inocencia que son virtualmente inescindibles. Por tanto es pertinente, con respecto a ella, el argumento anteriormente expuesto, a saber: que **si alguien aduce que ignoraba que su conducta torticera fuera censurada por el derecho, la eficacia de tal argumento está jurídicamente descartada**.

En segunda medida porque la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., de la cual el señor EDER PAOLO FERRACUTI era su representante legal, tenía un objeto social circunscrito de manera específica a la suscripción y ejecución del contrato de concesión correspondiente al sector 2 de la ruta del sol, lo cual le imponía la obligación de conocer la normatividad relacionada con su celebración y ejecución, así como la referente a la responsabilidad que de dicha celebración y ejecución podía derivarse, dentro de ésta, la responsabilidad disciplinaria.



“ART. 4 – OBJETO SOCIAL: El objeto social principal de la Sociedad Concesionaria es: (i) La suscripción y ejecución del Contrato de Concesión correspondiente al Sector 2, que le sea adjudicado a CRS. El objeto de la sociedad será ejecutado y cumplido en los términos y condiciones establecidos en los pliegos de condiciones de la licitación pública No. SEA-LP-001-2009 y aquellos establecidos en el contrato de concesión que para el efecto se suscriba”.

Porque el propio contrato de concesión No. 001 de 2010 celebrado por la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., prescribía que el contrato y su ejecución se regían por la ley vigente en la República de Colombia y por las normas complementarias y concordantes, lo cual le imponía al disciplinado el deber de conocer dicha normatividad, dentro de la cual se encontraba, el régimen disciplinario de los particulares de cumplen funciones públicas o administran recusos de naturaleza pública:

“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**”.

3.5. Análisis de ilicitud sustancial

Frente al elemento de la ilicitud sustancial, el Dr. GUSTAVO QUINTERO NAVAS manifestó, que no era viable para el Despacho proferir pliego de cargos con base en suposiciones, figuraciones o imaginaciones sobre la ilicitud sustancial y acudir a “teorías exóticas sobre manejo de recursos públicos y ejercicio de la función pública, en contravía del ordenamiento jurídico y lo probado en el proceso, para derivar en particulares una impropia responsabilidad disciplinaria”.

Para el Despacho en vez de suposiciones o figuraciones, lo que hace el material probatorio incorporado y analizado a lo largo del presente fallo, es demostrar con certeza que la conducta imputada y probada al señor ELEUBERTO MARTORELLI implicó la violación de los deberes funcionales que tenía a su cargo como miembro principal de la Junta Directiva y por lo tanto, administrador de la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., y atentó contra los fines que el Estado buscó satisfacer a través del contrato de concesión No. 001 de 2010, resultando sustancialmente ilícita.

La ilicitud sustancial en materia disciplinaria, aparece regulada en el artículo 5 de la ley 734 de 2002 según el cual: “La falta será antijurídica cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna” y fue abordada jurisprudencialmente por la Corte Constitucional en la Sentencia C- 948 de 2002 que sobre éste elemento de la responsabilidad disciplinaria señaló:

“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 antijuricidad 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 antijuricidad de la conducta**".

Como en el acápite 3.1. del presente fallo se estudió y desarrolló lo relacionado con los deberes funcionales que como administrador societario tenía el disciplinado y que resultaron vulnerados con la conducta a él imputada y probada, en lo que a éste tópico respecta el Despacho remite a lo considerado en el citado numeral, procediendo a continuación a exponer de qué manera la conducta del disciplinado afectó los fines estatales comprometidos en el contrato de concesión No. 001 de 2010 y el principio de moralidad.

El señor ELEUBERTO MARTORELLI como presidente de la Junta Directiva de la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., que era una persona jurídica constituida con un único fin, circunscrito a partir de su objeto social⁷⁵ a la firma y ejecución del contrato de concesión "en los términos y condiciones establecidos en los pliegos de condiciones de la licitación pública No. SEA-LP-001-2009 y aquellos establecidos en el contrato de concesión que para el efecto se suscriba", sabía que a través del contrato concesión No. 001 de 2010 el Estado Colombiano buscaba el cumplimiento de sus fines y que con ocasión de dicho de contrato, la Sociedad Concesionaria de la cual él era administrador, se constituía en un colaborador del Estado Colombiano para el logro de los fines a cargo de éste último (Art. 3 ley 80 de 1993⁷⁶), debiendo obrar la sociedad contratista con lealtad y buena fe en las distintas etapas contractuales, incluida por su puesto, la etapa de ejecución (Art. 5 ley 80 de 1993⁷⁷).

⁷⁵ ART. 4 – OBJETO SOCIAL: El objeto social principal de la Sociedad Concesionaria es: (i) La suscripción y ejecución del Contrato de Concesión correspondiente al Sector 2, que le asa adjudicado a CRS. El objeto de la sociedad será ejecutado y cumplido en los términos y condiciones establecidos en los pliegos de condiciones de la licitación pública No. SEA-LP-001-2009 y aquellos establecidos en el contrato de concesión que para el efecto se suscriba.

⁷⁶ "Artículo 3 ley 80 de 1993. De los fines de la contratación estatal. Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines.

Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones.

⁷⁷ Artículo 5 ley 80 de 1993. De los derechos y deberes de los contratistas. Para la realización de los fines de que trata el artículo 3 de esta ley, los contratistas: (...) 2. Colaborarán con las entidades contratantes en lo que sea necesario para que el objeto contratado se cumpla y que éste sea de la mejor calidad; acatarán las órdenes que durante el desarrollo del contrato ellas les impartan y, de manera general, obrarán con lealtad y buena fe en las distintas etapas contractuales, evitando las dilaciones y entramientos que pudieran presentarse".



Siendo el objeto del contrato de concesión No. 001 de enero 14 de 2010, “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”, correspondiente al corredor vial ubicado entre Puerto Salgar y San Roque con una extensión de 528 kilómetros, es claro que a través del mismo el Estado pretendía realizar los fines constitucionales de servir a la comunidad y promover la prosperidad general (Art. 2 Constitución Política⁷⁸) y que para la materialización de aquellos, acudió a la celebración de un contrato estatal de concesión para la construcción, mejoramiento y operación de la infraestructura de transporte correspondiente al sector 2 concesionado, infraestructura que como lo señala el artículo 12 de ley 105 de 1993: “cumple la función básica de integración de las principales zonas de producción y de consumo del país, y de éste con los demás países”, destinando además cuantiosos recursos de naturaleza pública para su ejecución.

Para el Despacho en sede de fallo, la conducta imputada y probada al señor MARTORELLI, afectó los fines estatales comprometidos en el contrato de concesión No. 001 de 2010, -servir a la comunidad y promover la prosperidad general a través de la construcción, mejoramiento y operación de la infraestructura de transporte correspondiente al sector 2 concesionado-, así como el principio de moralidad, pues con su actuar no solo quebrantó el marco legal, contractual y estatutario que lo sujetaba como administrador de la concesionaria a una proba y debida administración de los recursos públicos para los fines estatales derivados de la concesión pública, sino que terminó favoreciéndose irregularmente a un tercero, Comisionistas de Bolsa, quien recibió el pago de dicho contrato, sin existir evidencias de su cumplimiento y que además versaba sobre actividades de asesoría financiera que estaban siendo prestadas por Corficolombiana y que por lo tanto podían implicar el uso de recursos públicos de manera ineficiente o para costos irreales o falsos, procedió un año después a elaborar y firmar dos versiones falsas del acta No. 50 correspondiente a la reunión de junta directiva realizada el 21 de febrero de 2014, con el fin no solo de dar visos de legalidad al contrato celebrado el 27 de marzo de 2014 con la firma Compañía Profesionales de Bolsa S.A., sino también para justificar la necesidad de contratar a la mencionada firma mostrando dicha contratación como un costo o gasto necesario y real para la ejecución del contrato de concesión, lo que además resultó falso porque dicho contrato se pagó pero no se cumplió, conclusión a la que se llega al no existir evidencias materiales de su ejecución.

⁷⁸ Artículo 2 Constitución Política. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.



Si el disciplinado hubiera actuado como le correspondía, hubiera evitado el pago a profesionales de Bolsa correspondiente a la factura de venta No. 55072 del 11 de mayo de 2015 cuyo valor total era de \$1.456.960.000 y que descontado el IVA significó un pago efectivo de \$1.276.523.040 realizado el día 14 de mayo de 2015 un poco más de un mes después del cruce de correos electrónicos que tuvo lugar a finales de marzo y comienzos de abril de 2015. (f. 1086 y 1087 anverso). Empero, si se había suscrito y pagado violando los estatutos y la ley, no podía a juicio del Despacho esperarse de una conducta diferente por parte del Presidente de la Junta Directiva del concesionario

En las 2 versiones falsas del acta No. 50 del 21 de febrero de 2014, el señor ELEUBERTO MARTORELLI buscó justificar la contratación de la firma Compañía Profesionales de Bolsa S.A por parte del representante legal de la Concesionaria, en la “poca experiencia que la sociedad tiene en el mercado financiero y el corto tiempo con el que cuenta para lograr el cierre financiero del Proyecto Ocaña – Gamarra posterior a la suscripción del otrosí 6”, para de esta manera hacer pasar dicha contratación como un costo o gasto real y necesario para la ejecución del contrato de concesión No. 001 de 2010.

Sin embargo, como se probó en el presente proceso disciplinario, al expediente se incorporó material documental que da cuenta que el contrato celebrado con la firma Compañía Profesionales de Bolsa S.A., que fue pagado con recursos públicos correspondientes al recaudo de peajes, fue un contrato falso celebrado a sabiendas que su objeto no iba a ser cumplido aunque sí pagado y que no existía una necesidad real de contratar a la firma Compañía Profesionales de Bolsa S.A, para la realización de actividades tendientes a la obtención del cierre financiero del proyecto Ocaña – Gamarra, ya que esos servicios estaban siendo prestados por CORFICOLOMBIANA, circunstancia que ésta que era conocida como presidente de la Junta Directiva de la Sociedad Concesionaria y que en tal condición tuvo el gobierno del bilateral y de los riesgos que se desprendían del mismo.

De otra parte, es también afectación a la moralidad administrativa la defraudación de la confianza pública cuando un particular concesionario del Estado utiliza el contrato de concesión para defraudar la buena fe mercantil, el desvió de recursos del Estado y el favorecimiento indebido de terceros, finalidad espúrea y ajena a todo pilar de transparencia que rige la forma como los particulares deben administrar los recursos del Estado y dar cumplimiento como concesionarios a las estipulaciones contractuales.

Las consideraciones precedentes permiten concluir en sede de fallo, que la conducta imputada y probada al señor ELEUBERTO MARTORELLI en su condición de miembro principal de la Junta Directiva, no solo implicó la violación de los deberes funcionales a su cargo analizados en el numeral 3.1., sino que además tuvo una relación directa con la ejecución del contrato de concesión No. 001 de 2010, al pretenderse a través de las actas falsas por él realizadas y firmadas, justificar la necesidad de contratar a la firma Compañía Profesionales de Bolsa S.A., mostrando dicha dicha contratación como un costo o gasto necesario y real para la ejecución del contrato de concesión, lo cual no correspondía con la realidad, poniendo en peligro



los fines que el Estado pretendía realizar a través del contrato de concesión para cuyo efecto se requería que los recursos públicos destinados para su ejecución fueran utilizados al pago de costos y gastos necesarios y reales, poniendo en peligro además el principio de moralidad administrativa que tiene como uno de sus componentes, al derecho colectivo al patrimonio público, tópico sobre el cual el Consejo de Estado en sentencia del 8 de junio de 2011 correspondiente al radicado 25000-23-26-000-2005-01330-01(AP) señaló:

“El derecho colectivo al patrimonio público alude no solo a “la eficiencia y transparencia en el manejo y administración de los recursos públicos sino también a la utilización de los mismos de acuerdo con su objeto y, en especial, con la finalidad social del Estado”⁷⁹. En tal virtud, si el funcionario público o el particular administraron indebidamente recursos públicos, bien “porque lo hizo en forma negligente o ineficiente, o porque los destinó a gastos diferentes a los expresamente señalados en las normas, afectaron el patrimonio público”⁸⁰.

Y en sentencia del 6 de septiembre de 2011 correspondiente al radicado AP – 163 de 2001, consideró:

“En el caso concreto, la administración ha desconocido el principio orientador de la función administrativa de la moralidad y vulneró el derecho colectivo del adecuado manejo del patrimonio público, por cuanto omitió en el ejercicio de sus funciones, el deber de administrar y aplicar debidamente los recursos públicos, más aún cuando estos tienen destinación específica y por ende no pueden sustraerse del rubro presupuestal asignado para darles otro destino...”.

3.6. Calificación definitiva de la falta

Partiendo de la definición de falta disciplinaria establecida en el artículo 23 de la ley 734 de 2002⁸¹, de la norma en la cual se tipificó el comportamiento reprochado en el cargo único formulado al disciplinado y de la modalidad de imputación subjetiva (DOLO), el Despacho califica la conducta materia de cargos como GRAVÍSIMA por estar así definida en el artículo 55 de la ley 734 de 2002, según el cual para los sujetos disciplinables por el régimen de los particulares es falta gravísima:

⁷⁹ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 13 de febrero de 2006. Exp. AP - 1594 de 2001.

⁸⁰ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 6 de septiembre de 2001. Exp. AP – 163 de 2001. C.P.: Jesús María Carrillo Ballesteros.

⁸¹ Artículo 23. La falta disciplinaria. Constituye falta disciplinaria, y por lo tanto da lugar a la acción e imposición de la sanción correspondiente, la incursión en cualquiera de las conductas o comportamientos previstos en este código que conlleve incumplimiento de deberes, extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones, prohibiciones y violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses, sin estar amparado por cualquiera de las causales de exclusión de responsabilidad contempladas en el artículo 28 del presente ordenamiento.



1. Realizar una conducta tipificada objetivamente en la ley como delito sancionable a título de dolo, por razón o con ocasión de las funciones.

3.7. Graduación de la sanción

Las sanciones y sus criterios de graduación en el régimen de los particulares están contenidos en los artículos 56 y 57 de la ley 734 de 2002:

Artículo 56. Sanción. Los particulares destinatarios de la ley disciplinaria estarán sometidos a las siguientes sanciones principales:

Multa de diez a cien salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de la comisión del hecho y, concurrentemente según la gravedad de la falta, inhabilidad para ejercer empleo público, función pública, prestar servicios a cargo del Estado, o contratar con este de uno a veinte años. Cuando la conducta disciplinable implique detrimento del patrimonio público, la sanción patrimonial será igual al doble del detrimento patrimonial sufrido por el Estado.

Cuando la prestación del servicio sea permanente y la vinculación provenga de nombramiento oficial, será de destitución e inhabilidad de uno a veinte años.

Artículo 57. Criterios para la graduación de la sanción. Además de los criterios para la graduación de la sanción consagrados para los servidores públicos, respecto de los destinatarios de la ley disciplinaria de que trata este libro, se tendrán en cuenta el resarcimiento del perjuicio causado, la situación económica del sancionado, y la cuantía de la remuneración percibida por el servicio prestado.

En relación con los parámetros de determinación de las sanciones aplicables bajo el régimen que para los particulares estableció la ley 734 de 2002, la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación en fallo de segunda instancia de octubre 17 de 2013 proferido dentro del radicado No. 161 – 5319 (IUS 2007-120862) consideró lo siguiente:

“Para la Sala Disciplinaria, precisamente en aplicación del principio de proporcionalidad que reclama el señor (...), la sanción de multa e inhabilidad general debe ser objeto de graduación por parte del operador jurídico conforme a los criterios establecidos por el legislador en el artículo 57 en consonancia con el artículo 43 de la Ley 734 de 2002, pero la dosificación debe hacerse dentro del rango o límite de cada una de estas especies, esto es, la multa de 10 a 100 salarios mínimos mensuales legales y si afecta el patrimonio del Estado deberá ser el doble del daño patrimonial causado, y la inhabilidad será de uno a veinte años.

Pues bien, de conformidad con el principio de legalidad que implica que los servidores públicos y los particulares que ejerzan función pública sólo serán investigados y sancionados por comportamientos descritos como falta disciplinaria en la ley vigente al momento de su realización, también significa que las sanciones deben fijarse exclusivamente por el legislador, quien establece los límites correspondientes, y bien puede, bajo el margen de configuración normativa, señalar que la sanción de multa concorra con la inhabilidad general, como lo dispone el artículo 56 del CDU, conforme a la finalidad preventiva y correctiva de la sanción.

En estas condiciones, al momento de aplicar la sanción el operador jurídico en el caso concreto sólo puede moverse dentro de los límites máximos y mínimos que previamente ha establecido el legislador, pues *motu proprio* no puede crear nuevos criterios de graduación o imponer sanciones diferentes a las ya establecidas o por fuera del margen legal”.



Partiendo de las normas citadas y de la doctrina fijada por la Sala Disciplinaria en el fallo previamente citado, el Despacho procederá a determinar la sanción aplicable al señor ELEUBERTO MARTORELLI, quien con el cargo probado incurrió en la falta disciplinaria gravísima tipificada en el numeral 1 del artículo 55 de la ley 734 de 2002.

De la lectura del artículo 56 se extrae que las sanciones establecidas por el Legislador son la multa y concurrentemente la inhabilidad para ejercer empleo público, función pública, prestar servicios a cargo del Estado o contratar con éste de 1 a 20 años.

En el caso de la multa el Legislador estableció los siguientes parámetros: cuando la conducta sancionada no implique detrimento al patrimonio público, aquella se tasaré entre 10 y 100 salarios mínimos, concurrentemente según la gravedad de la falta y aplicando los criterios fijados en el artículo 47 del CDU y los tres específicos previstos en el artículo 57 y cuando conlleve detrimento al patrimonio público “será igual al doble del detrimento patrimonial sufrido por el Estado”.

Para el caso de la inhabilidad el Legislador previó que según la gravedad de la falta, ésta se tasaré entre 1 y 20 años, siendo aplicables los criterios de graduación de la sanción “consagrados para los servidores públicos” que no son otros que los establecidos en el artículo 47 del CDU.

Teniendo en cuenta que con la conducta imputada y probada al señor ELEUBERTO MARTORELLI correspondió a la realización de un comportamiento tipificado en la ley colombiana como delito de falsedad en documento privado empero que de acuerdo a la forma como se expresó la conducta del investigado conllevó un detrimento patrimonial, habrá de aplicarse dicho criterio legal para tasarla.

Así las cosas, dado que la conducta imputada y probada al señor ELEUBERTO MARTORELLI generó un detrimento patrimonial, al manifestar como Presidente y representante del accionista mayoritario esta contratación – como él mismo lo precisó en la redacción espúrea acordada con MARIÑO SAMPER-, contratación de Comisionistas de Bolsa que por demás no tuvo consenso respecto de los socios diferentes a Odebrecht – y que terminó con el enriquecimiento indebido por un tercero, la sanción de MULTA será de DIECISEIS MIL SETECIENTOS CINCUENTA Y SEIS MILLONES DE PESOS (\$16.756.000.000), valor correspondiente al doble del valor neto⁸² que se autorizó pagar por parte de la Concesionaria a la firma Compañía Profesionales de Bolsa S.A., el cual fue pagado con cargo a recursos públicos correspondientes al recaudo de peajes, de los cuales se apropió la firma contratista.

⁸² \$8.378.000.000



La multa no se tasará en el doble del valor bruto que autorizó pagar (\$9.467.270.400) ya que éste valor incluía el IVA, impuesto del orden nacional cuyo monto se giró al Estado y no corresponde al contratista.

Esta multa de conformidad con el artículo 173 de la ley 734 de 2002 deberá ser cancelada a favor del Tesoro Nacional⁸³.

La sanción de inhabilidad para ejercer empleo público, función pública, prestar servicios a cargo del Estado, o contratar con este, se determinará teniendo en cuenta los criterios fijados por el artículo 47 del CDU, pues si bien es cierto que el artículo 57 del CDU prevé como criterios para la graduación de la sanción, el resarcimiento del perjuicio causado, la situación económica del sancionado y la cuantía de la remuneración percibida por el servicio prestado, el primero de los mencionados también fue regulado por el artículo 47 ibídem, y los dos restantes son aplicables a la graduación de la multa a imponer.

Así, en el caso del señor ELEUBERTO MARTORELLI el Despacho observa que como criterios atenuantes de la sanción a imponer confluyen los siguientes: no existe evidencia de que hubiera sido sancionado fiscal o disciplinariamente dentro de los cinco años anteriores a la comisión de la conducta que se investigó.

Como criterios agravantes de la sanción a imponer el Despacho halló los siguientes junto a la gravedad de la falta probada: se probó que el disciplinado no observó la diligencia que su cargo demandaba por incurrir en actos de corrupción en detrimento de los recursos e intereses públicos por él gestionados; pertenecía al nivel Directivo de Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S al ser el Presidente de la Junta Directiva de aquélla; tenía conocimiento de la ilicitud de su conducta como se analizó en el acápite de culpabilidad; y su conducta generó un daño social por haber adelantado una conducta defraudatoria de la confianza y buena fe pública que terminó en el detrimento de las arcas públicas y el enriquecimiento de un tercero.

Así, en el caso del señor ELEUBERTO MARTORELLI el Despacho observa que confluendo 1 atenuante y 4 factores agravantes, sumado a la gravedad de la falta, la sanción a imponer será INHABILIDAD POR EL TÉRMINO DE 20 AÑOS para ejercer empleo público, función pública, prestar servicios a cargo del Estado o contratar con éste.

⁸³ **Artículo 173 ley 734 de 2002. Pago y plazo de la multa.** "... Si el sancionado fuere un particular, deberá cancelar la multa a favor del Tesoro Nacional, dentro de los treinta días siguientes a la ejecutoria de la decisión que la impuso, y presentar la constancia de dicho pago a la Procuraduría General de la Nación".



4. CONSIDERACIONES FRENTE AL DISCIPLINADO ALBERTO MARIÑO SAMPER

4.1. Lo probado en el proceso

Para el Despacho el material probatorio incorporado al expediente acredita con certeza, que el señor ALBERTO MARIÑO SAMPER identificado con la cédula de ciudadanía No. 19.240.702, quien de conformidad con el acta No. 04 de la Asamblea General de Accionistas de la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S, fue designado como miembro principal de la Junta Directiva de esa sociedad el día 17 de agosto de 2010, en los meses de marzo y abril del año 2015 se puso de acuerdo con el señor ELEUBERTO MARTORELLI, también miembro principal de la Junta Directiva, para alterar el contenido del acta de la reunión de Junta Directiva del 21 de febrero de 2014, sugiriendo una redacción según la cual la contratación de la Compañía Profesionales de Bolsa S.A., había sido una decisión de la mayoría de la Junta con la cual no habrían estado de acuerdo los representantes de Episol: “y considerando que no hubo unanimidad por todos los socios..”; y llegando a un acuerdo final con el señor ELEUBERTO MARTORELLI en el sentido de incluir como tema aprobado, no por unanimidad, sino por mayoría de la Junta – no así de los accionistas-, la contratación de la Compañía Profesionales de Bolsa S.A., para que brindara asesoría encaminada a presentar alternativas de financiación y prestara apoyo a la Banca de inversión Corficolombiana en el cierre financiero del Proyecto Ocaña – Gamarra, sentido en el cual fue firmada un acta falsa por el señor ELEUBERTO MARTORELLI como presidente de la Junta Directiva de la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S.

A continuación el Despacho argumentará por qué en sede de fallo se concluye que el señor ALBERTO MARIÑO SAMPER miembro principal de la Junta Directiva de la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., participó en la adulteración de un acta de junta directiva de esa Sociedad Concesionaria, se expondrá la relación que ésta conducta pudo tener frente a la administración de recursos públicos asumida por la Sociedad Concesionaria con ocasión del contrato de concesión No. 001 de 2010 si se vulneraron los deberes funcionales por parte del señor MARIÑO SAMPER en su condición de miembro de la Junta Directiva del concesionario Ruta del Sol II, advirtiendo que para el momento en que éste incurrió en la conducta presuntamente irregular, el contrato espúreo ya había sido firmado, se venía pagando y que sobre estos hechos el representante legal y el presidente de la Junta Directiva, como directivos de Odebrecht en Colombia y respecto de esa concesionaria tenían el control y riesgos derivados de dicha contratación, no solo por la composición mayoritaria de la multinacional en el concesionario Ruta del Sol II, sino respecto de la forma como se dio y ejecutó dicha contratación y se expresó por parte de los gestores del ardid al final la voluntad ficta que quedó plasmada: “no hubo unanimidad de todos los socios, la Junta aprobó por mayoría la contratación de dicha firma”.



En el expediente obra material documental que demuestra que el señor ALBERTO MARIÑO SAMPER miembro principal de la Junta Directiva participó en la adulteración del contenido del acta No. 50 del 21 de febrero de 2014

Al analizar las tres versiones de actas de junta directiva que obran en el proceso y que tienen por número “50” y por fecha “21 de febrero de 2014”, de manera conjunta con el cruce de correos electrónicos que en los meses de marzo y abril de 2015 sostuvieron los señores ELEUBERTO MARTORELLI, LUIS ERNESTO PÉREZ DURÁN y ALBERTO MARIÑO SAMPER y con las versiones libres recibidas en la etapa de investigación disciplinaria, se concluye con certeza que el acta original que de manera fidedigna daba cuenta de los temas tratados y aprobados en la reunión de Junta Directiva de 21 de febrero de 2014, es la que reposa entre folios 246 y 249 firmada por ELEUBERTO MARTORELI y LUIS ERNESTO PÉREZ DURAN, que en el numeral 3 correspondiente a ítems de aprobación señala lo siguiente:

“Aprobación para la Suscripción del Otrosí No. 06 al Contrato de Concesión:

“Conforme lo expuesto en el punto referente al Informe Ocaña Gamarra y con base en el texto recibido por parte de la ANI, el presidente solicitó a la Junta Aprobación para la suscripción del Otrosí No. 6 correspondiente a la Construcción del Proyecto Ocaña – Gamarra, una vez revisado y explicado el texto por parte del Presidente a los Miembros de Junta, estos de manera unánime aprobaron la suscripción del Otrosí No. 6 al Contrato de Concesión”.

“Lectura y Aprobación del Acta de Junta.

“El secretario de la Junta Directiva procedió a hacer la lectura del Acta No. 49 correspondiente a la reunión ordinaria de la junta del día 31 de Enero del año 2014, la cual fue aprobada de manera unánime, por parte de todos los Miembros que asistieron a la reunión.

“No habiendo más asuntos que tratar, se hace un breve receso con el fin de elaborar el acta de la reunión, la cual es leída y aprobada por unanimidad por la Junta Directiva y como constancia de ese hecho, se suscribe por el secretario y en prueba de visto bueno, por el Presidente de la Junta Directiva”.

El señor OSCAR JAVIER HERNÁNDEZ GAONA miembro de la Junta Directiva de la Sociedad Concesionaria Ruta de Sol S.A.S., en la versión libre por él rendida en la etapa de investigación disciplinaria manifestó que participó en la reunión llevada a cabo el 21 de febrero de 2014 y que en dicha reunión no se discutió ni se aprobó la autorización para contratar a la firma Compañía Profesionales de Bolsa S.A, y al comparar las diferentes versiones de actas incorporadas al proceso, manifestó que el acta original y que dio cuenta de lo que se discutió en esa sesión de junta directiva número 50 es la que figura entre folios 246 y 249, en la cual no se hace ninguna mención al tema de profesionales de bolsa:

“PREGUNTADO: Recuerda usted si en esa reunión del 21 de febrero de 2014 se discutió la necesidad de contratar a un especialista financiero que brindara apoyo a la banca de inversión para efectos del cierre financiero del proyecto Ocaña – Gamarra CONTESTÓ: Lo recuerdo y no fue discutido”.

(...)



“PREGUNTADO: tiene usted conocimiento de la existencia de dos actas de junta directa que dan cuenta de lo que habría sido la reunión de febrero 21 de 2014 CONTESTÓ: Con posterioridad tuve conocimiento de la existencia de versiones diferentes a la versión que originalmente yo había conocido PREGUNTADO: Tuvo usted oportunidad de contrastar esas dos versiones que usted manifiesta CONTESTÓ: Sí, al comparar cuando las recibí, pero ya mucho tiempo después lo que pude evidenciar es que habían incluido este tema de profesionales de bolsa PREGUNTADO: voy a ponerle de presente dos actas que se encuentran en el expediente para que usted informe al despacho, se puede tomar el tiempo que a bien tenga para su lectura y revisión, cuál de las dos actas que le voy a poner de presente, corresponde a aquella que da cuenta de la reunión en la que usted estuvo, la primera acta, la primera versión de acta reposa a folios 246 a 249 y la segunda en los folios 258 a 261, por favor para que las lea e informe al despacho CONTESTÓ: la que yo conozco o conocí en su momento como acta original y que dio cuenta de lo que se discutió en esa sesión de junta directiva número 50 es la que reposa entre folios 246 y 249, particularmente lo que está en el punto 3 ítems de aprobación y que habla de aprobación para la suscripción del otro sí número 6 al contrato de concesión. Allí no se hace ninguna mención al tema de profesionales de bolsa. La otra que usted me indica que está entre los folios 258 y 261 en el mismo ítem de aprobación aparece una aprobación de contrato de asesoría financiera entre los folios 260 y 261 que no fue tratada en esa sesión”.

El señor MIGUEL EDUARDO VARGAS HERNÁNDEZ miembro suplente de la Junta Directiva de la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol, manifestó en la versión libre por él rendida en la etapa de investigación disciplinaria:

“PREGUNTADO: usted participó en la reunión de Junta Directiva del día 21 de febrero del año 2014 CONTESTÓ: pues no tengo digamos el recuerdo así vivo de haber estado en esa junta pero pues como yo asistí a algunas de esas reuniones probablemente sí asistí.

(...)

PREGUNTADO: Recuerda usted si en alguna de las reuniones en las que estuvo presente como miembro suplente de la junta directiva de la concesionaria ruta de sol, se discutió la necesidad de contratar un especialista financiero que brindara apoyo a la banca de inversión de CORFICOLOMBIANA para el cierre financiero del proyecto Ocaña - Gamarra CONTESTÓ: No, en las reuniones que yo asistí no recuerdo se escuchara discutir esa tema, de hecho el liderazgo digamos de la banca de inversión era claro desde el inicio que era a través de CORFICOLOMBIANA y CORFICOLOMBIANA tenía las calidades para hacer digamos todas las asesorías financieras como fue desde el inicio incluso del nacimiento del contrato y así se mantuvo durante todo digamos el momento...”.

El señor GUSTAVO ANTONIO RAMÍREZ GALINDO miembro principal de la Junta Directiva de la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., manifestó:

“...PREGUNTADO: voy a ponerle de presente las dos actas que se encuentran incorporadas hasta la fecha al expediente relacionadas con esa reunión de junta directiva del día 21 de febrero de 2014, para que quede constancia en el audio voy a ponerle de presente una primera acta que figura a folios 246 a 249 y una segunda acta que obra a folios 258 a 261, le voy a pedir el favor de que se tome el tiempo que considere necesario para leer una y otra acta, con el fin de que informe al Despacho, cuál de esas dos corresponde a la que fue aprobada por usted en la reunión en la que participó en esa misma fecha CONTESTÓ: la que se aprobó fue la primera que aparece aquí en el folio 246 a 249 firmada por ELEUBERTO MARTORELLI y LUIS ERNESTO PÉREZ en donde efectivamente el tema de profesionales de bolsa no se trató (...) en la otra acta que está en los folios 258 a 261 en principio todo lo demás es igual, excepto que el folio 260 y 261 aparece como ítem de aprobación uno que no



estaba en la otra que es aprobación de contratación de asesoría financieras, esa es la parte que digamos se introdujo ahí que no se aprobó en el acta original”.

Lo dicho en las anteriores versiones en lo atinente a la no discusión ni aprobación en la reunión de junta directiva del 21 de febrero de 2014, de la autorización para contratar a la firma Compañía Profesionales de Bolsa, aparece corroborado de tres maneras:

De un lado por el escrito de descargos del Dr. URIEL AMAYA apoderado del señor MARIÑO SAMPER, quien afirmó que su cliente participó en la reunión del 21 de febrero de 2014 y reconoció que en dicha sesión solo se aprobó la suscripción del Otro sí Ocaña – Gamarra, más no la autorización para contratar a la firma Compañía Profesionales de Bolsa. En sus descargos se lee:

“Conforme a los elementos iniciales descritos, y entrando ya particularmente en el objeto de la presente investigación, el 21 de febrero de 2014 sesionó la Junta Directiva de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. En dicha oportunidad asistieron tres miembros principales con derecho a voto (Euleuberto Martorelli, Gustavo Ramírez y Alberto Mariño -mi defendido-), dos miembros suplentes (Óscar Hernández y Miguel Vargas) y cinco invitados (Felipe Cabral, Mauricio Millán, Marcelo Piller, Ricardo Paredes, Karen Tovar).

(...)

En dicha sesión únicamente se aprobó lo siguiente, tal como consta en el Acta No. 50:

“Conforme a lo expuesto en el punto referente al informe Ocaña Gamarra y con base en el texto recibido por parte de la ANI, el Presidente solicitó a la Junta Aprobación para la Suscripción del Otrosí No 6 correspondiente a la construcción del proyecto Ocaña-Gamarra, una vez revisado y explicado el texto por parte del Presidente a los miembros de Junta, éstos de manera unánime aprobaron la suscripción del Otrosí No 6 al Contrato de Concesión”.

De otro, por la copia de la denuncia penal presentada por el señor ALBERTO MARIÑO SAMPER ante la Fiscalía General de la Nación el 18 de enero de 2019, la cual fue aportada por el Dr. AMAYA OLAYA con su escrito de descargos. En la denuncia firmada por el disciplinado se consignó lo siguiente:

“1. El 21 de febrero de 2014 sesionó la Junta Directiva de la sociedad CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. A ella asistimos tres miembros principales con derecho voto (Eleuberto Martorelli, Gustavo Ramírez y yo Alberto Mariño) dos suplentes (Oscar Hernández y Miguel Vargas) y cinco invitados (Felipe Cabral, Mauricio Millán, Marcelo Piller, Ricardo Paredes, Karen Tovar).

“2. La única decisión que se tomó por parte de la Junta Directiva ese día fue la aprobar la suscripción del Otro sí No. 6 al Contrato de Concesión”.

Y en tercer lugar por la prueba documental obrante a folio 262 y siguientes en donde reposa copia de los correos electrónicos que en los meses de marzo y abril de 2015 se cruzaron los señores ELEUBERTO MARTORELLI, LUIS ERNESTO PÉREZ DURÁN y ALBERTO MARIÑO SAMPER, los cuales dan cuenta de la intención que en el año 2015 tenían de adulterar el contenido del acta No. 50 original para incluir a solicitud de Odebrecht en cabeza del presidente de la Junta, en versiones falsas,



como tema aprobado, la autorización para contratar a la firma Compañía Profesionales de Bolsa S.A., tema que no había tratado ni aprobado en la reunión del 21 de febrero de 2014, y frente al cual, como se expresó en los correos electrónicos: los representantes de EPISOL manifestaron su inconformidad, asunto que a la postre quedó en el acta espúrea redactado así:

“Una vez explicado por parte del Miembro de la Junta representante del socio mayoritario las condiciones y calidades del servicio, y la experiencia de la firma presentada en el campo financiero del país, y considerando que no hubo unanimidad por todos los socios, la Junta aprobó por mayoría la contratación de dicha firma” (f. 263).

Paradójica la redacción acordada entre MARTORELLI y MARIÑO SÁMPER ya que con ello quedaba claro que:

Primero, no hay unanimidad y concenso entre los socios respecto de la contratación de Profesionales de Bolsa, si el tema quedó aprobado lo fue en consecuencia por el socio mayoritario, Odebrecht, asunto que se plasmó en el voto de la mayoría de los miembros de la Junta, que no serían otros sino MARTORELI y MARIÑO SAMPER, dado el quórum de la sesión del acta adulterada, descartando la unanimidad, es decir el voto del tercer miembro cuya declaración ilustró la postura de los representantes de EPISOL de desligarse de la contratación de Comisionistas de Bolsa, empero acompañando MARIÑO SAMPER a MARTORELI en dejar dicha aprobación ficta en el acta por parte de la mayoría de la Junta Directiva, cuestión respecto de la que este Despacho archivó la conducta de los demás miembros de la Junta Directiva manteniendo la vinculación disciplinaria de los citados particulares actualmente juzgados en sede de juicio disciplinario.

Los correos electrónicos que figuran a folios 262 y siguientes, no fueron tachados de falsos por ninguno de los apoderados defensores, fueron reconocidos como auténticos por el señor ALBERTO MARIÑO SAMPER en la denuncia penal por él suscrita y presentada ante la Fiscalía General de la Nación el 18 de enero de 2019, de la cual el Dr. URIEL AMAYA aportó copia como anexo a su escrito de descargos y fueron además reconocidos como verdaderos por el señor GUSTAVO ANTONIO RAMÍREZ GALINDO miembro principal de la Junta Directiva de la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., quien en la versión libre rendida en la etapa de investigación disciplinaria señaló lo siguiente:

“... no recuerdo la fecha precisa pero debió haber sido enero o febrero de 2015, conocí una serie de e-mails entre ALBERTO MARIÑO y funcionarios de la concesionaria ruta del sol y ELEUBERTO MARTORELLI, en los cuales los brasileros de odebrecht y el secretario de la junta le proponían a ALBERTO distintas redacciones de cómo debería quedar el acta de la junta en que se trataba el tema de profesionales de bolsa, yo conocí esa cadena de e-mails no porque me la hubieran mandado a mí, sino porque ALBERTO MARIÑO me copió esa cadena de e-mails, entonces yo no participé directamente en esos e-mail, pero lo que conocí de esos e-mails básicamente es que se proponía una redacción inicial por parte de los brasileros tanto del presidente de la compañía de la concesionaria, como del secretario de la junta, una redacción en la que decía que se había presentado a la junta directiva el contrato de profesionales de bolsa y que se había aprobado por unanimidad, **ALBERTO MARIÑO contesta ese e-mail diciendo que como se ha manifestado eso no puede ser aprobado**



por unanimidad que si va a quedar en la Junta debe quedar que fue aprobado por mayoría, por los tres miembros de Odebrecht y con el voto negativo de los miembros de EPISOL que no están de acuerdo, hay un cruce de e-mails discutiendo la redacción entre ALBERTO MARIÑO y las personas de la concesionaria y Odebrecht y al final sale una redacción en la que queda establecido que si se aprueba se aprueba por mayoría y no por unanimidad. Hasta ahí llega esta cadena de e-mails, como digo no iban dirigidos a mí, yo conocí la copia, pero como yo no participé en esa cadena de e-mails, pues nunca di mi opinión ni aprobé ninguna junta, ninguna acta en ningún sentido. Posteriormente ya en tiempos recientes y a raíz de distintas informaciones de prensa surgieron digamos la evidencia de que había habido diferentes versiones de esa acta lo que puedo decir y es como mi afirmación más contundente es que yo no participé en una aprobación del acta 50 distinta a la original de febrero de 2014 donde no se trató el tema y mi aprobación por lo tanto fue de otros temas y nunca participé en la aprobación de ninguna modificación del acta 50 en ningún sentido”.

(...)

“PREGUNTADO: Voy a poner en su conocimiento los folios 262 a 266 del mismo cuaderno número 2 viene siendo este, donde constan algunos correos electrónicos intercambiados entre ELEUBERTO MARTORELLI y ALBERTO MARIÑO, con el fin de que usted informe al Despacho si fueron los mismos correos que usted en su versión manifestó haber conocido CONTESTÓ: Si señor los correos electrónicos que están en los folios 262 a 266 entre funcionarios de la concesionaria y de odebrecht con el ingeniero ALBERTO MARIÑO son los mismos que yo conocí”.

Los correos electrónicos tienen las siguientes fechas y contenidos:

- Correo electrónico del 26 de marzo de 2015 remitido por “Luis Ernesto Pérez Durán [mailto:lperez@rutadelsol.com.co]” con destino a “Alberto Mariño S” y con copia a “Eder Paolo Ferracuti” con el asunto: “RE acta No. 50 de febrero de 2014 VF (modificación 2015)”. En este e-mail se lee:

“Doctor Alberto:

Conforme a su solicitud, enviamos la versión en Word del acta correspondiente a la reunión de febrero de 2014” (f. 266).

- Correo electrónico del 27 de marzo de 2015 remitido por “Alberto Marino S [mailto:amarinos@coviandes.com]” con destino a “Luis Ernesto Pérez Durán” con copia a “Eder Paolo Ferracuti” con el asunto “RE acta No. 50 de febrero de 2014 VF (modificación 2015)”. En este e-mail se lee:

“Remito la versión definitiva aprobada por nosotros

ALBERTO MARIÑO SAMPER
Gerente General

(...)

COVIANDES” (f. 265).



- Correo electrónico del 27 de marzo de 2015 remitido por “Luis Ernesto Pérez Durán [mailto: lperez@rutadelsol.com.co]” con destino a “Eleuberto Martorelli” y copia a “Eder Paolo Ferracuti; Alberto Mariño S”, con el asunto “RE acta No. 50 de febrero de 2014 VF (modificación 2015)”. En este e-mail se lee:

“Respetado Martorelli:

“Adjunta al presente correo enviamos para sus comentarios, la versión del acta de febrero de 2014 presentada por el Doctor Alberto Mariño, **incluyendo algunas modificaciones a la versión que firmamos el pasado viernes**” (f. 264).

- Correo electrónico de marzo 30 de 2015 remitido por “Eleuberto Martorelli [mailto: martorel@odebrecht.com]” con destino a “lperez” con copia a Eder Paolo Ferracuti y Alberto Marino S, bajo el asunto “RE: Acta No. 50 de Febrero de 2014 VF (modificación 2015)”, en el cual se lee:

“Estimados,

La sugerencia de Alberto Mariño es:

Una vez explicado por parte del Miembro de Junta representante del socio mayoritario las condiciones y calidades del servicio y la experiencia de la firma presentada en el campo financiero del país, la junta aprobó por mayoría se aceptó de manera unánime por parte de los miembros de junta la contratación de dicha firma por cuanto los representantes de Episol no estuvieron de acuerdo.

Mi sugerencia, para cerrar de una vez por todas este tema, es escribir de la siguiente forma:

“Una vez explicado por parte del Miembro de la Junta representante del socio mayoritario las condiciones y calidades del servicio, y la experiencia de la firma presentada en el campo financiero del país, y considerando que no hubo unanimidad por todos los socios, la Junta aprobó por mayoría la contratación de dicha firma” (f. 263).

- Correo electrónico del 6 de abril de 2015 remitido por “Alberto Marino S. [mailto: amarinos@coviandes.com]” con destino a “Eleuberto Martorelli martorel@odebrecht.com” y “lperez lperez@rutadelsol.com.co” con copia a “Eder Paolo Ferracuti epferracuti@odebrecht.com” bajo el asunto “RE: Acta No. 50 de Febrero de 2014 VF (modificación 2015)”, en el cual se lee:

“Estoy de acuerdo con la última redacción propuesta en el mail adjunto.

“ALBERTO MARIÑO SAMPER” (F. 262).

De los correos electrónicos del 26 y 27 de marzo de 2015 se concluye, que en el mes de marzo de 2015 el Secretario de la Junta Directiva y el Presidente de la misma señor ELEUBERTO MARTORELLI, firmaron un acta falsa de la reunión que había tenido lugar más de un año atrás el 21 de febrero de 2014, cuyo contenido fue compartido en formato word al señor ALBERTO MARIÑO SAMPER quien sugirió la siguiente modificación:

“La sugerencia de Alberto Mariño es:



Una vez explicado por parte del Miembro de Junta representante del socio mayoritario las condiciones y calidades del servicio y la experiencia de la firma presentada en el campo financiero del país, la junta aprobó por mayoría se aceptó de manera unánime por parte de los miembros de junta la contratación de dicha firma por cuanto los representantes de Episol no estuvieron de acuerdo”.

Por su parte, de los correos electrónicos de marzo 30 y abril 6 de 2015, el primero remitido por el investigado ELEUBERTO MARTORELLI con destino a EDER PAOLO FERRACUTI y ALBERTO MARIÑO SAMPER y el segundo enviado por éste último a los señores ELEUBERTO MARTORELLI y EDER PAOLO FERRACUTI, se deduce que frente a la redacción planteada por el señor MARIÑO SAMPER, el señor MARTORELLI planteó una segunda redacción que fue aceptada por el señor MARIÑO SAMPER:

“Estoy de acuerdo con la última redacción propuesta en el mail adjunto.
“ALBERTO MARIÑO SAMPER” (F. 262).

Plasmándose el contenido aprobado por el señor ALBERTO MARIÑO en la segunda versión falsa del acta No. 50 del 21 de febrero de 2014 firmada por el señor ELEUBERTO MARTORELLI como presidente de la Junta y por el señor LUIS ERNESTO PÉREZ DURÁN, secretario de la misma.

Las versiones falsas del acta de junta directiva correspondiente a la reunión del 21 de febrero de 2014, de las cuales dan cuenta los correos electrónicos citados, fueron halladas en la visita especial que en la etapa de investigación disciplinaria practicó el Despacho a la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., y su contenido se corresponde con el referido en los correos electrónicos citados (Cuaderno Anexo 1 f. 81 y ss).

La primera versión falsa del acta de junta directiva No. 50 de febrero 21 de 2014 firmada por ELEUBERTO MARTORELLI como presidente de la Junta y LUIS ERNESTO PÉREZ DURAN como Secretario, tiene el siguiente contenido:

“Aprobación de Contratación de Asesoría Financiera:

Teniendo en cuenta la poca experiencia que la sociedad tiene en el mercado financiero y el corto tiempo con el que cuenta para lograr el cierre financiero del Proyecto Ocaña – Gamarra posterior a la suscripción del otosí 6. El socio mayoritario solicita a la Junta Directiva autorización para que el Representante Legal de la CRDS, contrate un especialista Financiero, con el fin de que brinde asesoría encaminada a presentar alternativas de financiación y brindar apoyo a la Banca de inversión Corficolombiana en el cierre financiero del mencionado Proyecto.

Se propone la Contratación de la firma Compañía Profesionales de Bolsa S.A., por un valor básico de \$2.000.000.000 y una prima adicional de éxito dependiendo de las condiciones conseguidas en dicho cierre.

Una vez explicado por parte del Miembro de Junta representante del socio mayoritario las condiciones y calidades del servicio, y la experiencia de la firma presentada en el campo



financiero del país, se aceptó de manera unánime por parte de los miembros de junta la contratación de dicha firma”

“Aprobación para la Suscripción del Otrosí No. 06 al Contrato de Concesión:

Conforme lo expuesto en el punto referente al Informe Ocaña Gamarra y con base en el texto recibido por parte de la ANI, el presidente solicitó a la Junta Aprobación para la suscripción del Otrosí No. 6 correspondiente a la Construcción del Proyecto Ocaña – Gamarra, una vez revisado y explicado el texto por parte del Presidente a los Miembros de Junta, estos de manera unánime aprobaron la suscripción del Otrosí No. 6 al Contrato de Concesión”

“Lectura y Aprobación del Acta de Junta.

“El secretario de la Junta Directiva procedió a hacer la lectura del Acta No. 49 correspondiente a la reunión ordinaria de la junta del día 31 de Enero del año 2014, la cual fue aprobada de manera unánime, por parte de todos los Miembros que asistieron a la reunión.

“No habiendo más asuntos que tratar, se hace un breve receso con el fin de elaborar el acta de la reunión, la cual es leída y aprobada por unanimidad por la Junta Directiva y como constancia de ese hecho, se suscribe por el secretario y en prueba de visto bueno, por el Presidente de la Junta Directiva”.

De la firma de la anterior versión falsa da cuenta el correo electrónico del 27 de marzo de 2015 remitido por Luis Ernesto Pérez Durán con destino a Eleuberto Martorelli y con copia a Eder Paolo Ferracuti y Alberto Mariño Samper.

La segunda versión falsa del acta de junta directiva No. 50 del 21 de febrero de 2014 aparece firmada por el ELEUBERTO MARTORELI como presidente de la Junta y LUIS ERNESTO PÉREZ DURAN como Secretario y tiene el contenido que se cita a continuación:

“Aprobación de Contratación de Asesoría Financiera:

Teniendo en cuenta la poca experiencia que la sociedad tiene en el mercado financiero y el corto tiempo con el que cuenta para lograr el cierre financiero del Proyecto Ocaña – Gamarra posterior a la suscripción del otrosí 6. El socio mayoritario solicita a la Junta Directiva autorización para que el Representante Legal de la CRDS, contrate un especialista Financiero, con el fin de que brinde asesoría encaminada a presentar alternativas de financiación y brindar apoyo a la Banca de inversión Corficolombiana en el cierre financiero del mencionado Proyecto.

Se propone la Contratación de la firma Compañía Profesionales de Bolsa S.A., por un valor básico de \$2.000.000.000 y una prima adicional de éxito dependiendo de las condiciones conseguidas en dicho cierre.

Una vez explicado por parte del Miembro de Junta representante del socio mayoritario las condiciones y calidades del servicio, y la experiencia de la firma presentada en el campo financiero del país, y considerando que no hubo unanimidad por todos los socios, la Junta aprobó por mayoría la contratación de dicha firma”

“Aprobación para la Suscripción del Otrosí No. 06 al Contrato de Concesión:

Conforme lo expuesto en el punto referente al Informe Ocaña Gamarra y con base en el texto recibido por parte de la ANI, el presidente solicitó a la Junta Aprobación para la suscripción del



Otrosí No. 6 correspondiente a la Construcción del Proyecto Ocaña – Gamarra, una vez revisado y explicado el texto por parte del Presidente a los Miembros de Junta, estos de manera unánime aprobaron la suscripción del Otrosí No. 6 al Contrato de Concesión”

“Lectura y Aprobación del Acta de Junta.

“El secretario de la Junta Directiva procedió a hacer la lectura del Acta No. 49 correspondiente a la reunión ordinaria de la junta del día 31 de Enero del año 2014, la cual fue aprobada de manera unánime, por parte de todos los Miembros que asistieron a la reunión.

“No habiendo más asuntos que tratar, se hace un breve receso con el fin de elaborar el acta de la reunión, la cual es leída y aprobada por unanimidad por la Junta Directiva y como constancia de ese hecho, se suscribe por el secretario y en prueba de visto bueno, por el Presidente de la Junta Directiva”.

El contenido de esta segunda versión se corresponde exactamente, con el mencionado en el correo electrónico de marzo 30 de 2015 remitido por ELEUBERTO MARTORELLI a LUIS ERNESTO PÉREZ DURÁN, con copia a EDER PAOLO FERRACUTTI y ALBERTO MARIÑO SAMPER en el cual, el disciplinado ELEUBERTO MARTORELLI se refiere a la redacción propuesta por el señor MARIÑO SAMPER y plantea una nueva redacción la cual fue aceptada por el señor MARIÑO SAMPER en el correo electrónico del 6 de abril de 2015⁸⁴:

“Estimados,

La sugerencia de Alberto Mariño es:

Una vez explicado por parte del Miembro de Junta representante del socio mayoritario las condiciones y calidades del servicio y la experiencia de la firma presentada en el campo financiero del país, la junta aprobó por mayoría se aceptó de manera unánime por parte de los miembros de junta la contratación de dicha firma por cuanto los representantes de Episol no estuvieron de acuerdo.

Mi sugerencia, para cerrar de una vez por todas este tema, es escribir de la siguiente forma:

“Una vez explicado por parte del Miembro de la Junta representante del socio mayoritario las condiciones y calidades del servicio, y la experiencia de la firma presentada en el campo financiero del país, y considerando que no hubo unanimidad por todos los socios, la Junta aprobó por mayoría la contratación de dicha firma” (f. 263).

En la denuncia penal suscrita por el señor ALBERTO MARIÑO SAMPER y radicada ante la Fiscalía General de la Nación el 18 de enero de 2019, el disciplinado reconoce como auténticos los correos electrónicos transcritos, manifestando lo siguiente:

⁸⁴ En el e-mail del 6 de abril de 2014 el señor MARIÑO SAMPER respondió:
 “Estoy de acuerdo con la última redacción propuesta en el mail adjunto.
 “ALBERTO MARIÑO SAMPER” (F. 262).



“4. El 26 de marzo de 2015 a las 11:14 am recibí un correo electrónico (Anexo 2) del señor Luis Ernesto Pérez, con copia al señor Eder Paolo Ferracuti (asunto Acta No 50 de Febrero de 2014 VF (modificación 2015) (2).doc), con el siguiente texto:

“Doctor Alberto:

Conforme a su solicitud, enviamos la versión en Word del acta correspondiente a la reunión de febrero de 2014.

Luis Ernesto Pérez Durán”.

En archivo adjunto venía un documento sin firma (Anexo 3) cuyos tres primeros párrafos transcribo:

Teniendo en cuenta la poca experiencia que la sociedad tiene en el mercado financiero y el corto tiempo con el que cuenta para lograr el cierre financiero del Proyecto Ocaña – Gamarra posterior a la suscripción del otrosí 6. El socio mayoritario solicita a la Junta Directiva autorización para que el Representante Legal de la CRDS, contrate un especialista Financiero, con el fin de que brinde asesoría encaminada a presentar alternativas de financiación y brindar apoyo a la Banca de inversión Corficolombiana en el cierre financiero del mencionado Proyecto.

Se propone la Contratación de la firma Compañía Profesionales de Bolsa S.A., por un valor básico de \$2.000.000.000 y una prima adicional de éxito dependiendo de las condiciones conseguidas en dicho cierre.

Una vez explicado por parte del Miembro de Junta representante del socio mayoritario las condiciones y calidades del servicio, y la experiencia de la firma presentada en el campo financiero del país, se aceptó de manera unánime por parte de los miembros de junta la contratación de dicha firma”

5.- El 27 de marzo de 2015, a las 8:05 am, respondí a Luis Ernesto Pérez Durán, diciéndole:

“Remito la versión definitiva aprobada por nosotros.

ALBERTO MARIÑO SAMPER”.

Para ese momento, sin haber revisado el original del acta 50, propuse un texto alternativo utilizando la herramienta de control de cambios. Sobre el texto en word remitido por Luis Ernesto Pérez Durán, planteé el siguiente ajuste:

“Teniendo en cuenta la poca experiencia que la sociedad tiene en el mercado financiero y el corto tiempo con el que cuenta para lograr el cierre financiero del Proyecto Ocaña – Gamarra posterior a la suscripción del otrosí 6. El socio mayoritario solicita a la Junta Directiva autorización para que el Representante Legal de la CRDS, contrate un especialista Financiero, con el fin de que brinde asesoría encaminada a presentar alternativas de financiación y brindar apoyo a la Banca de inversión Corficolombiana en el cierre financiero del mencionado Proyecto.

Se propone la Contratación de la firma Compañía Profesionales de Bolsa S.A., por un valor básico de \$2.000.000.000 y una prima adicional de éxito dependiendo de las condiciones conseguidas en dicho cierre.



Una vez explicado por parte del Miembro de Junta representante del socio mayoritario las condiciones y calidades del servicio y la experiencia de la firma presentada en el campo financiero del país, la junta aprobó por mayoría se aceptó de manera unánime por parte de los miembros de junta la contratación de dicha firma por cuanto los representantes de Episol no estuvieron de acuerdo”

6.- El mismo viernes 27 de marzo, a las 2:40 pm Luis Ernesto Pérez Durán envió un correo electrónico a Eleuberto Martorelli, con copia a Eder Paolo Ferracutti y a mí, con el siguiente texto:

“Adjunta al presente correo enviamos para sus comentarios, la versión del acta de febrero de 2014 presentada por el Doctor Alberto Mariño, incluyendo algunas modificaciones a la versión que firmamos el pasado viernes.

Quedamos atentos”

7.- El lunes 30 de marzo de 2015, a las 8:45 a.m., Eleuberto Martorelli respondió a Iperez (sic) con copia a Eder Paolo Ferracuti y a mí, lo siguiente:

“Estimados,

La sugerencia de Alberto Mariño es:

Una vez explicado por parte del Miembro de Junta representante del socio mayoritario las condiciones y calidades del servicio y la experiencia de la firma presentada en el campo financiero del país, la junta aprobó por mayoría se aceptó de manera unánime por parte de los miembros de junta la contratación de dicha firma por cuanto los representantes de Episol no estuvieron de acuerdo.

Mi sugerencia, para cerrar de una vez por todas este tema, es escribir de la siguiente forma:

“Una vez explicado por parte del Miembro de la Junta representante del socio mayoritario las condiciones y calidades del servicio, y la experiencia de la firma presentada en el campo financiero del país, y considerando que no hubo unanimidad por todos los socios, la Junta aprobó por mayoría la contratación de dicha firma”

Sds

Eleuberto Antonio Martorelli

Presidente”.

8.- Como quiera que en apariencia la nueva redacción propuesta por Eleuberto Martorelli decía lo mismo que sugerí yo, pero sin hacer expresa referencia a la oposición de Episol, el 6 de abril remití un correo expresando mi opinión personal: “Estoy de acuerdo con la última redacción propuesta en el mail adjunto...”.

El análisis conjunto de los elementos materiales de prueba y de las versiones libres citadas en el presente acápite permiten concluir en grado de certeza:

(i) Que el señor ALBERTO MARIÑO SAMPER quien para la época de los hechos ostentaba la condición de miembro principal de la Junta Directiva de la Sociedad Concesioanaria Ruta del Sol S.A.S., **conoció** que los señores ELEUBERTO



MARTORELLI y LUIS ERNESTO PÉREZ DURAN habían firmado una primera versión falsa del acta No. 50 en la que se justificaba la contratación de la firma Compañía Profesionales de Bolsa S.A., en la “poca experiencia que la sociedad tiene en el mercado financiero y el corto tiempo con el que cuenta para lograr el cierre financiero del Proyecto Ocaña – Gamarra posterior a la suscripción del otrosí 6” y se autorizaba dicha contratación por unanimidad: “Una vez explicado por parte del Miembro de Junta representante del socio mayoritario las condiciones y calidades del servicio, y la experiencia de la firma presentada en el campo financiero del país, se aceptó de manera unánime por parte de los miembros de junta la contratación de dicha firma” y propuso una modificación a esa primera versión, como lo informan los siguientes e-mails:

- Correo electrónico del 27 de marzo de 2015 remitido por “Luis Ernesto Pérez Durán [mailto: lperez@rutadelsol.com.co]” con destino a “Eleuberto Martorelli” y copia a “Eder Paolo Ferracuti; **Alberto Mariño S**”, con el asunto “RE acta No. 50 de febrero de 2014 VF (modificación 2015)”. En este e-mail se lee:

“Respetado Martorelli:

“Adjunta al presente correo enviamos para sus comentarios, **la versión del acta de febrero de 2014 presentada por el Doctor Alberto Mariño, incluyendo algunas modificaciones a la versión que firmamos el pasado viernes**” (f. 264).

Del contenido del anterior correo, el cual le fue remitido al señor ALBERTO MARIÑO SAMPER se concluye en sede de fallo, que él **conoció** la existencia de una primera versión falsa del acta No. 50 del 21 de febrero de 2014 firmada el viernes anterior ala remisión del correo, por los señores PÉREZ DURÁN y MARTORELLI.

(ii). Que los correos electrónicos de marzo 30 y abril 6 de 2015, el primero remitido por el investigado ELEUBERTO MARTORELLI con destino a EDER PAOLO FERRACUTI y ALBERTO MARIÑO SAMPER y el segundo enviado por éste último a los señores ELEUBERTO MARTORELLI y EDER PAOLO FERRACUTI, demuestran que el señor MARIÑO SAMPER propuso modificar la primera versión falsa, que él sabía habían firmado los señores PÉREZ DURÁN y MARTORELLI, para incluir en una nueva versión falsa lo siguiente:

“Una vez explicado por parte del Miembro de Junta representante del socio mayoritario las condiciones y calidades del servicio y la experiencia de la firma presentada en el campo financiero del país, la junta aprobó por mayoría se aceptó de manera unánime por parte de los miembros de junta la contratación de dicha firma por cuanto los representantes de Episol no estuvieron de acuerdo”.

Propuesta frente a la cual el señor ELEUBERTO MARTORELLI sugirió una nueva redacción la cual fue aceptada expresamente por el señor MARIÑO SAMPER (f. 262), siendo ésta última redacción aceptada por el señor ALBERTO MARIÑO la que terminó incorporándose en la segunda versión falsa del acta No. 50 del 21 de febrero de 2014 firmada por el señor MARTORELLI como presidente de la junta directiva.

De ello se concluye además que el socio mayoritario, es decir, Odebrecht, en cabeza del señor Martoreli era quienes lideraban y tenían el control de esa contratación y



con su conducta quisieron provocar una decisión artificiosa de la Junta Directiva para justificar estatutariamente una contratación pretérita y que venía pagándose con cargo a los recursos públicos, en la forma explicada en los capítulos precedentes y respecto de la que quedó claro que era avalada y respaldada por los administradores sociales de Odebrecht como accionista mayoritario.

Finalmente, resulta relevante además señalar las siguientes circunstancias que rodearon los hechos investigados, tenemos que para el año 2015 Odebrecht era una multinacional reconocida por gestionar grandes proyectos de infraestructura en el mundo y en nuestro país era concesionaria de importantes proyectos viales, entre otros, la Ruta del Sol II y el señor MARTORELLI era un alto directivo de Odebrecht en Colombia que cumplía con el rol de presidente de la Junta Directiva del Concesionario Ruta del Sol II SAS, y que para la época de los hechos gozaban ambos, la empresa y sus directivos, de credibilidad y buena reputación en el comercio.

Con la conducta imputada y probada el señor ALBERTO MARIÑO SAMPER en su condición de Miembro Principal de la Junta Directiva de la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S, vulneró los siguientes deberes funcionales que como administrador societario tenía por virtud del artículo 23 de la ley 222 de 1995⁸⁵:

1. El deber de velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales y estatutarias.
2. El deber de obrar de Buena Fe.

Vulneró el deber velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales al haber incumplido el artículo 196 del Código de Comercio según el cual:

“La representación de la sociedad y la administración de sus bienes y negocios se ajustarán a las estipulaciones del contrato social, conforme al régimen de cada tipo de sociedad”

Violó el deber de velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones estatutarias, al haber desconocido las disposiciones que a continuación de citan:

El artículo 25 de la escritura de constitución que adscribía a los miembros de Junta Directiva, las siguientes funciones:

“ARTÍCULO 25. – FUNCIONES DE LA JUNTA DIRECTIVA: Son atribuciones de la Junta Directiva:

- “6. Impartir al presidente las instrucciones, orientaciones y órdenes que juzgue convenientes.

⁸⁵ Según el artículo 22 de la ley 222 de 1995, los miembros de las Junta Directivas son administradores de la sociedad.



(...)

“14. Aprobar la celebración o suscripción de cualquier contrato, acuerdo o negocio jurídico que tenga como efecto, la cesión o enajenación de activos o pasivos y la asunción de derechos u obligaciones que representen individualmente o en conjunto (bajo un mismo objeto) más de dos millones quinientos mil dólares (US\$2.500.000) o su equivalente en pesos convertidos a la TRM del día anterior del perfeccionamiento del correspondiente negocio jurídico”.

El artículo 26 de la escritura de constitución que adscribía a los miembros de Junta Directiva, la siguiente atribución:

“ARTÍCULO 26. – REGLAS GENERALES:

(...)

“d). La Junta Directiva tendrá atribuciones suficientes para ordenar que se ejecute o celebre, cualquier acto o contrato comprendido dentro del objeto social y para tomar las determinaciones necesarias en orden a que la sociedad cumpla sus fines.

Y el artículo 29 numeral 2 que establece que era función del representante legal:

“2. Celebrar y ejecutar todos los actos u operaciones correspondientes al objeto social, de conformidad con lo previsto en las leyes y en los estatutos, con la observancia de la limitación en aquellos para los cuales se requiera autorización de la Junta directiva.

Y violó el deber de obrar de Buena Fe a cuya observancia se encontraban sujetos los administradores de la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., que se constituyó como sociedad anónima simplificada y que por virtud del artículo 3 de la ley 1258 de 2008⁸⁶, tenía la naturaleza de sociedad comercial, resultando aplicable al disciplinado el artículo 871 del Código de Comercio según el cual los contratos deben ejecutarse de buena fe, con sujeción a lo pactado expresamente en ellos ⁸⁷.

La conducta imputada y probada al señor ALBERTO MARIÑO SAMPER tenía una relación directa con la administración de recursos públicos asumida por la Sociedad Concesionaria con ocasión del contrato de concesión No. 001 de 2010.

El señor MARIÑO SAMPER fue designado como miembro principal de la Junta Directiva de la Sociedad Concesionaria el día 17 de agosto de 2010 y ostentaba esa

⁸⁶ Artículo 3o. Naturaleza. La sociedad por acciones simplificada es una sociedad de capitales cuya naturaleza será siempre comercial, independientemente de las actividades previstas en su objeto social. Para efectos tributarios, la sociedad por acciones simplificada se regirá por las reglas aplicables a las sociedades anónimas.

⁸⁷ Artículo 871. Principio de Buena Fe. Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural.



condición para los meses de marzo y abril de 2015, siendo por lo tanto un administrador de la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S, que tenía a su cargo los deberes de velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales y estatutarias y obrar de buena fe:

Artículo 22 de la ley 222 de 1995: Administradores. Son administradores, el representante legal, el liquidador, el factor, **los miembros de juntas o consejos directivos** y quienes de acuerdo con los estatutos ejerzan o detenten esas funciones.

Artículo 23. Deberes de los Administradores. Los administradores deben obrar de buena fe, con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Sus actuaciones se cumplirán en interés de la sociedad, teniendo en cuenta los intereses de sus asociados.

En el cumplimiento de su función los administradores deberán:

1. Realizar los esfuerzos conducentes al adecuado desarrollo del objeto social.
2. Velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales o estatutarias.

La Junta Directiva como órgano administrativo de la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., tenía estatutariamente las siguientes atribuciones:

“ARTÍCULO 25 Escritura de Constitución. – FUNCIONES DE LA JUNTA DIRECTIVA: Son atribuciones de la Junta Directiva:

“6. Impartir al presidente las instrucciones, orientaciones y órdenes que juzgue convenientes.

(...)

“14. Aprobar la celebración o suscripción de cualquier contrato, acuerdo o negocio jurídico que tenga como efecto, la cesión o enajenación de activos o pasivos y la asunción de derechos u obligaciones que representen individualmente o en conjunto (bajo un mismo objeto) más de dos millones quinientos mil dólares (US\$2.500.000) o su equivalente en pesos convertidos a la TRM del día anterior del perfeccionamiento del correspondiente negocio jurídico”.

“ARTÍCULO 26 Escritura de Constitución. – REGLAS GENERALES:

(...)

“d). La Junta Directiva tendrá atribuciones suficientes para ordenar que se ejecute o celebre, cualquier acto o contrato comprendido dentro del objeto social y para tomar las determinaciones necesarias en orden a que la sociedad cumpla sus fines.

Las anteriores atribuciones de la Junta Directiva deben ser analizadas con respecto al objeto social de la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., que no era una sociedad particular cualquiera, sino que era una persona jurídica constituida con un único fin, directamente vinculado y atado a la suscripción y ejecución del contrato



estatal de concesión No. 001 de 2010 en cuya ejecución se encontraba inmerso un interés público.

“ART. 4 – OBJETO SOCIAL: El objeto social principal de la Sociedad Concesionaria es: (i) La suscripción y ejecución del Contrato de Concesión correspondiente al Sector 2, que le sea adjudicado a CRS. El objeto de la sociedad será ejecutado y cumplido en los términos y condiciones establecidos en los pliegos de condiciones de la licitación pública No. SEA-LP-001-2009 y aquellos establecidos en el contrato de concesión que para el efecto se suscriba. La sociedad, por su cuenta y riesgo, realizará y ejecutará las obras necesarias para la construcción, rehabilitación, ampliación y mejoramiento, del proyecto vial Ruta del Sol correspondientes al sector 2, la preparación de los estudios definitivos, la gestión predial y social, la obtención y/o modificación de licencias ambientales, la financiación, la operación y el mantenimiento de las obras, en el sector 2 Puerto Salgar – San Roque, así como también explotar todos los bienes de la concesión en el sector, de acuerdo con lo previsto en el contrato de concesión y en la ley, explotación que comprende el uso para fines comerciales o publicitarios de los activos concesionados, e igualmente de los bienes inmuebles (por adhesión o accesión) o muebles que hagan parte del sector 2 y hayan sido construidos por la sociedad concesionaria o que hayan sido entregados por el INCO en concesión, en desarrollo del contrato de concesión, con sujeción a los términos y condiciones expresamente previstos en éste.

(...)

“(a) La contraprestación de la CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. consistirá en (i) los Aportes del INCO al Patrimonio Autónomo en los términos señalados en la sección 13.03 del contrato de concesión, Anexo No. 1 a los pliegos de condiciones de la licitación, (ii) los ingresos provenientes del recaudo de peaje, en los términos señalados en la sección 13.05 del Contrato de Concesión”.

En el sub iudice, la participación del señor ALBERTO MARIÑO SAMPER como coautor en la adulteración del contenido de la segunda versión falsa del acta No. 50 del 21 de febrero de 2014, sugiriendo una redacción y aceptando luego la propuesta del señor ELEUBERTO MARTORELLI la cual fue incorporada a la segunda versión falsa del acta, no puede analizarse de manera descontextualizada del objeto de la Sociedad Concesionaria y del contrato al cual se pretendió dar visos de legalidad y necesidad a través de las dos versiones falsas que del acta No. 50 firmó el señor MARTORELLI.

Debe señalarse en primera medida, que el objeto societario de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., cuyo acatamiento era obligatorio para el disciplinado, se encontraba circunscrito a la firma y ejecución del contrato de concesión “en los términos y condiciones establecidos en los pliegos de condiciones de la licitación pública No. SEA-LP-001-2009 y aquellos establecidos en el contrato de concesión que para el efecto se suscriba”, condicionando de manera expresa y directa el contenido de los deberes funcionales que el disciplinado tenía a su cargo como miembro principal de la Junta Directiva.

Y debe resaltarse en segundo término, que el material probatorio incorporado al expediente, que fue analizado en el numeral 2.1 del presente fallo, al cual se remite, permite tener por demostrado que el contrato de prestación de servicios de asesoría financiera y banca de inversión celebrado con la firma Compañía Profesionales de Bolsa S.A., el 27 de marzo de 2014 y por él se pagó un valor neto de \$8.378.000.000



y un total incluido IVA de \$9.467.270.400, fue un contrato falso pagado con cargo a recursos de naturaleza pública provenientes del recaudo de peajes, que por el propio contrato de concesión No. 001 de 2010 tenían una destinación específica que fue desatendida por el representante legal y el Presidente de la Junta Directiva de la Sociedad Concesionaria, permitiendo su apropiación por un tercero en el valor neto previamente citado.

Al analizar la conducta imputada y probada al señor ALBERTO MARIÑO SAMPER en el contexto de las anteriores circunstancias puede concluirse, que la participación del señor MARIÑO SAMPER como coautor en la falsificación de la segunda versión falsa del acta No. 50 del 21 de febrero de 2014, sugiriendo una redacción y aceptando luego la propuesta del señor ELEUBERTO MARTORELLI la cual fue incorporada a la segunda versión falsa del acta, tenía como fin no solo dar visos de legalidad al contrato celebrado el 27 de marzo de 2014 con la firma Compañía Profesionales de Bolsa S.A., cuyo valor total (\$9.467.270.400) superaba la capacidad estatutaria de contratación directa del representante legal, requiriendo de la autorización de la junta directiva, sino que además, dado el contenido de las versiones falsas, buscaba justificar la necesidad de Odebrecht de contratar a la mencionada firma mostrando dicha contratación como un costo o gasto necesario y real para la ejecución del contrato de concesión.

En efecto, en la primera versión falsa del acta de junta directiva, cuyo contenido y firma conoció el disciplinado MARIÑO SAMPER, tal y como se desprende del correo electrónico del 27 de marzo de 2015 remitido por LUIS ERNESTO PÉREZ DURÁN con destino a ELEUBERTO MARTORELLI y con copia a EDER PAOLO FERRACUTI y ALBERTO MARIÑO SAMPER, en el cual se señaló: “Adjunta al presente correo enviamos para sus comentarios, **la versión del acta de febrero de 2014 presentada por el Doctor Alberto Mariño, incluyendo algunas modificaciones a la versión que firmamos el pasado viernes**” (f. 264), se justificó la contratación de la firma Compañía Profesionales de Bolsa, de la siguiente manera:

“Aprobación de Contratación de Asesoría Financiera:

Teniendo en cuenta la poca experiencia que la sociedad tiene en el mercado financiero y el corto tiempo con el que cuenta para lograr el cierre financiero del Proyecto Ocaña – Gamarra posterior a la suscripción del otrosí 6. El socio mayoritario solicita a la Junta Directiva autorización para que el Representante Legal de la CRDS, contrate un especialista Financiero, con el fin de que brinde asesoría encaminada a presentar alternativas de financiación y brindar apoyo a la Banca de inversión Corficolombiana en el cierre financiero del mencionado Proyecto.

Se propone la Contratación de la firma Compañía Profesionales de Bolsa S.A., por un valor básico de \$2.000.000.000 y una prima adicional de éxito dependiendo de las condiciones conseguidas en dicho cierre.

Una vez explicado por parte del Miembro de Junta representante del socio mayoritario las condiciones y calidades del servicio, y la experiencia de la firma presentada en el campo financiero del país, se aceptó de manera unánime por parte de los miembros de junta la contratación de dicha firma”.



En la segunda acta falsa frente a la cual el disciplinado participó como coautor, se justificó la contratación de la firma Compañía Profesionales de Bolsa como sigue:

“Aprobación de Contratación de Asesoría Financiera:

Teniendo en cuenta la poca experiencia que la sociedad tiene en el mercado financiero y el corto tiempo con el que cuenta para lograr el cierre financiero del Proyecto Ocaña – Gamarra posterior a la suscripción del otrosí 6. El socio mayoritario solicita a la Junta Directiva autorización para que el Representante Legal de la CRDS, contrate un especialista Financiero, con el fin de que brinde asesoría encaminada a presentar alternativas de financiación y brindar apoyo a la Banca de inversión Corficolombiana en el cierre financiero del mencionado Proyecto.

Se propone la Contratación de la firma Compañía Profesionales de Bolsa S.A., por un valor básico de \$2.000.000.000 y una prima adicional de éxito dependiendo de las condiciones conseguidas en dicho cierre.

Una vez explicado por parte del Miembro de Junta representante del socio mayoritario las condiciones y calidades del servicio, y la experiencia de la firma presentada en el campo financiero del país, y considerando que no hubo unanimidad por todos los socios, la Junta aprobó por mayoría la contratación de dicha firma”.

Como puede observarse, tanto a través de la primera versión falsa cuyo contenido y firma el disciplinado conoció, como intermedio de la segunda versión falsa frente a la cual el señor MARIÑO SAMPER participó, no solo se buscó solventar la ausencia de autorización al representante legal, sino que además se buscó justificar la contratación de la firma Compañía Profesionales de Bolsa S.A., en la “poca experiencia que la sociedad tiene en el mercado financiero y el corto tiempo con el que cuenta para lograr el cierre financiero del Proyecto Ocaña – Gamarra posterior a la suscripción del otrosí 6”, para de esta manera hacer pasar dicha contratación como un costo o gasto real y necesario para la ejecución del contrato de concesión, lo cual no solo atenta contra los intereses públicos, sino también frente a los accionistas minoritarios diferentes a Odebrecht, que no tenían materialmente la gestión y pago del contrato espúreo, el cual ya se había sido celebrado y venía siendo pagado y conforme a lo expresado en el contenido irregular, el tema era del interés y fue “presentado” por el socio mayoritario a través de su miembro de Junta, es decir, el señor ELEUBERTO MARTORELI, quien por demás dada la composición accionaria resultaba con el poder societario suficiente para adoptar este tipo de decisiones irregulares al interior de la sociedad, sin que por demás el señor MARIÑO SAMPER en defensa de los estatutos y de los accionistas minoritarios que representaba hubiera adelantado oposición o denuncia alguna en ese momento y sin que se haya acreditado que éste sabía del pago irregular de este contrato.

En efecto, como se probó en el presente proceso disciplinario, al expediente se incorporó material documental que da cuenta que para los meses de septiembre de 2013 y abril, mayo, agosto, septiembre y diciembre de 2014, el señor EDER PAOLO FERRACUTI contrató a CORFICOLOMBIANA S.A., para la prestación de servicios de banca de inversión para el acompañamiento del proceso de evaluación de la viabilidad económica del proyecto Ocaña – Gamarra y posterior acompañamiento en la financiación del mismo proyecto, hecho que permite inferir que no existía una



necesidad real de contratar a la firma Compañía Profesionales de Bolsa S.A, para la realización de actividades tendientes a la obtención del cierre financiero del proyecto Ocaña – Gamarra, ya que esos servicios estaban siendo prestados por CORFICOLOMBIANA (f. 407 y siguientes), circunstancia que era conocida por los miembros de la Junta Directiva de la Sociedad Concesionaria como se infiere de las versiones libres rendidas en la etapa de investigación disciplinaria por los señores MIGUEL EDUARDO VARGAS HERNÁNDEZ y OSCAR JAVIER HERNÁNDEZ GAONA, también miembros de la junta directiva quienes manifestaron lo siguiente:

El señor HERNÁNDEZ GAONA manifestó:

“PREGUNTADO: con posterioridad a esa reunión de Junta Directiva en las cuales haya usted participado bien a título de suplente o de principal en reemplazo del principal, se discutió dicha contratación? CONTESTÓ: si, en el año 2015, no tengo la fecha exacta pero debió ser en marzo tal vez del año 2015 se hizo una mención al contrato de profesionales de bolsa y eso causó gran inquietud de parte de los representantes o de los miembros de junta directiva que habíamos sido delegados por parte de EPISOL porque era un tema exótico, digamos no había lugar a que profesionales de bolsa estuviera asesorando a la concesionaria, en la medida en que típicamente lo que tenía ver con la financiación de proyectos donde participaba o donde participa COFICOLMBIANA o sus compañías controladas se hace con banca de inversión CORFICOLOMBIANA, de hecho el cierre financiero para este contrato en particular se hizo con la asesoría de la banca de inversión Corficolombiana, entonces para nosotros fue sorpresivo encontrar que había una asesoría por parte de profesionales de bolsa”.

Y el señor VARGAS HERNÁNDEZ:

“PREGUNTADO: Recuerda usted si en alguna de las reuniones en las que estuvo presente como miembro suplente de la junta directiva de la concesionaria ruta de sol, se discutió la necesidad de contratar un especialista financiero que brindara apoyo a la banca de inversión de CORFICOLOMBIANA para el cierre financiero del proyecto Ocaña - Gamarra CONTESTÓ: No, en las reuniones que yo asistí no recuerdo se escuchara discutir esa tema, de hecho el liderazgo digamos de la banca de inversión era claro desde el inicio que era a través de CORFICOLOMBIANA y CORFICOLOMBIANA tenía las calidades para hacer digamos todas las asesorías financieras como fue desde el inicio incluso del nacimiento del contrato y así se mantuvo durante todo digamos el momento PREGUNTADO: es decir, la asesoría financiera a la concesionaria la prestaba CORFICOLOMBIANA CONTESTÓ: Banca de inversión PREGUNTADO: Banca de inversión es un segmento de CORFICOLOMBIANA CONTESTÓ: Si, banca de inversión es una línea de negocios de CORFICOLOMBIANA”.

Las consideraciones precedentes permiten concluir en sede de fallo, que la conducta imputada al señor ALBERTO MARIÑO SAMPER en su condición de miembro principal de la Junta Directiva de la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S, tuvo una relación con la administración de recursos públicos asumida por esa Sociedad Concesionaria a raíz del contrato de concesión No. 001 de 2010, en la medida en que el material probatorio incorporado y analizado en la presente decisión, permite concluir que la participación del disciplinado en la segunda versión del acta No. 50 del 21 de febrero de 2014, permitió que formalmente se diera por aprobado un contrato que no había sido regularmente gestionado al interior de la concesionaria con la firma Compañía Profesionales de Bolsa S.A., cuyo valor total (\$9.467.270.400) superaba la capacidad estatutaria de contratación directa del representante legal,



requiriendo de la autorización de la junta directiva, sino que además, dado el contenido del acta falsa, buscaba justificar la necesidad de contratar a la mencionada firma mostrando dicha contratación como un costo o gasto necesario y real para la ejecución del contrato de concesión, circunstancia que como quedó demostrado en este proceso, no corresponde a la realidad de lo ocurrido.

Empero, se pregunta el Despacho:

¿La conducta imputada y probada al señor ALBERTO MARIÑO SAMPER implicó una real administración de recursos públicos no obstante estar la misma relacionada con ésta?

Frente a este aspecto, el Despacho considera que allende lo irregular de la conducta societaria del señor MARIÑO SAMPER respecto de la adulteración del contenido de un acta de junta directiva, en los términos ya expresados debe como parte estructurante de la responsabilidad disciplinaria y en razón de lo argumentado por la defensa preguntarse en este punto si con la conducta desplegada por el investigado respecto de la contratación de profesionales de bolsa el investigado tuvo una real posibilidad de administrar recursos públicos, a diferencia de FERRACUTI y MARTORELLI.

En primer lugar, ubicándonos en la época de los hechos, año 2015, Odebrecht era una multinacional respetada que tenía bajo su gestión importantes proyectos de infraestructura entre otros países en Colombia.

En segundo lugar, consecuencia de lo anterior, los representantes de Odebrecht en Colombia que participaron como administradores de la gestión de la Concesionaria de la Ruta del Sol II como expresión de la mayoría accionaria de la constructora en dicha concesionaria no tenían tacha, no tenían antecedentes de ninguna clase y tenían a su cargo la gestión de los más importantes proyectos de infraestructura del país.

En tercer lugar, el contrato de Comisionistas de Bolsa se había suscrito con varios meses de anticipación por parte del representante legal de la concesionaria, EDER PAOLO FERRACUTI, previo a que se solicitara un año después por MARTORELLI su INCLUSIÓN en el orden del día de un acta donde nunca fue tocado el asunto.

En cuarto lugar, la no autorización de la Junta Directiva podía conllevar una violación estatutaria, al haberse firmado por el representante legal sin contar con ese requisito.

En quinto lugar, para el momento de la intervención de MARIÑO SAMPER a solicitud de MARTORELLI con la inclusión del contenido en el acta objeto de investigación no existe prueba en el expediente que permita concluir que MARIÑO SAMPER tenía conocimiento que el contrato se venía pagando de manera irregular, es decir, que no había evidencias de cumplimiento y ejecución, no obstante la erogación presupuestal con cargo a los recursos de los peajes.



En sexto lugar, evidencia lo anterior que solo hasta junio de 2015 es que hasta junio 25 de 2015, es que el controller de la concesión, JORGE ENRIQUE PIZANO advierte irregularidades respecto de este contrato (f. 159 anexo 1):

“Con respecto a los procedimientos de calidad se le ha recomendado a la administración que se deben ajustar urgentemente los procedimientos PR-RS.GSS-003 y PR-RS-GSS-001 del sistema de calidad de la Concesionaria Ruta del Sol SAS incluir en estos procedimientos que durante la ejecución y posteriormente liquidación de la orden de servicio o subcontrato o contrato u oferta mercantil o convenio u otros, deben presentar como soportes para sus pagos parciales o totales los informes respectivos o los soportes de los entregables acordados en dichos tipos de contratación por quienes están prestando o prestaron el servicio; como complemento al acta de recibo a satisfacción del contrato en ejecución o del contrato ejecutado; ya que la Concesionaria debe acreditar con soportes todas las operaciones, negocios y contratos; informes o entregables que independiente de la actualización de los procedimientos deben estar hoy en la carpeta de cada contratista al día; esta recomendación fue puesta de presente tanto en varios correos como en los comités directivos de Consol en su acta No. 48 del 24 de abril de 2015, sin desconocer la autonomía que existe en los representantes legales de la concesionaria Ruta del Sol SAS y del contrato EPC CONSOL como de CONSOL para la suscripción de los contratos referidos.

(...)

También se han realizado el levantamiento oportuno de no conformidades dentro del sistema de calidad por el no cumplimiento de los procedimientos de compras y suministros, especialmente de la no verificación de listas cautelares de algunos contratistas; esto es el resultado de realizar el cruce periódico y sistemático de la información de tesorería con listas de verificación de listas cautelares realizadas; arrojando que algunos contratistas de la Concesionaria Ruta del Sol SAS que no surtieron el proceso como es debido de verificación previa a la contratación, que no están en listas cautelares; entre otras exigencias de cumplimiento del procedimiento de calidad para compras y servicios, con las anteriores evidencias se le ha solicitado y recomendado vía email de forma enfática a la Presidencia como a las áreas responsables de administración de la adquisición de bienes y servicios de los correctivos de forma inmediata y de allegar la documentación correspondiente.

De la anterior advertencia a la administración de la Concesionaria Ruta del Sol SAS por parte del Controller se destacan muy especialmente los siguientes casos especiales de contratación de la Concesionaria que fueron advertidos y que se espera a la fecha de este informe la complementación de la información por parte de la administración de la Concesionaria de acuerdo a los procedimientos y múltiples solicitudes del Controller; a su vez de estos casos los miembros por parte de Corficolombiana en la Junta Directiva de la Concesionaria Ruta del Sol SAS como del comité directivo de CONSOL han sido debidamente informados:

(...)

NOMBRE EMPRESA	Fecha pago	No. de contrato	VALOR PAGO	SUB TOTALES POR EMPRESA
Profesionales de Bolsa	18 de diciembre 2015	OM-sin número	\$2.838.637.620	
Profesionales de Bolsa	16 de enero 2015	OM-sin número	\$2.695.333.680	
Profesionales de bolsa	14 de mayo de 2015	sd	\$1.276.523.040	
				\$6.810.494.340.00

En séptimo lugar, porque en el acuerdo final al que llegaron MARTORELLI y MARIÑO SAMPER sobre el contenido del acta se consignó:



“Una vez explicado por parte del Miembro de la Junta representante del socio mayoritario las condiciones y calidades del servicio, y la experiencia de la firma presentada en el campo financiero del país, y considerando que no hubo unanimidad por todos los socios, la Junta aprobó por mayoría la contratación de dicha firma” (f. 263).

Allende lo irregular de su inclusión en un acta donde nunca fue discutido, lo acordado evidenció que:

Fue el presidente de la Junta quien presentó el asunto, la necesidad y pertinencia de la contratación. “Una vez explicado por parte del Miembro de la Junta representante del socio mayoritario las condiciones y calidades del servicio, y la experiencia de la firma presentada en el campo financiero del país”

Los accionistas diferentes de Odebrecht no acompañaron a la Administración de la Empresa (representante legal y presidente de la junta directiva) en dicha iniciativa y contratación, más que como lo afirmaron los representantes de EPISOL dicho contrato tenía similitud con el que cumplía CORFICOLMBIANA. “y considerando que no hubo unanimidad por todos los socios”

Empero, fue aprobada por la mayoría de la Junta Directiva que no es otra en este escenario irregular que MARTORELI y MARIÑO SAMPER.

En octavo lugar, consecuencia de lo anterior, queda evidenciado que el contrato interesaba al accionista mayoritario, Odebrecht, y que habiéndose firmado previamente a la participación de MARIÑO SAMPER en la adulteración del contenido del acta, de su intervención no podía predicarse la relevancia y aptitud para haber modificado el rumbo que de la administración de dichos recursos habían hecho MARTORELLI y FERRACUTI, conforme a lo expresado en los capítulos anteriores.

Adicionalmente, por cuanto, al no advertirse o evidenciarse irregularidades en la prestación real de estos servicios y pagándose de manera normal los mismos por parte del representante legal de la concesionaria, no tendría MARIÑO SAMPER la posibilidad y capacidad real de incidir en la suerte del contrato firmado con un año de anterioridad.

Que pudo haberse comportado de una manera diferente, es claro, ya que no se ajusta a la buena fe mercantil y a la gestión de los intereses públicos confiados a los concesionarios de la infraestructura pública el alterar el contenido de actas de los órganos de decisión social, ya que las mismas deben ser fidedignas y corresponder a la real gestión de los asuntos privados y públicos, como principio ético que regula desde la buena fe y la moralidad las relaciones mercantiles y entre las autoridades y los particulares.

Sin embargo, más allá de lo irregular de este comportamiento, el mismo como puede concluirse no tendría incidencia o trascendencia disciplinaria, ya que de manera real y efectiva la conducta de MARIÑO SAMPER, a diferencia de la de MARTORELLI y FERRACUTÍ, no tenía incidencia en la suerte de dicha contratación, en los pagos que se realizaron previo a su intervención y menos al no existir evidencias de un



actuar fraudulento para ese momento respecto de la ejecución del contrato de Profesionales de Bolsa.

En consecuencia, el Despacho procederá a absolverlo de la imputación disciplinaria a él formulada, no pronunciándose el Despacho frente a los demás argumentos defensivos respecto de este investigado, dado que resulta innecesario en virtud del principio de economía procesal.

ANÁLISIS DEL MATERIAL PROBATORIO INCORPORADO AL PROCESO

A lo largo del presente fallo se han citado y analizado las pruebas que soportan las conclusiones a las que llegó el Despacho en el trámite de la primera instancia, sin embargo en el presente acápite, a manera de síntesis, se hará una relación de los medios de prueba que acreditan y versan sobre los principales hechos materia de investigación, con excepción de las pruebas relacionadas con la culpabilidad de los disciplinados, las cuales fueron estudiadas en los acápites titulados “Análisis de Culpabilidad”

Para efectos metodológicos serán agrupadas y analizadas de la siguiente manera:

- Pruebas que acreditan la existencia de la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., y que los disciplinados para la época de los hechos ostentaban la condición de administradores societarios de la misma (Representante legal y miembros de Junta Directiva).
- Pruebas que acreditan el ejercicio de función pública y la administración de recursos públicos en cabeza de la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S.
- Pruebas que demuestran la existencia del contrato celebrado entre la Compañía Profesionales de Bolsa S.A., y la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., y el pago del mismo con cargo a recursos de naturaleza pública.
- Pruebas que demuestran que se realizaron actas falsas correspondientes a la reunión de junta directiva del 21 de febrero de 2014.
- Pruebas que acreditan que el contrato suscrito entre la Compañía Profesionales de Bolsa S.A y la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., es falso.
- Peritaje y pruebas testimoniales practicadas en etapa de descargos.
- Otros documentos incorporados al proceso.



Material probatorio que acredita la existencia de la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., y que los disciplinados para la época de los hechos los disciplinados ostentaban la condición de administradores societarios de la misma

1. Certificado de existencia y representación legal del 28 de marzo de 2019 según el cual, la CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S, se identificaba con el NIT 900330667-2 y fue creada por medio de la escritura pública No. 2103 del 22 de diciembre de 2009 otorgada por la Notaría 22 de Bogotá (f. 281).

2. Certificado histórico de nombramiento de representante legal según el cual, la Junta Directiva de la Sociedad denominada Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., a través de acta No. 11 del 24 de septiembre de 2010, inscrita el 22 de diciembre de 2010 nombró como Presidente y representante legal al señor EDER PAOLO FERRACUTI identificado con la cédula de extranjería No. 000390420, quien fungió como tal, hasta el 15 de marzo de 2017 (f. 279 respaldo).

3. Copia de Acta No. 04 de la Asamblea General de Accionistas de la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S, por medio de la cual el señor ALBERTO MARIÑO SAMPER fue designado como miembro principal de la Junta Directiva de la Sociedad Concesionaria el día 17 de agosto de 2010.

4. Copia de Acta No. 011 de la Asamblea General de Accionistas de la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S, por medio de la cual el señor ELEUBERTO MARTORELI fue designado como miembro principal de la Junta Directiva de la Sociedad Concesionaria el día 25 de enero de 2013.

- Los anteriores medios de prueba acreditan la existencia para la época de los hechos de la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., así como la condición de representante legal ostentada por el señor EDER PAOLO FERRACUTI y la condición de miembros principales de Junta Directiva de los señores ALBERTO MARIÑO SAMPER y ELEUBERTO MARTORELLI.

Pruebas que acreditan el ejercicio de función pública y la administración de recursos públicos en cabeza de la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S.

5. Documentos relacionados con la constitución de la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., y con las funciones de la Junta Directiva:

5.1. Acuerdo de accionistas del 12 de noviembre de 2009 suscrito entre ODEBRECHT INVERSIONES EM INFRA-ESTRUCTURA LTDA, CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A., ESTUDIOS Y PROYECTOS DEL SOL S.A. EPISOL S.A., y la CORPORACIÓN FINANCIERA COLOMBIANA S.A. (CORFICOLMBIANA), cuyo objeto fue el siguiente:



“SEGUNDA.- OBJETO DEL ACUERDO DE ACCIONISTAS El presente acuerdo tiene por objeto reglamentar las relaciones entre las partes respecto de la Sociedad Concesionaria (y) durante la ejecución del contrato de Concesión y la de CORFICOLOMBIANA con las partes en razón del carácter con el cual suscribe este Acuerdo de Accionistas, el cual reemplazará íntegramente al acuerdo de accionistas suscrito anteriormente por las Partes”.

5.2. Copia de la escritura No.2103 de diciembre 22 de 2009 otorgada en la notaría 22 de Bogotá, por medio de la cual la CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A con NIRE 33300160981, ODEBRECHT INVERSIONES EM INFRAESTRUCTURA LTDA con NIRE 33207557192, ESTUDIOS Y PROYECTOS DEL SOL S.A. con NIT 900.192.242-3 y CSS CONSTRUCTORES con NIT 832.006.599-5 celebraron contrato de sociedad con las siguientes estipulaciones:

“PRIMERA: Que las partes suscribieron, el veintiséis (26) de octubre de dos mil nueve (2009), el contrato de promesa de constitución de la sociedad por acciones simplificada CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. y, posteriormente, acordaron aclarar dicho contrato de promesa, mediante Otrosí aclaratorio celebrado el veinticinco (25) de noviembre de dos mil nueve (2009).

“SEGUNDA: Que mediante el presente público instrumento las partes declaran que le dan cumplimiento al contrato de promesa celebrado, al que se hace referencia en la consideración precedente y en consecuencia celebran el presente contrato de sociedad.

(...)

TERCERA: Que la sociedad que se constituye se registrará por los siguientes

ESTATUTOS

ARTÍCULO 1.- DENOMINACIÓN SOCIAL, NATURALEZA Y RESPONSABILIDAD: La sociedad por acciones simplificada que se constituye mediante el presente documento privado, se denomina CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S, pudiéndose identificar también con la sigla (CRS). Será una sociedad de capitales cuya naturaleza será siempre comercial. El régimen de responsabilidad de los accionistas será en general, el previsto en el Código de Comercio y en la ley 1258 de 2009 y se registrará por todo lo que al respecto sea aplicable en la ley 80 de 1993, ley especial de la contratación pública.

ARTÍCULO 2. – CONSTITUYENTES: Las siguientes son las personas jurídicas que constituyen la sociedad por acciones simplificada y los porcentajes de participación correspondientes:

CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A., sociedad constituida según las leyes vigentes de la República Federativa de Brasil (...) con el NIRE 33300160981 (...) con sucursal en la República de Colombia, constituida mediante escritura pública número seiscientos treinta y uno (631) de la Notaría 25 de Bogotá el veintiuno (21) de febrero de mil novecientos noventa y dos (1992), registrada en la Cámara de Comercio de Bogotá con matrícula No. 00489542, con el NIT 800.155.291-4.

ODEBRECHT INVERSIONES EM INFRAESTRUCTURA LTDA sociedad constituida según las leyes vigentes de la República Federativa de Brasil (...) con el NIRE 33207557192...

ESTUDIOS Y PROYECTOS DEL SOL S.A., sociedad con domicilio principal en la ciudad de Bogotá, con matrícula No. 01761324 del 26 de diciembre de 2007 (...) (NIT 900.192.242-3).



CSS CONSTRUCTORES S.A., sociedad con domicilio principal en la ciudad de Chía, con matrícula No. 01158516 del 18 de febrero de 2002 (NIT 832.006.599-5).

“ARTÍCULO 3.- DOMICILIO Y NACIONALIDAD: La sociedad es de nacionalidad colombiana y tiene como domicilio principal de sus negocios la ciudad de Bogotá.

(...)

“ART. 4 – OBJETO SOCIAL: El objeto social principal de la Sociedad Concesionaria es: (i) La suscripción y ejecución del Contrato de Concesión correspondiente al Sector 2, que le sea adjudicado a CRS. El objeto de la sociedad será ejecutado y cumplido en los términos y condiciones establecidos en los pliegos de condiciones de la licitación pública No. SEA-LP-001-2009 y aquellos establecidos en el contrato de concesión que para el efecto se suscriba. La sociedad, por su cuenta y riesgo, realizará y ejecutará las obras necesarias para la construcción, rehabilitación, ampliación y mejoramiento, del proyecto vial Ruta del Sol correspondientes al sector 2, la preparación de los estudios definitivos, la gestión predial y social, la obtención y/o modificación de licencias ambientales, la financiación, la operación y el mantenimiento de las obras, en el sector 2 Puerto Salgar – San Roque, así como también explotar todos los bienes de la concesión en el sector, de acuerdo con lo previsto en el contrato de concesión y en la ley, explotación que comprende el uso para fines comerciales o publicitarios de los activos concesionados, e igualmente de los bienes inmuebles (por adhesión o accesión) o muebles que hagan parte del sector 2 y hayan sido construidos por la sociedad concesionaria o que hayan sido entregados por el INCO en concesión, en desarrollo del contrato de concesión, con sujeción a los términos y condiciones expresamente previstos en éste.

(...)

“(a) La contraprestación de la CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. consistirá en (i) los Aportes del INCO al Patrimonio Autónomo en los términos señalados en la sección 13.03 del contrato de concesión, Anexo No. 1 a los pliegos de condiciones de la licitación, (ii) los ingresos provenientes del recaudo de peaje, en los términos señalados en la sección 13.05 del Contrato de Concesión.

(...)

“(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 (por adhesión o acción) o muebles que formen parte del sector 2 que hayan sido construidos por el concesionario o que hayan sido entregados por el INCO en concesión, en desarrollo del contrato, en los términos y condiciones expresamente previstos en el contrato, en particular en el apéndice técnico y en la ley del contrato”.

5.3. Copia de la Escritura No. 2906 de diciembre 23 de 2009 otorgada en la Notaría Veinticinco (25) del Círculo de Bogotá en la cual por medio de la cual la CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A con NIRE 33300160981, ODEBRECHT INVERSIONES EM INFRAESTRUCTURA LTDA con NIRE 33207557192, ESTUDIOS Y PROYECTOS DEL SOL S.A. con NIT 900.192.242-3 y CSS CONSTRUCTORES con NIT 832.006.599-5 aclararon “la Escritura Pública No. 2103 del 22 de diciembre de 2009 de la Notaría 22 de Bogotá”, modificándose la denominación social y el objeto social de la siguiente manera:

“Se procede a su modificación para que quede consignado ahora en adelante así:



“ART. 1 – DENOMINACIÓN SOCIAL, NATURALEZA JURÍDICA Y RESPONSABILIDAD: La sociedad por acciones simplificada que se construye mediante el presente documento, se denomina CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. Será una sociedad de capitales cuya naturaleza será siempre comercial. El régimen de responsabilidad de los accionistas será en general, el previsto en el Código de Comercio y en la ley 1258 de 2009 y se regirá por todo lo que al respecto sea aplicable en la ley 80 de 1993, ley especial de la contratación pública.

(...)

“Teniendo en cuenta la aclaración realizada en la cláusula primera de esta escritura el objeto social queda descrito de la siguiente forma:

“ART. 4 – OBJETO SOCIAL: El objeto social principal de la Sociedad Concesionaria es: (i) La suscripción y ejecución del Contrato de Concesión correspondiente al Sector 2 que le sea adjudicado a la CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. El objeto de la sociedad será ejecutado y cumplido en los términos y condiciones establecidos en los pliegos de condiciones de la licitación pública No. SEA-LP-001-2009 y aquellos establecidos en el contrato de concesión que para el efecto se suscriba. La sociedad, por su cuenta y riesgo, realizará y ejecutará las obras necesarias para la construcción, rehabilitación, ampliación y mejoramiento, del proyecto vial Ruta del Sol correspondientes al sector 2, la preparación de los estudios definitivos, la gestión predial y social, la obtención y/o modificación de licencias ambientales, la financiación, la operación y el mantenimiento de las obras, en el sector 2 Puerto Salgar – San Roque, así como también explotar todos los bienes de la concesión en el sector, de acuerdo con lo previsto en el contrato de concesión y en la ley, explotación que comprende el uso para fines comerciales o publicitarios de los activos concesionados, e igualmente de los bienes inmuebles (por adhesión o accesión) o muebles que hagan parte del sector 2 y hayan sido construidos por la sociedad concesionaria o que hayan sido entregados por el INCO en concesión, en desarrollo del contrato de concesión, con sujeción a los términos y condiciones expresamente previstos en éste.

(...)

“(a) La contraprestación de la CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. consistirá en (i) los Aportes del INCO al Patrimonio Autónomo en los términos señalados en la sección 13.03 del contrato de concesión, Anexo No. 1 a los pliegos de condiciones de la licitación, (ii) los ingresos provenientes del recaudo de peaje, en los términos señalados en la sección 13.05 del Contrato de Concesión.

(...)

“(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 (por adhesión o acción) o muebles que formen parte del sector 2 que hayan sido construidos por el concesionario o que hayan sido entregados por el INCO en concesión, en desarrollo del contrato, en los términos y condiciones expresamente previstos en el contrato, en particular en el apéndice técnico y en la ley del contrato” (f. 203-208).

- **Análisis:** En la escritura de constitución de la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., y en su aclaración, se protocolizó de manera expresa que el objeto de la sociedad sería la celebración y ejecución del contrato estatal de concesión producto de la licitación No. SEA-LP-001-2009 correspondiente al proyecto denominado Ruta del Sol Sector 2, que implicaba la realización de obras de construcción, rehabilitación, ampliación y mejoramiento, del proyecto



vial Ruta del Sol correspondientes al sector 2, así como la explotación de todos los bienes de la concesión en el sector.

6. Copia del contrato de concesión No. 001 de enero 14 de 2010 celebrado entre el Instituto Nacional de Concesiones (INCO) y la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S, y de sus apéndices.

7. Copia de contrato de Fiducia Mercantil del 5 de mayo de 2010.

8. Oficio radicado con el SIAF E-2019-655544 del 24710/2019 suscrito por el Vicepresidente Ejecutivo de la Agencia Nacional de Infraestructura en el cual se informó que:

“las estaciones de peaje denominadas “Zambito”, “Aguas Negras”, “La Gómez” y “Morrison”, correspondientes al Proyecto Ruta del Sol Sector 2, previo a la suscripción del Contrato de Concesión No. 001 de enero 14 de 2010, se encontraban a cargo del Instituto Nacional de Vías – INVIAS, a través de su contratista VIPSA 2004, quien el día 7 de abril de 2010, hizo entrega de las estaciones de peaje al INVIAS y éste al Instituto Nacional de Concesiones – INCO, quien en el mismo acto de fecha 7 de abril de 2010, realizó la entrega inmediata a la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., como consta en las actas adjuntas, por lo que el recaudo pasó de estar a cargo del contratista del INVIAS a la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S, a partir del día 7 de abril de 2010 y hasta el 20 de octubre de 2017...” (f. 641).

9. Copia de la Resolución No. 01097 del 19 de marzo de 2010 “Por la cual se autoriza la entrega de una infraestructura vial al Instituto Nacional de Concesiones, para ser afectada al proyecto de concesión denominado Ruta del Sol” firmada por el Director General del Instituto Nacional de Vías (INVÍAS) en cuya parte resolutive se dispuso lo siguiente:

“ARTÍCULO PRIMERO: Autorizar la entrega al Instituto Nacional de Concesiones – INCO, para ser afectada al contrato de concesión No. 001 del 14 de enero de 2010, suscrito por la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., de los siguientes sectores viales, con todas las obras de infraestructura que forman parte del mismo, incluías las estaciones de peaje y pesaje mencionadas en el presente acto administrativo.

(...)

ARTÍCULO SEGUNDO: Autorizar a partir del acta de entrega y recibo que el INVÍAS efectúe al INCO y de éste a su vez a la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., y hasta la fecha de terminación del contrato de concesión No. 011 de 2010, la cesión del recaudo de las estaciones de peaje ZAMBITO, AGUAS NEGRAS, LA GÓMEZ y MORRISON. Así mismo se autoriza la entrega de las estaciones de pesaje La Lizama 1 localizada en el PR 4+0100 y La Lizama 2 ubicada en el PR 4+0050. Lo anterior para ser afectados al contrato de concesión citado.

(...)

ARTÍCULO CUARTO (...) PARRAFO: A partir de la fecha y hora en que se haga efectiva el acta de entrega y recibo, cesará en favor del INVIAS cualquier tipo de responsabilidad de todo orden que se pueda generar como consecuencia de la operación y administración de la vía, la cual corresponderá al INCO y/o al Concesionario. Igualmente, a partir de dicha efectividad la responsabilidad por el mantenimiento periódico y rutinario de la vía y de todas las obras de infraestructura que la conforman incluyendo las demás que ejecutará el



concesionario, así como su operación, garantizando igualmente la transpirabilidad del sector objeto de entrega, será del INCO y/o del concesionario” (CD. F. 646).

10. Copia de la Resolución No. 01282 de marzo 31 de 2010 “Por la cual se modifica la resolución No. 01097 del 19 de marzo de 2010, mediante la cual se autoriza la entrega de una infraestructura vial al Instituto Nacional de Concesiones, para ser afectada al proyecto de concesión denominado “Ruta del Sol”.

11. Copia acta de 7 de abril de 2010 “...de entrega del INVÍAS al INCO del sector La Mata – San Roque, comprendido entre los PR s 0+0000 y 86+1702, Ruta 4515, para ser afectado al contrato de concesión No. 001 suscrito entre el INCO y la Sociedad CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S”.

12. Copia de acta de entrega del INVIAS al INCO del sector Puerto Salgar – Rio Ermitaño, comprendido entre los PRs 34+0000 y 134+0461 de la carretera Honda Rio Ermitaño, ruta 4510, para ser afectado al contrato de concesión No. 001 de 2010 suscrito entre el INCO y la sociedad CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S.

13. Copia acta de 7 de abril de 2010 “...de entrega del INVÍAS al INCO del Sector San Alberto – La Mata, comprendido entre los PRs 0+0000 y 99+0923 ruta 4514, para ser afectado al contrato de concesión No. 001 suscrito entre el INCO y la Sociedad CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S”.

14. Copia del acta de entrega de la estación de peaje “Pailitas” de fecha 2 de julio de 2010.

15. Copia acta de 7 de abril de 2010 “...de entrega del INVÍAS al INCO de los sectores Rio Ermitaño – La Lizama (...) para ser afectado al contrato de concesión No. 001 suscrito entre el INCO y la Sociedad CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S”.

16. Copia de las acta de entrega y recibido de las estaciones de peaje Zambito, Aguas Negras, La Gómez, Morrison, La Lizama, Macheta.

17. Copia del acta de entrega del Sector 2 Ruta del Sol, del 7 de abril de 2010, firmada entre el Supervisor del INCO y el Representante Legal de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., en la cual se lee:

“IV. LAS PARTES ACUERDAN:

“1- Realizar en este acto la Entrega por parte del INCO al CONCESIONARIO, del Sector 2 del proyecto Ruta del Sol – Contrato de Concesión No. 001 de 2010, en el estado en que se encuentra.

“2. Todos los bienes puestos a disposición del CONCESIONARIO son aceptados por éste, en el estado en que se encuentran. NO se hace entrega de la estación de peaje de Pailitas, la cual el INCO se compromete a entregar al CONCESIONARIO en operación 10 días después de terminada su construcción, sin pasar del 30 de mayo de 2010, previa socialización, construcción, instalación y operación de la misma por parte del INVIAS, durante un periodo máximo de 10 días.

“3. En vista de que la estructura tarifaria de los peajes está plenamente vigente a la presente fecha, el INCO acepta que el CONCESIONARIO asuma a partir de la fecha, el recaudo de los peajes del sector, sin restricción física o legal de ninguna especie”.



18. Copia de la Resolución No. 000062 del 14 de enero de 2010 “Por la cual se ordena la instalación y entrega de las estaciones de peajes y se fijan las tarifas de peaje y procedimientos de ajuste para la concesión del proyecto vial denominado Autopista del Sol Sector 2: Puerto Salgar – San Roque” (fl. 291 y ss). En la parte considerativa de la resolución se lee:

“Sector 2 Puerto Salgar - San Roque: tiene una extensión de 528 KM y el alcance del proyecto es la rehabilitación y mejoramiento de la vía existente y la duplicación de la calzada. En este tramo están ubicadas cuatro (4) casetas de peaje – Zambito, Aguas Negras, La Gómez y Morrison y será ubicada una nueva caseta de peaje en las inmediaciones del Municipio de “Pailitas”.

(...)

Que de acuerdo con la estructura financiera, el Sector 2 del proyecto será financiado por aportes públicos, capital privado e ingresos de recaudo de cinco (5) estaciones de peajes a saber: Zambito, Aguas Negras, La Gómez, Morriso, Pailitas (nuevo)”

En la parte resolutive se consignó lo siguiente:

“ARTÍCULO PRIMERO: ordenar al Instituto Nacional de Vías la instalación de una nueva estación de peaje que se denominará “Pailitas”, al cual se localiza aproximadamente en el PR 45+000 de la ruta 4515.

“ARTÍCULO SEGUNDO. Ordenar al Instituto Nacional de Vías hacer entrega de la estación de peaje de “Pailitas” al Instituto Nacional de Concesiones, durante el periodo comprendido entre la apertura de la licitación y la fecha del acta de inicio del respectivo contrato de concesión para que de acuerdo con lo previsto en la presente Resolución, el INCO haga entrega de la estación de peaje al concesionario del Sector 2 Puerto Salgar – San Roque” (f. 292).

- **Análisis:** Los medios de prueba relacionados en los numerales 6 a 18 denotan que el Contrato de Concesión tuvo por objeto el otorgamiento de una concesión para que el concesionario elaborara los diseños, financiara, obtuviera las licencias ambientales y demás permisos, adquiriera los predios, rehabilitara, construyera, mejorara, operara y mantuviera el Sector 2.

Que a partor de las obligaciones asumidas por la Sociedad Concesionaria en virtud de la Sección 7.01 del contrato de Conceción y del Apéndice Social y Predial, el Despacho concluye que la obligación de la sociedad concesionaria de adelantar el proceso de enajenación voluntaria de los predios necesarios para ejecutar las obras, gestión que el concesionario debía desarrollar con el propósito de asegurar la disponibilidad de los predios para el objeto del contrato y que comprendía la suscripción de ofertas formales de compra, de promesas de compraventa y de las escrituras de compraventa, comportaba el ejercicio de una función pública, pues según el artículo 34 de la ley 105 de 1994 esa era una función propia de la entidad estatal concedente, que por virtud del contrato de concesión No. 001 de 2010 fue transferida al concesionario.



Que según el numeral 1.2., del Apéndice Técnico A, el sector concesioando comprendía el corredor vial ubicado entre Puerto Salgar y San Roque con una extensión de 528 kilómetros y que con ocasión de dicho contrato, el concesionario recibió la infraestructura vial comprendida entre Puerto Salgar y San Roque, no para su uso personal y particular sino para que en reemplazo del Estado, operara, manejara y administrara esa infraestructura con miras al cumplimiento de unos fines públicos concretos: “garantizar la disponibilidad del Sector al tránsito en forma permanente” (numeral 4.2., del Apéndice Técnico B) y procurar la integración de las zonas de producción del consumo del país (artículo 12 de la ley 105 de 1993), fines que antes de su concesión, correspondía cumplir al INVIAS a cuyo cargo se encontraban las funciones de “Recaudar los peajes y demás cobros sobre el uso de la infraestructura vial de su competencia” (Art 2 numeral 2.6 Decreto 2056 de 2003⁸⁸) y “Administrar integralmente los procesos de (...) **operación** (...) de la infraestructura de carreteras primarias no concesionada” (Art. 15 numeral 15.2 ibídem), funciones que con ocasión del contrato 001 de 2010 asumió la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., circunstancia que dio lugar al ejercicio de función pública por parte de esta Sociedad Concesionaria, en los términos del artículo 53 de la ley 734 de 2002 que establece que un particular asume el ejercicio de función pública cuando “por disposición legal, acto administrativo, convenio o contrato, realice funciones administrativas o **actividades propias de los órganos del Estado, que permiten el cumplimiento de los cometidos estatales...**”.

19. Certificación del representante legal de la FIDUCIARIA CORFICOLMBIANA S.A., según la cual: “1.(...) la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA con NIT 830.125.996-9 ha trasladado a la Cuenta Aporte INCO Fideicomiso Ruta del Sol Sector 2 por concepto de vigencias futuras, entre mayo de 2011 (fecha de perfeccionamiento del contrato de concesión) a enero de 2017, el valor de dos billones setecientos once mil cuatrocientos noventa y siete millones doscientos sesenta y cinco mil cuatrocientos seis pesos con sesenta y tres centavos mcte (\$2.711.497.265.406.63)” (f. 224).

20. Certificación No. 316401-0122-2019 del representante legal de la FIDUCIARIA CORFICOLMBIANA S.A., según la cual: “1. (...) la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA, durante la ejecución del contrato de concesión No. 001 de 2010, instruyó a la FIDUCIARIA CORFICOLMBIANA S.A., como vocera y administradora del patrimonio autónomo Ruta del Sol Sector 2, hacer traslados desde la Cuenta Aportes INCO, hacia la Cuenta Aportes Concesionario, por un total de un billón doscientos cuarenta y cinco mil trescientos millones novecientos setenta y seis mil novecientos pesos m/cte (\$1.245.300.976.913.00), con destinación a: (i) pagos por la finalización de Hitos y (ii) pagos por avances de obra” (f. 226).

⁸⁸ El Decreto 2056 de 2003 vigente para la fecha de celebración del contrato de concesión, fue derogado por el artículo 27 del Decreto 2618 de 2013, el cual continuó señalado como funciones del INCO: “2.6 Recaudar los peajes y demás cobros sobre el uso de la infraestructura vial de su competencia.” y “16.2 Administrar integralmente los procesos de construcción, conservación, rehabilitación, **operación**, señalización y de seguridad de la infraestructura vial primaria y secundaria no concesionada”



21. Certificación No. 316401-0123-2019 del representante legal de la FIDUCIARIA CORFICOLOMBIANA S.A., según la cual el Instituto Nacional de Concesiones (hoy ANI) giró a la “Subcuenta Estudios y Obras” la suma de “10.330.791.573.00”.

22. Certificación No. 316401-0124-2019 del representante legal de la FIDUCIARIA CORFICOLOMBIANA S.A., que señala que “desde mayo de 2010 hasta 20 de octubre de 2017, el Fideicomiso Ruta del Sol Sector 2 ha recibido los siguientes aportes por concepto de peajes” la suma de “963.427.944.917.71” (f. 232).

23. Contrato de fiducia mercantil irrevocable de administración de recursos del 5 de mayo de 2010 que dentro de su contenido señala lo siguiente:

“CLÁUSULA SEGUNDA. NATURALEZA DEL CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL. (...) El Patrimonio Autónomo estará exclusivamente afecto a las finalidades previstas en el CONTRATO DE CONCESIÓN y en el presente CONTRATO DE FIDUCIA.

CLAUSULA SÉPTIMA. ADMINISTRACIÓN DE LOS BIENES FIDEICOMISITOS: Los recursos que conforman los Bienes Fideicomisitos serán administrados así:

7.1 Cuenta Aportes Concesionario: Esta Cuenta Aportes Concesionario se fondeará con los aportes de capital de acuerdo con lo señalado en la Sección 6.02(a) del CONTRATO DE CONCESIÓN, así como con los recursos provenientes del recaudo de los Peajes, de la financiación obtenida de los Prestamistas y de la Cuenta Aportes INCO.

(...)

Los recursos disponibles en esta Cuenta Aportes Concesionario se destinarán única y exclusivamente a:

1) La atención de todos los pagos, costos y gastos a cargo del Concesionario para el cumplimiento de sus obligaciones derivadas CONTRATO DE CONCESIÓN, incluyendo pero sin limitarse al fondeo de la Subcuenta de Predios, la Subcuenta de interventoría, la Subcuenta de Supervisión Aérea, y la Subcuenta Divulgación, de conformidad con lo establecido en los numerales 7.04, 10.05, 3.02(d)(iv) y 7.07(b) del CONTRATO DE CONCESIÓN el cual forma parte integral del presente CONTRATO DE FIDUCIA.

2) El pago de los impuestos que se causen con ocasión de la suscripción y ejecución del Contrato de Fiducia Mercantil, y el pago de la comisión pactada a favor de LA FIDUCIARIA. (...). **Los recursos remanentes de esta Cuenta Aportes Concesionario, una vez cumplida la finalidad de esta cuenta serán de libre disposición del Concesionario.**

CLÁUSULA UNDÉCIMA. OBLIGACIONES DE LAS PARTES: Para el desarrollo del objeto de este contrato de fiducia mercantil las partes deben cumplir con las siguientes obligaciones:

(...)

II. DEL FIDEICOMITENTE

(...)

2. Emitir las órdenes de restitución de bienes fideicomitidos que formen parte de la cuenta de aportes concesionario de conformidad con las facultades y restricciones que se establecen en el CONTRATO DE CONCESIÓN...



“CLÁUSULA DUODÉCIMA. DERECHOS DE LAS PARTES: son derechos de las partes:

12.1. DERECHOS DEL FIDEICOMITENTE:

1). Disponer, con sujeción a lo establecido en el CONTRATO DE CONCESIÓN, de los Bienes Fideicomitidos que forman parte de la Cuenta Aportes Concesionario. Para tales efectos, el Fideicomitente impartirá las siguientes órdenes:

- a. De transferencia de recursos de esa cuenta del fideicomiso hacia la cuenta aportes INCO.
- b. De transferencia de recursos entre las diferentes Sub cuentas de la cuenta aportes concesionario.
- c. De restitución de bienes fideicomitidos que formen parte de la cuenta aportes concesionario.**

Análisis: Los elementos de prueba citados en los numerales 19 a 23 demuestran que en la ejecución del contrato estatal de concesión 001 de 2014 estaban comprometidos recursos de naturaleza pública y que si este hecho se analiza en conjunto con el contenido obligaciones del contrato de concesión y del contrato de fiducia mercantil, en los términos en que fue hecho en el numeral 1.4 de la presente decisión, al cual se remite, se puede concluir que la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol SAS., tenía a su cargo la administración de recursos públicos, al tener a su cargo el recaudo de los peajes ubicados en el sector 2 de la ruta del sol, siendo el peaje una renta que hacía parte del presupuesto del INVIAS y que con ocasión del contrato de concesión, se destinó a unos fines específicos determinados tanto en el contrato de concesión, como en el contrato de fiducia mercantil, materializándose la administración de recursos públicos tanto en el recaudo de los peajes ubicados en sector concesionado, como en la calidad de ordenante la cuenta “Aportes Concesionario” donde se consignaban los peajes, calidad de lo facultaba para disponer de los recursos allí consignados para el pago de costos y gastos reales asociados a al ejecución del contrato de concesión.

Pruebas que demuestran la existencia del contrato celebrado entre la sociedad Profesionales de Bolsa S.A., y la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., y su pago con cargo a recursos de naturaleza pública

24. Documentos relacionados con la contratación de la Compañía Profesionales de Bolsa S.A., Comisionista de Bolsa (CD f. 83 C 1).

24.1. Copia de la “Oferta Mercantil de Prestación de Servicios de Asesoría Financiera y Banca de Inversión” firmada por la representante legal de la Compañía de Profesionales de Bolsa S.A., Comisionista de Bolsa y dirigida a la Concesionaria Ruta del Sol SAS, de fecha “Marzo 27 de 2014”.

24.2. Escrito de marzo 27 de 2014 firmado por EDER PAOLO FERRACUTI representante legal de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., a través del cual



comunicó a la COMPAÑÍA DE PROFESIONALES DE BOLSA S.A COMISIONISTA DE BOLSA:

“...por medio de la presente comunicación y debidamente facultado para el efecto, acepto la Oferta Mercantil recibida de parte de COMPAÑÍA DE PROFESIONALES DE BOLSA S.A., COMISIONISTA DE BOLSA, de fecha marzo 27 de 2014, cuyo objeto es la Prestación de Servicios de Asesoría Financiera y Banca de Inversión, en los términos establecidos en la misma, la cual se entenderá efectiva a partir de la presente fecha.

En constancia de lo anterior, se firma la presente Orden de Servicios a los veintisiete (27) días del mes de marzo de 2014”.

24.3. Copia de factura de venta No. 55043 del 15 de diciembre de 2014, de la Compañía Profesionales de Bolsa por un valor total de \$3.239.880.000 correspondientes a los siguientes conceptos:

- Prestación de Servicios de Asesoría Financiera y Banca de Inversión \$2.793.000.000.
- Iva Prestación de Servicios de Asesoría Financiera y Banca de Inversión \$446.680.000.

24.4. Copia factura No. 55053 del 14 de enero de 2015 de la Compañía Profesionales de Bolsa por un valor total de \$3.076.320.000 correspondientes a los siguientes conceptos:

- Valor porcentaje pendiente de facturar de diciembre de acuerdo con el contrato: \$977.000.000.
- Iva valor porcentaje pendiente de facturar de diciembre de acuerdo con el contrato: \$156.320.000.
- Valor correspondiente al segundo pago de acuerdo a lo establecido en el contrato: \$1.675.000.000.
- Iva Valor correspondiente al segundo pago de acuerdo a lo establecido en el contrato: \$268.000.000.

24.5. Copia de factura de venta No. 55064 de marzo 11 de 2015 de la Compañía Profesionales de Bolsa por un valor total de \$1.943.000.000 correspondientes a los siguientes conceptos:

- Valor correspondiente al tercer pago, de acuerdo con el contrato: \$1.675.000.000.
- Iva Valor correspondiente al tercer pago de acuerdo con el contrato: \$268.000.000.



24.6. Copia de factura de venta No. 55072 del 11 de mayo de 2015 de la Compañía Profesionales de Bolsa por un valor total de \$1.456.960.000 correspondientes a los siguientes conceptos:

- Valor correspondiente al cuarto pago, de acuerdo con el contrato: \$1.258.000.000
- Iva Valor correspondiente al cuarto pago de acuerdo con el contrato: \$200.960.000.

24.7. Copia de “Acta de liquidación de contrato” del 2 de marzo de 2015.

24.8. Oficio radicado con el SIAF E-2019-200660 en el cual el representante legal de la FIDUCIARIA CORFICOLOMBIANA S.A., dio al Despacho la siguiente información:

“Nos permitimos informar que la fiduciaria como vocera del patrimonio autónomo Ruta del Sol Sector II, realizó los pagos que se relacionan a continuación, en el 100% de los casos, conforme instrucciones escritas del Fideicomitente CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S., en su calidad de ordenador del gasto de la cuenta “Aportes Concesionario” del Fideicomiso y responsable exclusivo de la ejecución y contabilidad del Proyecto de Concesión, bajo los procedimientos contractualmente establecidos:

No.	Fecha	Valor Movimiento	Nit Beneficiario	Beneficiario
1	27/10/2011	14.999.670.00	800019807	PROFESIONALES DE BOLSA
2	18/12/2014	2.838.637.620.00	800019807	PROFESIONALES DE BOLSA
3	16/01/2015	2.695.333.680.00	800019807	PROFESIONALES DE BOLSA
4	20/03/2015	1.702.369.500.00	800019807	PROFESIONALES DE BOLSA
5	14/05/2015	1.276.523.040.00	800019807	PROFESIONALES DE BOLSA

25. Informe de la visita in situ realizada por la Superintendencia Financiera de Colombia a la compañía Profesionales de Bolsa S.A., en el mes de junio de 2017. Este informe es de fecha 29 de junio de 2017 y señala lo siguiente:

La entidad allegó a la comisión de visita la copia de 4 facturas emitidas al concesionario Ruta del Sol SAS., con las siguientes características:

No. De Factura	Fecha	Monto Bruto
55043	15/12/14	\$2.793.000.000
55053	14/01/15	\$5.652.000.000
55054	11/03/15	\$1.675.000.000
55072	11/05/15	\$1.256.000.000
Monto Bruto Total		\$8.376.000.000

Como se puede observar en el cuadro anterior el monto bruto total facturado corresponde a \$8.376.000.000.



Al respecto esta comisión de visita solicitó los comprobantes de ingresos correspondientes a dichos pagos, observando que los mismos se realizaron a través de consignaciones ACH por Corficolombiana Fidu S.A., bajo el ordenante “Peaje Morrison Contrato 001/2010”.

26. Oficio No. 2020032926-001-000 del 4 de marzo de 2020 firmado por el Director Legal de Intermediarios de Valores de la Superintendencia Financiera de Colombia y comprobantes de ingreso con él remitidos (f. 1080 a 1087).

A través de este oficio se remitieron los siguientes comprobantes de ingreso de los pagos recibidos por la Compañía Profesionales de Bolsa S.A., a través de consignaciones ACH de la Fiducia Corficolombiana bajo el ordenante “Peaje Morrison 001/2010”:

- Copia factura No 55043 el 15 de diciembre de 2014 dirigida a la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., por parte de Profesionales de Bolsa, en el cual se facturó el concepto de “Prestación de Servicios de Asesoría Financiera y Banca de Inversión” (f. 1081 anverso); Copia comprobante de ingreso de la firma Profesionales de Bolsa del 18 de diciembre de 2014, por valor de \$2.838.637.620 correspondientes a la cancelación de la factura de venta No. 55043. En el comprobante de ingreso se señala que la suma se recibió de: “PEAJE MORRISON CONTRATO 001/2010” (f. 1081 reverso); y copia “NOTA DÉBITO Y CRÉDITO” que demuestra que el abono el cuenta fue realizado a través de la Fiduciaria Corficolombiana el 18 de diciembre de 2014 (f. 1082 anverso).

- Copia factura No. 55053 del 14 de enero de 2015 dirigida a la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S, por parte de Profesionales de Bolsa (f. 1082 reverso); Copia de comprobante de ingreso de la firma Profesionales de Bolsa de fecha 16 de enero de 2015, por valor de \$2.695,333,680 donde se señala que la suma se recibió de: “PEAJE MORRISON CONTRATO 001/2010” (f. 1083 anverso); y copia “NOTA DÉBITO Y CRÉDITO” que demuestra que el abono el cuenta fue realizado a través de la Fiduciaria Corficolombiana el 16 de enero de 2015 (f. 1084 anverso).

- Copia de factura No. 55064 del 15 de marzo de 2015 dirigida a la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., por parte de Profesionales de Bolsa (f. 1084 reverso); Copia de comprobante de ingreso de la firma Profesionales de Bolsa de fecha 20 de marzo de 2015, por valor de \$1.702.369.500 correspondientes a “CANCELACIÓN FRA # 55064” donde se señala que la suma se recibió de: “PEAJE MORRISON CONTRATO 001/2010” (f. 1085 anverso); y Copia de relación de movimiento de cuenta correspondientes al día 20 de marzo de 2015 el cual contiene un abono en cuenta por \$1.702.369.500 (f. 1085 reverso).

- Copia factura No. 55072 del 11 de mayo de 2015 dirigida a la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., por parte de Profesionales de Bolsa (f. 1086 anverso); Copia de comprobante de ingreso de la firma Profesionales de Bolsa de fecha 14 de mayo de 2015, por valor de \$1.276.523.040 correspondientes a



“CANCELACIÓN FRA # 55072” donde se señala que la suma se recibió de: “PEAJE MORRISON CONTRATO 001/2010” (f. 1086 anverso); y copia “NOTA DÉBITO Y CRÉDITO” que demuestra que el abono el cuenta fue realizado a través de la Fiduciaria Corficolombiana el 14 de mayo de 2015 (f. 1087 anverso).

- Copia de “Reporte de Movimiento de Terceros” de la Compañía Profesionales de Bolsa, correspondiente al periodo: “01/01/2014 al 31/12/2015” en el cual se relacionan los abonos en cuenta realizados por “PEAJE MORRISON CONTRATO 001/2010) el 18 de diciembre de 2014 por \$2.838.637.620, 16 de enero de 2015 por \$2.695,333,680, marzo 20 de 2015 por \$1.702.369.500 y 14 de mayo de 2015 por \$1.276.523.040 (f. 1087 reverso).

- **Análisis:** De los elementos de prueba citados en los numerales precedentes se concluye, que de manera previa la reunión de junta directiva realizada el día 21 de febrero de 2014, la Sociedad Compañía Profesionales de Bolsa S.A., realizó una oferta de prestación de servicios con fecha 27 de marzo de 2014, la cual fue aceptada ese mismo día por el señor EDER PAOLO FERRACUTTI Representante Legal de la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., habiéndose realizado pagos con ocasión de dicho contrato, por un valor neto de \$8.378.000.000 y total incluido IVA de \$9.467.270.400, con cargo a recursos públicos recaudados en el Peaje Morrison ubicado en el trayecto denominado Ruta del Sol Sector 2.

Pruebas que permiten concluir que se realizaron dos actas falsas, correspondientes a la reunión de junta directiva del 21 de febrero de 2014.

27. Copia de Acta de Junta Directiva de febrero 21 de 2014 firmada por ELEUBERTO MARTORELI y LUIS ERNESTO PÉREZ DURAN como Secretario, que en el numeral 3 correspondiente a ítems de aprobación señala lo siguiente:

“Aprobación para la Suscripción del Otrosí No. 06 al Contrato de Concesión:

“Conforme lo expuesto en el punto referente al Informe Ocaña Gamarra y con base en el texto recibido por parte de la ANI, el presidente solicitó a la Junta Aprobación para la suscripción del Otrosí No. 6 correspondiente a la Construcción del Proyecto Ocaña – Gamarra, una vez revisado y explicado el texto por parte del Presidente a los Miembros de Junta, estos de manera unánime aprobaron la suscripción del Otrosí No. 6 al Contrato de Concesión”.

“Lectura y Aprobación del Acta de Junta.

“El secretario de la Junta Directiva procedió a hacer la lectura del Acta No. 49 correspondiente a la reunión ordinaria de la junta del día 31 de Enero del año 2014, la cual fue aprobada de manera unánime, por parte de todos los Miembros que asistieron a la reunión.

“No habiendo más asuntos que tratar, se hace un breve receso con el fin de elaborar el acta de la reunión, la cual es leída y aprobada por unanimidad por la Junta Directiva y como



constancia de ese hecho, se suscribe por el secretario y en prueba de visto bueno, por el Presidente de la Junta Directiva”.

28. Copia de acta de Junta Directiva de febrero 21 de 2014 firmada por ELEUBERTO MARTORELI como presidente de la Junta y LUIS ERNESTO PÉREZ DURAN como Secretario, que en el numeral 3 correspondiente a ítems de aprobación señala lo siguiente:

“Aprobación de Contratación de Asesoría Financiera:

Teniendo en cuenta la poca experiencia que la sociedad tiene en el mercado financiero y el corto tiempo con el que cuenta para lograr el cierre financiero del Proyecto Ocaña – Gamarra posterior a la suscripción del otrosí 6. El socio mayoritario solicita a la Junta Directiva autorización para que el Representante Legal de la CRDS, contrate un especialista Financiero, con el fin de que brinde asesoría encaminada a presentar alternativas de financiación y brindar apoyo a la Banca de inversión Corficolombiana en el cierre financiero del mencionado Proyecto.

Se propone la Contratación de la firma Compañía Profesionales de Bolsa S.A., por un valor básico de \$2.000.000.000 y una prima adicional de éxito dependiendo de las condiciones conseguidas en dicho cierre.

Una vez explicado por parte del Miembro de Junta representante del socio mayoritario las condiciones y calidades del servicio, y la experiencia de la firma presentada en el campo financiero del país, se aceptó de manera unánime por parte de los miembros de junta la contratación de dicha firma”

“Aprobación para la Suscripción del Otrosí No. 06 al Contrato de Concesión:

Conforme lo expuesto en el punto referente al Informe Ocaña Gamarra y con base en el texto recibido por parte de la ANI, el presidente solicitó a la Junta Aprobación para la suscripción del Otrosí No. 6 correspondiente a la Construcción del Proyecto Ocaña – Gamarra, una vez revisado y explicado el texto por parte del Presidente a los Miembros de Junta, estos de manera unánime aprobaron la suscripción del Otrosí No. 6 al Contrato de Concesión”

“Lectura y Aprobación del Acta de Junta.

“El secretario de la Junta Directiva procedió a hacer la lectura del Acta No. 49 correspondiente a la reunión ordinaria de la junta del día 31 de Enero del año 2014, la cual fue aprobada de manera unánime, por parte de todos los Miembros que asistieron a la reunión.

“No habiendo más asuntos que tratar, se hace un breve receso con el fin de elaborar el acta de la reunión, la cual es leída y aprobada por unanimidad por la Junta Directiva y como constancia de ese hecho, se suscribe por el secretario y en prueba de visto bueno, por el Presidente de la Junta Directiva”.

29. Copia de acta de Junta Directiva de febrero 21 de 2014 firmada por ELEUBERTO MARTORELI como presidente de la Junta y LUIS ERNESTO PÉREZ DURAN como Secretario, en el numeral 3 correspondiente a ítems de aprobación señala lo siguiente:

“Aprobación de Contratación de Asesoría Financiera:



Teniendo en cuenta la poca experiencia que la sociedad tiene en el mercado financiero y el corto tiempo con el que cuenta para lograr el cierre financiero del Proyecto Ocaña – Gamarra posterior a la suscripción del otrosí 6. El socio mayoritario solicita a la Junta Directiva autorización para que el Representante Legal de la CRDS, contrate un especialista Financiero, con el fin de que brinde asesoría encaminada a presentar alternativas de financiación y brindar apoyo a la Banca de inversión Corficolombiana en el cierre financiero del mencionado Proyecto.

Se propone la Contratación de la firma Compañía Profesionales de Bolsa S.A., por un valor básico de \$2.000.000.000 y una prima adicional de éxito dependiendo de las condiciones conseguidas en dicho cierre.

Una vez explicado por parte del Miembro de Junta representante del socio mayoritario las condiciones y calidades del servicio, y la experiencia de la firma presentada en el campo financiero del país, y considerando que no hubo unanimidad por todos los socios, la Junta aprobó por mayoría la contratación de dicha firma”

“Aprobación para la Suscripción del Otrosí No. 06 al Contrato de Concesión:

Conforme lo expuesto en el punto referente al Informe Ocaña Gamarra y con base en el texto recibido por parte de la ANI, el presidente solicitó a la Junta Aprobación para la suscripción del Otrosí No. 6 correspondiente a la Construcción del Proyecto Ocaña – Gamarra, una vez revisado y explicado el texto por parte del Presidente a los Miembros de Junta, estos de manera unánime aprobaron la suscripción del Otrosí No. 6 al Contrato de Concesión”

“Lectura y Aprobación del Acta de Junta.

“El secretario de la Junta Directiva procedió a hacer la lectura del Acta No. 49 correspondiente a la reunión ordinaria de la junta del día 31 de Enero del año 2014, la cual fue aprobada de manera unánime, por parte de todos los Miembros que asistieron a la reunión.

“No habiendo más asuntos que tratar, se hace un breve receso con el fin de elaborar el acta de la reunión, la cual es leída y aprobada por unanimidad por la Junta Directiva y como constancia de ese hecho, se suscribe por el secretario y en prueba de visto bueno, por el Presidente de la Junta Directiva”.

- **Análisis:** Los elementos de prueba relacionados en los numerales 27 a 29 demuestran, que para la fecha de realización de la visita especial efectuada a las instalaciones de Odebrecht en Colombia, fueron halladas tres versiones diferentes del acta de junta directiva No. 50 de 2014 firmadas por ELEUBERTO MARTORELI como presidente de la Junta y LUIS ERNESTO PÉREZ DURAN como Secretario.

En una versión dentro de los temas objeto de aprobación por la Junta Directiva solo aparece la suscripción del Otrosí No. 06 al contrato de concesión, correspondiente a la Construcción del Proyecto Ocaña – Gamarra.

En otra versión, además de la aprobación del Otrosí No. 6 al contrato de concesión, figura la justificación y la aprobación de una autorización al representante legal de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., para contratar a la firma Compañía Profesionales de Bolsa, haciéndose constar que el



contratación se justificaba “Teniendo en cuenta la poca experiencia que la sociedad tiene en el mercado financiero y el corto tiempo con el que cuenta para lograr el cierre financiero del Proyecto Ocaña – Gamarra posterior a la suscripción del otrosí” y que la autorización habría sido aceptada “de manera unánime por parte de los miembros de junta”.

Y en la tercera versión, junto a la aprobación del Otrosí No. 6 al contrato de concesión, se encuentra la justificación y aprobación de una autorización al representante legal de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., para contratar a la firma Compañía Profesionales de Bolsa, haciéndose constar que el contratación se justificaba “Teniendo en cuenta la poca experiencia que la sociedad tiene en el mercado financiero y el corto tiempo con el que cuenta para lograr el cierre financiero del Proyecto Ocaña – Gamarra posterior a la suscripción del otrosí” y que la autorización habría sido aceptada no por unanimidad sino por mayoría.

30. Copia de correo electrónico del 26 de marzo de 2015 remitido por “Luis Ernesto Pérez Durán [mailto: lperez@rutadelsol.com.co]” con destino a “Alberto Mariño S” y con copia a “Eder Paolo Ferracuti” con el asunto: “RE acta No. 50 de febrero de 2014 VF (modificación 2015)”. En este e-mail se lee:

“Doctor Alberto:

Conforme a su solicitud, enviamos la versión en Word del acta correspondiente a la reunión de febrero de 2014” (f. 266).

31. Copia de correo electrónico del 27 de marzo de 2015 remitido por “Alberto Marino S [mailto: amarinos@coviandes.com]” con destino a “Luis Ernesto Pérez Durán” con copia a “Eder Paolo Ferracuti” con el asunto “RE acta No. 50 de febrero de 2014 VF (modificación 2015)”. En este e-mail se lee:

“Remito la versión definitiva aprobada por nosotros

ALBERTO MARIÑO SAMPER
Gerente General

(...)

COVIANDES” (f. 265).

32. Copia de correo electrónico del 27 de marzo de 2015 remitido por “Luis Ernesto Pérez Durán [mailto: lperez@rutadelsol.com.co]” con destino a “Eleuberto Martorelli” y copia a “Eder Paolo Ferracuti; Alberto Mariño S”, con el asunto “RE acta No. 50 de febrero de 2014 VF (modificación 2015)”. En este e-mail se lee:

“Respetado Martorelli:

“Adjunta al presente correo enviamos para sus comentarios, la versión del acta de febrero de 2014 presentada por el Doctor Alberto Mariño, incluyendo algunas modificaciones a la versión que firmamos el pasado viernes” (f. 264).



33. Copia de correo electrónico de marzo 30 de 2015 remitido por “Eleuberto Martorelli [mailto: martorel@odebrecht.com]” con destino a “Iperez” con copia a Eder Paolo Ferracuti y Alberto Marino S, bajo el asunto “RE: Acta No. 50 de Febrero de 2014 VF (modificación 2015)”, en el cual se lee:

“Estimados,

La sugerencia de Alberto Mariño es:

Una vez explicado por parte del Miembro de Junta representante del socio mayoritario las condiciones y calidades del servicio y la experiencia de la firma presentada en el campo financiero del país, la junta aprobó por mayoría se aceptó de manera unánime por parte de los miembros de junta la contratación de dicha firma por cuanto los representantes de Episol no estuvieron de acuerdo.

Mi sugerencia, para cerrar de una vez por todas este tema, es escribir de la siguiente forma:

“Una vez explicado por parte del Miembro de la Junta representante del socio mayoritario las condiciones y calidades del servicio, y la experiencia de la firma presentada en el campo financiero del país, y considerando que no hubo unanimidad por todos los socios, la Junta aprobó por mayoría la contratación de dicha firma” (f. 263).

34. Copia de correo electrónico del 6 de abril de 2015 remitido por “Alberto Marino S. [mailto: amarinos@coviandes.com]” con destino a “Eleuberto Martorelli [mailto: martorel@odebrecht.com]” y “Iperez [mailto: lperez@rutadelsol.com.co]” con copia a “Eder Paolo Ferracuti [mailto: epferracuti@odebrecht.com]” bajo el asunto “RE: Acta No. 50 de Febrero de 2014 VF (modificación 2015)”, en el cual se lee:

“Estoy de acuerdo con la última redacción propuesta en el mail adjunto.
“ALBERTO MARIÑO SAMPER” (F. 262).

- **Análisis:** Las tres diferentes versiones del acta No. 50 de febrero 21 de 2014, y los correos electrónicos visibles a folios 262 y subsiguientes, demuestran que a través de dichos correos ELEUBERTO MARTORELLI y ALBERTO MARIÑO los días 26, 27 y 30 de marzo de 2015 y el 6 de abril de 2015, se pusieron de acuerdo sobre la forma en que iba a ser modificado el contenido original del acta 50 hasta llegar a la versión final de la cual se dio cuenta en el e-mail de marzo 30 de 2015 remitido por ELEUBERTO MARTORELLI con destino al secretario de la Junta, con copia a EDER PAOLO FERRACUTI y



ALBERTO MARIÑO, versión aprobada por el señor ALBERTO MARIÑO a través de correo electrónico del 6 de abril de 2015⁸⁹.

35. Copia de denuncia penal presentada por el señor ALBERTO MARIÑO SAMPER ante la Fiscalía General de la Nación el 18 de enero de 2019 en la cual se consignó lo siguiente:

“1. El 21 de febrero de 2014 sesionó la Junta Directiva de la sociedad CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. A ella asistimos tres miembros principales con derecho voto (Eleuberto Martorelli, Gustavo Ramírez y yo Alberto Mariño) dos suplentes (Oscar Hernández y Miguel Vargas) y cinco invitados (Felipe Cabral, Mauricio Millán, Marcelo Piller, Ricardo Paredes, Karen Tovar).

“2. La única decisión que se tomó por parte de la Junta Directiva ese día fue la aprobar la suscripción del Otro sí No. 6 al Contrato de Concesión.

(...)

Antes de ser abordado verbalmente por los señores Martorelli y Pérez Durán, ya Eleuberto Martorelli y Luis Ernesto Pérez Durán habían firmado una versión diferente (y en consecuencia falsa) del acta 50, en la que se incorporaba el texto que me fue remitido sin firma en versión Word para mis comentarios, afirmando que la contratación de Profesionales de Bolsa había sido aprobada por unanimidad.

(...)

Nunca se sometió a la Junta Directiva la modificación del acta 50. No podía haberse modificado el acta 50 sin aprobación de la mayoría de los asistentes a dicha Junta Directiva y sin un acto formal de discusión y aprobación de la modificación en Junta Directiva.

Mientras los representantes de Odebrecht manejaron la administración de la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., las actas de junta no se mantuvieron en un libro físico de actas, sino que se conservaban en un archivo electrónico (...) Al consultar dicho archivo electrónico el acta 50 que aparece es el acta original del 21 de febrero de 2014. No obstante en los archivos físicos de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S, reposan dos versiones distintas, todas ellas con la firma de Eleuberto Martorelli y Luis Ernesto Pérez Durán.

Fundamentos jurídicos

“El texto original y auténtico del acta 50 de la Junta Directiva de la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S es el que, por lo menos hasta hace pocos días reposa en el archivo magnético de la Sociedad conforme lo Certifica su representante legal (Anexo 10). Las versiones alternativas, firmadas por Eleuberto Martorelli y Luis Ernesto Pérez Durán son

⁸⁹ Correo electrónico del 6 de abril de 2015 remitido por “Alberto Marino S. [<mailto:amarinos@coviandes.com>]” con destino a “Eleuberto Martorelli martorel@odebrecht.com” y “lperez lperez@rutadelsol.com.co” con copia a “Eder Paolo Ferracuti epferracuti@odebrecht.com” bajo el asunto “RE: Acta No. 50 de Febrero de 2014 VF (modificación 2015)”, en el cual se lee:

“Estoy de acuerdo con la última redacción propuesta en el mail adjunto.
“ALBERTO MARIÑO SAMPER” (f. 262).



inequívocamente falsas, por cuanto nunca se autorizó por la Junta Directiva un acta adicional en la que se corrigiera el texto del acta No. 50. Tales versiones falsas del Acta 50 de la Junta Directiva de la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol SAS reposan en el archivo físico de la sociedad, lo cual supone uso de las mismas por parte de sus autores, pues excedió el ámbito estrictamente personal, para trascender al ámbito social y corporativo”.

Análisis: La denuncia penal presentada por el señor ALBERTO MARIÑO SAMPER ante la Fiscalía General de la Nación el 18 de enero de 2019, no sólo acredita la veracidad de los correos electrónicos antes transcritos, sino que además demuestra que el señor MARIÑO SAMPER reconoce como acta No. 50 original del 21 de febrero de 2014, aquella en la cual sólo aprobó la suscripción del Otrosí No. 6 al contrato de concesión, y como actas falsas las dos versiones firmadas por los señores ELEUBERTO MARTORELLI y LUIS ERNESTO PÉREZ DURÁN en las cuales se incluye la aprobación de la contratación de la firma Compañía Profesionales de Bolsa S.A.

Pruebas que permiten concluir que el contrato suscrito entre la Sociedad Compañía Profesionales de Bolsa y la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., es falso.

36. Copia del Informe del Controller de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., JORGE ENRIQUE PIZANO de fecha junio 25 de 2015, en el cual se lee (f. 159 anexo 1):

“Con respecto a los procedimientos de calidad se le ha recomendado a la administración que se deben ajustar urgentemente los procedimientos PR-RS.GSS-003 y PR-RS-GSS-001 del sistema de calidad de la Concesionaria Ruta del Sol SAS incluir en estos procedimientos que durante la ejecución y posteriormente liquidación de la orden de servicio o subcontrato o contrato u oferta mercantil o convenio u otros, deben presentar como soportes para sus pagos parciales o totales los informes respectivos o los soportes de los entregables acordados en dichos tipos de contratación por quienes están prestando o prestaron el servicio; como complemento al acta de recibo a satisfacción del contrato en ejecución o del contrato ejecutado; ya que la Concesionaria debe acreditar con soportes todas las operaciones, negocios y contratos; informes o entregables que independiente de la actualización de los procedimientos deben estar hoy en la carpeta de cada contratista al día; esta recomendación fue puesta de presente tanto en varios correos como en los comités directivos de Consol en su acta No. 48 del 24 de abril de 2015, sin desconocer la autonomía que existe en los representantes legales de la concesionaria Ruta del Sol SAS y del contrato EPC CONSOL como de CONSOL para la suscripción de los contratos referidos.

(...)

También se han realizado el levantamiento oportuno de no conformidades dentro del sistema de calidad por el no cumplimiento de los procedimientos de compras y suministros, especialmente de la no verificación de listas cautelares de algunos contratistas; esto es el resultado de realizar el cruce periódico y sistemático de la información de tesorería con listas de verificación de listas cautelares realizadas; arrojando que algunos contratistas de la Concesionaria Ruta del Sol SAS que no surtieron el proceso como es debido de verificación previa a la contratación, que no están en listas cautelares; entre otras exigencias de cumplimiento del procedimiento de calidad para compras y servicios, con las anteriores evidencias se le ha solicitado y recomendado vía email de forma enfática a la Presidencia como a las áreas responsables de administración de la adquisición de bienes y servicios de los correctivos de forma inmediata y de allegar la documentación correspondiente.



De la anterior advertencia a la administración de la Concesionaria Ruta del Sol SAS por parte del Controller se destacan muy especialmente los siguientes casos especiales de contratación de la Concesionaria que fueron advertidos y que se espera a la fecha de este informe la complementación de la información por parte de la administración de la Concesionaria de acuerdo a los procedimientos y múltiples solicitudes del Controller; a su vez de estos casos los miembros por parte de Corficolombiana en la Junta Directiva de la Concesionaria Ruta del Sol SAS como del comité directivo de CONSOL han sido debidamente informados:

(...)

NOMBRE EMPRESA	Fecha pago	No. de contrato	VALOR PAGO	SUB TOTALES POR EMPRESA
Profesionales de Bolsa	18 de diciembre 2015	OM-sin número	\$2.838.637.620	
Profesionales de Bolsa	16 de enero 2015	OM-sin número	\$2.695.333.680	
Profesionales de bolsa	14 de mayo de 2015	sd	\$1.276.523.040	\$6.810.494.340.00

Análisis: Del anterior documento se deduce que para la fecha del informe (25 de junio de 2015) no existía en la carpeta del contrato celebrado con la firma Compañía Profesionales de Bolsa S.A., soportes de los informes o entregables con base en los cuales se ordenaron los pagos.

37. Oficio con radicado No. E-2019-198686 donde la Superintendente Delegada para Intermediarios de Valores y Otros Agentes informó lo siguiente:

“... me permito informarle que la Delegatura para Intermediarios de Valores y Otros Agentes adelantó una actuación administrativa sancionatoria (Radicado No. 2018060682) de carácter institucional contra la Compañía de Profesionales de Bolsa S.A., que tuvo como resultado la imposición de una sanción administrativa, de carácter pecuniario, mediante Resolución No. 1799 del 19 de diciembre de 2018, cuya copia se adjunta en un (1) CD” (f. 218).

38. Copia de la Resolución No. 01799 de 2018 en la cual se lee lo siguiente:

“3.1.2. Concepto de violación

“... a la fecha del presente acto administrativo, no existen soportes documentales que permita verificar la transacción efectuada entre la firma comisionista y CRDS por concepto de asesoría financiera y banca de inversión, por la que se generaron ingresos operacionales por valor de \$8.376.000.000 como resultado de las cuatro (4) facturas aludidas en apartes precedentes, lo que desconocería lo dispuesto por el artículo 53 del Código de Comercio y las normas de información contable citadas en precedencia.

Lo anterior, en tanto los ingresos obtenidos por Profesionales de Bolsa S.A., con ocasión de los servicios prestados a CRDS por concepto de asesoría financiera y banca de inversión no serían, en principio, medibles con fiabilidad, por carecer de soportes contables que dieran cuenta del origen de los mismos, lo que impidió establecer, por lo menos (i) los derechos exigibles por cada uno de los implicados acerca del servicio que las partes han de suministrar o recibir, (ii) la contrapartida del intercambio, es decir, el valor de la remuneración que Profesionales de Bolsa S.A., recibiría por parte de CRDS por la prestación del servicio ofrecido y (iii) la forma y plazos de pago.

(...)

3.2.2. Concepto de Violación



“... en los estados financieros de la firma comisionista de bolsa se refleja un registro contable por \$8.376.000.000 por concepto de asesoría financiera, con ocasión de la ejecución de la oferta mercantil presentada a CRDS.

“Sin embargo, al solicitar a Profesionales de Bolsa S.A., los soportes del rubro indicado en el párrafo anterior, tal y como se determinó en los hechos en que se basa la presente actuación, se obtuvo una respuesta negativa por parte de la entidad, en tanto dichos documentos no reposaban en los archivos de la misma y se desconocía su ubicación...”.

(...)

11.1.5. De las consideraciones de esta Superintendencia respecto de los cargos imputados.

11.1.5.1. Consideraciones Generales

(...)

“Acredita Profesionales de Bolsa en la presente actuación administrativa la oferta de servicios, la orden de servicios suscrita por el Representante Legal de CRdS S.A.S., y la copia de las facturas expedidas por la sociedad, más no ha allegado documentación que soporta la ejecución de la labor encomendada, lo cual configura el sustento verdadero que dé lugar a acreditar que, efectivamente, la firma comisionista de bolsa prestó efectivamente un servicio a la concesionaria y por ende se justifica la expedición de las facturas libradas.

(...)

“... Profesionales de Bolsa S.A. no hizo entrega de dichos soportes, por cuanto figuraban en una carpeta extraviada, hecho sobre el cual se había interpuesto una denuncia. De esta forma, la Superintendencia no pudo verificar al momento de la diligencia practicada en CPdB los soportes de la información contable revelada en los estados financieros de fin de ejercicio con corte a 31 de diciembre de 2015 y que se relacionaba con la ejecución de la oferta mercantil aceptada por CRDS, por cuanto no contó con los soportes contables que dieran cuenta de la fiabilidad de la misma.

“Ahora bien, como fuera indicado en los numerales precedentes, en la comunicación radicada con el número 2018060682-005-000, en su respuesta al pliego de cargos CPdB adjunta los documentos titulados como OFERTA MERCANTIL DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE ASESORÍA FINANCIERA Y BANCA DE INVERSIÓN con fecha del 27 de marzo de 2014 proveniente de esa sociedad comisionista y firmado por el representante legal y el ANEXO No. 1 ORDEN DE SERVICIOS del 27 de marzo de 2014 proveniente de CRdS S.A.S. firmado por el representante legal de esa entidad.

“Así, es claro que la entidad cuenta como todo soporte del desarrollo de la oferta de servicios aceptada por CRdS los documentos aludidos y no tiene ningún otro documento que acredite la ejecución de la labor contratada como serían las proyecciones económicas, análisis de factibilidad y otros documentos que demuestren la consecución de recursos nuevos o la refinanciación de los “recursos del financiamiento estructural existentes”.

“Es del caso aclarar, que la importancia de estos documentos en punto al soporte del registro contable es establecida en la misma oferta, en tanto ellos eran generadores del cobro del contrato (...) en tanto sin dichos documentos no se podía haber efectuado el cobro correspondiente del contrato, resulta claro entonces que Profesionales de Bolsa S.A., no tenía los soportes contables suficientes para las facturas expedidas y que dieron lugar al registro presupuestal operacional correspondiente revelado en sus estados financieros con corte a 31



de diciembre de 2015, lo que hizo que la información contable no fuera fiable y por tal razón no es posible desvirtuar el cargo imputado.

(...)

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: Imponer como sanción a la COMPAÑÍA DE PROFESIONALES DE BOLSA S.A., identificada con el NIT 800.019.807-2 una multa por el valor equivalente a OCHENTA MILLONES QUINIENTOS CUARENTA Y TRES MIL SETECIENTOS CINCUENTA PESOS M/cte (\$80.543.750), por la infracción que se acredita en debida forma mediante la presente resolución para el primer cargo imputado, teniendo en cuenta los hechos y las razones expuestas en la parte motiva, en los términos establecidos en el considerando décimo primero de la misma” (f. 219).

En la parte considerativa al referir a los hechos se señaló lo siguiente:

“...no fue posible identificar la forma en que se definieron y originaron los pagos que fueron recibidos por Profesionales de Bolsa S.A., aludidos en el cuadro anterior, en tanto no se encontraron soportes que puedan relacionarse con la obtención de las comisiones de éxito a favor de Profesionales de Bolsa S.A., por la consecución de nuevos recursos o la refinanciación de los existentes.

“Teniendo en cuenta lo anterior, no fue posible determinar que los valores descritos por concepto de pago corresponden a los resultados definidos en la oferta y requeridos para efectuar el pago y el cálculo consecuente de la comisión a favor de Profesionales de Bolsa S.A., de acuerdo con los porcentajes establecidos y aceptados en la misma, dificultando su identificación dentro de la información financiera de la entidad con corte a 31 de diciembre de 2015”.

39. Informe de la visita in situ realizada por la Superintendencia Financiera de Colombia a la compañía Profesionales de Bolsa S.A., en el mes de junio de 2017. Este informe de fecha 29 de junio de 2017 señala lo siguiente:

“3.3.1. Inexistencia de soportes asociados a la ejecución del contrato.

“... la comisión de visita indagó a la entidad en relación con la documentación y/o soportes donde se diera cuenta de los estudios previos, tratativas, vinculación, presupuestos, costeos, personal relacionado y finalmente de la ejecución de las labores de asesoría financiera y banca de inversión adelantada en virtud del contrato con la CRDS; no obstante en la respuesta al requerimiento efectuado, la entidad manifestó que la información se encontraba en una carpeta física, la cual no pudo ser suministrada por la entidad argumentando la pérdida de la misma.

(...)

“3.3.2. Productos entregados por CPdB en virtud de la ejecución del contrato.

“A efectos de indagar sobre los productos que constituían los entregables del contrato con la CRDS, la comisión de visita tuvo en cuenta el contenido de la oferta de servicios presentada por CPdB el 27 de marzo de 2014 y aceptada el mismo día por parte de la CRDS, y en particular, la descripción del alcance de cada una de las actividades a cargo de CPdB en virtud de la misma (literales a al f del numeral 2.1. de la oferta)



Sobre el particular se identifica que dichas actividades identificaban que CPdB adelantara actividades que requieren de un trabajo técnico soportado en el uso de herramientas y mecanismos de tipo tecnológico, al menos a nivel de construcción de documentos de texto, Excel y presentación de informes a través de los cuales se acreditará el trabajo adelantado.

(...)

“En el mismo sentido, debe señalarse que la sociedad comisionista no concreta la existencia de ningún soporte técnico relacionado con los entregables del contrato suscrito.

(...)

“En este sentido, se procedió a verificar el contenido de las respectivas facturas de cobro emitidas por parte de CpdB para evaluar el cumplimiento de los términos de la oferta, encontrando cuatro (4) facturas así:

(...)

“Por lo anterior se observa que la descripción de cada una de las facturas no corresponde a lo establecido en la oferta, puesto que no es posible determinar que el monto de cada uno de los pagos se encuentra soportado en primer lugar, en la obtención de resultados definidos en la oferta como requisitos para el pago y el consecuente cálculo de la comisión de CPdB, de acuerdo con los porcentajes definidos en la misma

(...)

“Por los hechos antes descritos no es posible explicar la forma como se definieron y originaron cada uno de los pagos recibidos por parte de CPdB, en virtud de la oferta de servicios aceptada por la CRDS. En efecto, al no existir una descripción y verificación de la gestión en relación con la obtención de nuevos recursos o de la refinanciación a favor de la CRDS, no se observa un soporte que pueda relacionarse con la obtención de las comisiones de éxito a favor de CPdB.

(...)

3.4. Cuantía y monto facturado del contrato con la CRDS

La entidad allegó a la comisión de visita la copia de 4 facturas emitidas al concesionario Ruta del Sol SAS., con las siguientes características:

No. De Factura	Fecha	Monto Bruto
55043	15/12/14	\$2.793.000.000
55053	14/01/15	\$5.652.000.000
55054	11/03/15	\$1.675.000.000
55072	11/05/15	\$1.256.000.000
Monto Bruto Total		\$8.376.000.000

Como se puede observar en el cuadro anterior el monto bruto total facturado corresponde a \$8.376.000.000.

Al respecto esta comisión de visita solicitó los comprobantes de ingresos correspondientes a dichos pagos, observando que los mismos se realizaron a través de consignaciones ACH por Corficolombiana Fidu S.A., bajo el ordenante “Peaje Morrison Contrato 001/2010”.

(...)



4. CONCLUSIONES

4.1. La CPdB no cumplió en el caso particular del cliente CRDS, con el proceso de conocimiento y vinculación conforme a lo establecido en los procedimientos PD-GC-001 y PD-GC-004, aplicables a las personas naturales o jurídicas con las cuales CPdB establece una relación contractual para el suministro de productos o servicios propios de su actividad, como es el caso de la asesoría financiera o banca de inversión.

4.2. La Comisión de Visita no evidenció ningún reporte documental o técnico relacionado con los entregables de la oferta de servicios prestada por CPdB a la CRDS, que le permitieran dar cuenta de las labores adelantadas por funcionarios de la firma comisionista y que sustenten dicho trabajo, dada su envergadura y representatividad para la Compañía y que soporten su razonabilidad respecto del ingreso obtenido por la misma”.

Análisis: Los elementos materiales de prueba relacionados en los numerales precedentes demuestran que para las fechas en que la Superintendencia Financiera de Colombia practicó visita a las instalaciones de la Compañía Profesionales de Bolsa S.A., (junio de 2017), no halló prueba que soportara la ejecución del objeto contratado.

40. Copia de oficio de septiembre 10 de 2019 firmado por el Representante Legal de Corficolombiana según el cual:

“...la Corporación Financiera Colombiana S.A., con ocasión del contrato de concesión No. 001 de 2010 presentó [a] la Concesionaria Ruta del Sol las ofertas mercantiles que se describen a continuación:

1. Oferta Mercantil Irrevocable de Servicios de Banca de Inversión de fecha 25 de enero de 2010, cuyo objeto consistía en el acompañamiento a la concesionaria en la obtención de la financiación para la ejecución del Contrato de Concesión No. 001 de 2010 suscrito con el INCO.

2. Oferta Mercantil Irrevocable de Servicios de Banca de No. BI-010 05-09-13 de fecha septiembre 13 de 2013, para actuar como asesor financiero de la Concesionaria Ruta del Sol en la evaluación de la viabilidad económica y financiera y posterior acompañamiento en la financiación del proyecto Ocaña-Gamarra.

Las anteriores ofertas fueron aceptadas por la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S mediante órdenes de compra debidamente suscritas por su representante legal. de igual forma, se precisa que la oferta mercantil irrevocable de servicios de Banca No. BI-010-05-09-2013 se le efectuaron tres alcances en los meses de mayo, septiembre y diciembre de 2014, alcances que también fueron aceptados mediante órdenes de compra” (f. 407).

41. Copia de la oferta mercantil irrevocable de servicios de banca de inversión No. BI-010-05-09-13 enviada por Corficolombiana S.A al señor EDER PAOLO FERRACUTI representante legal de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S, en la cual se plasmó lo siguiente:

“De acuerdo con su solicitud, CORFICOLOMBIANA S.A., tiene el gusto de presentar a la CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S, la propuesta de servicios de banca de inversión para actuar como asesor financiero de la Concesionaria Ruta del Sol en la evaluación de la



viabilidad económica y financiera y posterior acompañamiento en la financiación del proyecto Ocaña-Gamarra” (fl. 420-437). El objeto de la asesoría fue ofrecido en los siguientes términos: “4. OBJETO DE LA ASESORÍA.

El objeto de la Asesoría es la prestación de servicios de banca de inversión por parte del ASESOR en el acompañamiento durante el proceso de evaluación de la viabilidad económica y financiera del “Proyecto Ocaña – Gamarra”, el cual será entregado a la ANI con el fin de contar con su aprobación para que se ejecute el PROYECTO, la asesoría incluirá el acompañamiento en el cierre financiero” (f. 425).

42. Copia de oficio de septiembre 16 de 2013 firmado por EDER PAOLO FERRACUTI en calidad de Representante Legal de la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S, en el cual se lee:

“En relación con la oferta mercantil irrevocable de servicios de Banca de Inversión No. BI-010-05-09-13 que fue enviada por ustedes el 13 de septiembre de 2013, en mi calidad de representante legal de la CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S, procedo a expedir la presente orden de compra de servicios.

ORDEN DE COMPRA DE SERVICIOS:

“CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S., ordena comprar los servicios de Banca de Inversión cuyas condiciones son ofrecidas por la Corporación Financiera Colombiana, en su oferta mercantil BI-010 05 05-09-13 del pasado 13 de septiembre de 2013, con todas las condiciones y características allí establecidas” (f. 419).

43. Copia de oficio de abril 16 de 2014 firmado por el representante legal de Corficolombiana, dirigido al señor EDER PAOLO FERRACUTI con el siguiente contenido: “Por medio del presente nos permitimos presentar a su consideración el Alcance No. 1 a la oferta mercantil irrevocable de servicios de banca de inversión que contempla la asesoría en la evaluación de la viabilidad económica y financiera y posterior acompañamiento en la financiación del proyecto Ocaña – Gamarra (Alcance No. 1)”.

44. Copia de orden de compra de mayo 28 de 2014 firmado por EDER PAOLO FERRACUTI en calidad de Representante Legal de la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S, con el siguiente contenido: “CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S, ordena comprar los servicios de Banca de Inversión cuyas condiciones fueron ofrecidas por la Corporación Financiera Colombiana y ahora modificadas en la modificación No. 1 a la oferta mercantil No. BI-010 05-09-13 del pasado 13 de septiembre de 2013, con todas las condiciones y características allí establecidas” (f. 438).

45. Copia de oficio de agosto 26 de 2014 firmado por el representante legal de Corficolombiana, dirigido al señor EDER PAOLO FERRACUTI con el siguiente contenido: “Por medio de la presente nos permitimos presentar a su consideración el Alcance No. 2 a la oferta mercantil irrevocable de servicios de banca de inversión que contempla la asesoría en la evaluación de la viabilidad económica y financiera y posterior acompañamiento en la financiación del proyecto Ocaña – Gamarra (Alcance No. 2)”.

46. Copia de orden de compra de septiembre 22 de 2014 firmado por EDER PAOLO FERRACUTI en calidad de Representante Legal de la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S, con el siguiente contenido: “CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S, ordena comprar los servicios de Banca de Inversión cuyas condiciones fueron ofrecidas por la Corporación



Financiera Colombiana y ahora modificadas en el Alcance No. 2 a la oferta mercantil No. BI-010 05-09-13 del pasado 13 de septiembre de 2013, con todas las condiciones y características allí establecidas” (f. 443).

47. Copia de oficio de diciembre 11 de 2014 firmado por el representante legal de Corficolombiana, dirigido al señor EDER PAOLO FERRACUTI con el siguiente contenido: “Por medio de la presente nos permitimos presentar a su consideración el Alcance No. 3 a la oferta mercantil irrevocable de servicios de banca de inversión que contempla la asesoría en la evaluación de la viabilidad económica y financiera y posterior acompañamiento en la financiación del proyecto Ocaña – Gamarra (Alcance No. 3)” (f. 450).

48. Copia de orden de compra de servicios de diciembre 12 de 2014 firmado por EDER PAOLO FERRACUTI en calidad de Representante Legal de la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S, con el siguiente contenido: “CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S, ordena comprar los servicios de Banca de Inversión cuyas condiciones fueron ofrecidas por la Corporación Financiera Colombiana y ahora modificadas en el Alcance No. 3 a la oferta mercantil No. BI-010 05-09-13 del pasado 13 de septiembre de 2013, con todas las condiciones y características allí establecidas” (f. 449).

- **Análisis:** Los elementos de prueba citados en los numerales 40 a 48 demuestran que para los meses de septiembre de 2013 y abril, mayo, agosto, septiembre y diciembre de 2014, el señor EDER PAOLO FERRACUTI contrato a CORFICOLOMBIANA S.A., para la prestación de servicios de banca de inversión para el acompañamiento del proceso de evaluación de la viabilidad económica del proyecto Ocaña – Gamarra y posterior acompañamiento en la financiación del mismo proyecto, hecho que permite inferir que no existía una necesidad real de contratar a la firma Compañía Profesionales de Bolsa S.A.

49. Copia de escritos sin fecha firmados por la Representante Legal de la Compañía Profesionales de Bolsa S.A., por medio de los cuales presuntamente hizo entrega de:

“modelo financiero de las proyecciones del contrato de concesión No. 001 de 2014 – Ruta del Sol Sector 2, incluyendo el prospecto de adición que la CRDS está explorando con la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI referente al tramo Ocaña – Puerto Capulco”

(...)

“modelo financiero de las proyecciones del contrato de concesión No. 001 de 2014 – Ruta del Sol Sector 2, incluyendo el Otro sí 3, 6 y Acta Complementaria referente a la Transversal Rio de Oro-Aguaclara-Gamarra” (CD f. 83).

50. Copia de informe de 20 de noviembre de 2015 firmado por YESID AUGUSTO AROCHA, AMILTON HIDEAKI SENDAI y GUILLERMO VELÁSQUEZ OBANDO.

“PROFESIONALES DE BOLSA

“Considerando la complejidad, presentada por la Banca de Inversión Corficolombiana, del nuevo cierre financiero del proyecto incluyendo la adición de la Transversal y de la coyuntura del mercado financiero, Odebrecht solicitó la contratación de Profesionales de Bolsa con el



objetivo de tener una segunda opinión, evaluar el mercado financiero y valorar su impacto. **Esa solicitud fue elevada a la junta directiva donde fue aprobada por la mayoría simple en febrero de 2014.**

El contrato fue a éxito considerando el plazo para la consecución del cierre financiero, la refinanciación en mejores condiciones de la deuda existente y mejores tasas para los recursos nuevos todo lo cual fue obtenido.

En la carpeta se adjunta: certificado de existencia y representación legal, copia de facturas por los servicios prestados, acta de junta directiva aprobando dicha contratación, copia de orden de servicios, oferta mercantil del contratista, orden de servicios, copia de los dos modelos financieros presentados en informe físico y magnético con la denominación: Entrega No. 1 y liquidación de los servicios.

El valor total pagado fue de COP\$9.467.270.400,00”

Análisis: Al analizar los anteriores documentos, en contraste con los demás medios de prueba citados en el presente acápite el Despacho concluye, que a través del informe del 20 de noviembre del año 2015, elaborado por funcionarios pertenecientes a Odebrecht, se pretendió dar visos de legalidad al contrato celebrado y pagado a la firma Compañía Profesionales de Bolsa S.A., refiriendo que el mismo había sido aprobado por la Junta Directiva, lo cual como ha quedado evidenciado a lo largo del presente fallo, es falso, y citando como prueba de su ejecución, dos presuntos modelos entregados por Profesionales de Bolsa, que no solo no fueron encontrados por la Superintendencia en la visita practicada a dicha sociedad, sino que además carecen de fechas y de constancias de recibido, además del hecho que el supuesto producto entregado consta solo de 4 folios y su contenido no corresponde con el alcance de las obligaciones de la oferta mercantil del 27 de marzo de 2014 aceptada por el señor EDER PAOLO FERRACUTI como representante legal de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S, razón por la cual no se pueden tener como un soporte real del cumplimiento del contrato y de los pagos efectuados. El alcance del objeto de la oferta era el siguiente:

“2.1. ALCANCE DE LA ASESORIA FINANCIERA Y BANCA DE INVERSIÓN

Los servicios de asesoría financiera de la banca de inversión de EL ASESOR FINANCIERO son típicamente previstos en base a un mandato, que incluyen las actividades necesarias para obtener el cierre financiero del proyecto Ocaña –gamarra y la asesoría en la renegociación de los créditos vigentes de CRDS, conforme se escribe abajo:

“a). EL ASESOR FINANCIERO asistirá a CRDS con el carácter de segunda opinión en el análisis de las estructuras financieras y alternativas de refinanciación del proyecto propuestas por Corficolombiana Banca de Inversión, determinando así una estructura óptima de capital con base en distintos análisis de sensibilidad y escenarios para evaluar su impacto en la rentabilidad.

b). Auditar la capacidad del modelo financiero propuesto por Coficolombiana Banca de Inversión para reflejar un adecuado tratamiento contable y fiscal del proyecto en colaboración con CRDS.

c). Recomendar los requisitos de flujo de caja, apalancamiento óptimo, reservas, ratios de cobertura del servicio de deuda, depreciación contable y fiscal, distribución de dividendos,



retornos, incrementos de créditos así como cualquier otra variable o elemento que maximice el valor del activo.

d). EL ASESOR FINANCIERO apoyará a la CRDS en el análisis de las ofertas en firme de financiamiento aprobadas por los respectivos comités de crédito y en el análisis de las hojas de plazos y condiciones detalladas para el eventual financiamiento del proyecto. Así mismo, de ser pertinente, incluirán el análisis del periodo de validez, tamaño de la deuda, términos y condiciones clave, márgenes de crédito, entre otros, y deberá identificar claramente cualquier due diligence adicional necesario y/o condiciones contingentes a las cuales se sujete(n) la(s) aprobación(es) del comité de crédito.

e). EL ASESOR FINANCIERO asistirá a CRDS en la preparación, negociación, revisión y ejecución de la documentación final requerida por los financiadores.

f). La asesoría a CRDS en la preparación de acuerdos de confidencialidad, cartas de solicitud de propuestas, cartas de compromiso y toda aquella documentación y/o material visual que sea necesario para abordar los mercados financieros necesarios. (CD f. 83).

Si se contrastan las anteriores obligaciones con los 4 folios del producto que habría entregado la Compañía Profesionales de Bolsa, el cual se repite, carece de constancias de radicado o recibido y no fue encontrado por la Superintendencia en la visita practicada a esa firma, no se aprecia la existencia de análisis o soportes de estudio de las estructuras financieras y alternativas de refinanciación del proyecto propuestas por Corficolombiana Banca de Inversión, ni los soportes de la auditoría que se debía realizar al modelo financiero propuesto por Coficolombiana Banca de Inversión para reflejar un adecuado tratamiento contable y fiscal del proyecto en colaboración con CRDS, ni soportes del cumplimiento de las demás servicios ofertados y contratados por los cuales se pagó un valor total de \$9.467.270.400.

51. Copia de Laudo arbitral del 6 de agosto de 2019 proferido por el Tribunal Arbitral de Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., contra la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI).

En la parte considerativa de la decisión se hicieron las siguientes menciones al Contrato suscrito entre la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., y la Compañía Profesionales de Bolsa:

“2.5.3.3. Los distintos testimonios y evidencia documental muestran que la contabilidad de la Concesionaria y de Consol están contaminadas y que los pagos de sobornos hechos por Odebrecht fueron recobrados a través del Proyecto.

Los giros que anota el testigo Millán desde los inicios del Contrato, por su parte, fueron objeto de informes que a este Tribunal hizo llegar la Fiscalía General de la Nación, así como otros testigos del proceso. Dentro de ellos, por ejemplo, se encuentra el informe presentado por la Alcaldía de Andorra sobre movimientos a través de la Banca Privada de Andorra, que eran recurrentes por parte de Odebrecht. En el informe se pueden advertir varios giros hechos por la Concesionaria a través de la Fiduciaria Banco de Bogotá con destino a dicha Banca durante los meses de junio, julio y agosto de 2010 y, en general, durante el tiempo de ejecución del contrato de concesión.

Al expediente, el ente acusador aportó importantes pruebas con listas de contratistas de la Concesionaria y de Consol provenientes de contratos ficticios, con empresas



tales como Profesionales de Bolsa, Consultores Unidos, PRESOAM, Consorcio SION, Detección de Riesgos Técnicos, Control de Calidad y Supervisión de Obras de Edificación S.A., RGQ Logistics, Transportes y Equipos de la Sabana, Lurion Trading, etc. Los testimonios de Javier Germán Mejía, Gustavo Ramírez, Enrique Guisays, Gabriel García Morales, Yesid Arocha y Eduardo Zambrano también darían fe de lo dicho.

Por su parte, los propios testimonios y actuaciones de las partes y litisconsortes evidencian la falta de claridad sobre las cuentas de la Concesionaria. Llama la atención, por ejemplo, que CSS haya negado haber recibido cualquier excedente de liquidez proveniente de Consol, cuando tales movimientos aparecen perfectamente registrados en la contabilidad. No obstante, CSS adujo que solo fue retribuida por unas obras realizadas, lo cual contradice lo expresado por los registros contables del Epecista”.

Análisis: El anterior elemento documental acredita, que el Tribunal de Arbitramento también consideró que el contrato suscrito con la firma Compañía Profesionales de Bolsa era un contrato ficticio.

En la audiencia realizada por el Tribunal Arbitral de Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., contra la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI), para resolver solicitudes de aclaración, corrección, adición y complementación del Laudo Arbitral proferido el 6 de agosto de 2019, audiencia frente a la cual se levantó el acta No. 112 de agosto 16 de 2019, no se modificaron las consideraciones realizadas por el Tribunal Arbitral frente al contrato suscrito con la firma Profesionales de Bolsa.

En la audiencia de aclaraciones, correcciones y adiciones, se hizo una aclaración relacionada con el resuelve noveno del laudo de agosto 6 de 2019, se aclaró que dicho laudo no tenía el anexo mencionado en la página 693 y que la frase “según el cuadro anexo” fue un error de transcripción, se aclaró que las cifras que fueron representadas en el numeral 2.7.5., debían leerse como cifras expresadas en miles de pesos y se denegaron “por improcedentes las demás solicitudes de aclaración, corrección, adición y/o complementación del Laudo Arbitral proferido el 6 de agosto de 2019, formuladas por los sujetos procesales”.

En el folio final del archivo PDF que contiene el acta No. 112 de agosto 16 de 2019 obra constancia de ejecutoria de laudo arbitral en los siguientes términos:

“En Bogotá D.C., el veinte (20) de agosto de dos mil diecinueve (2019), el suscrito secretario del Tribunal Arbitral convocado por la SOCIEDAD CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S., en contra de la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA ANI, hace constar:

El Laudo Arbitral del presente proceso arbitral fue proferido en audiencia celebrada el seis (06) de agosto de 2019, tal como consta en el Acta 111 de la fecha. El laudo arbitral se notificó en estrados en esa misma audiencia.

Mediante Auto 137, proferido en audiencia celebrada el dieciséis (16) de agosto de 2019, el Tribunal Arbitral resolvió las solicitudes de aclaración, corrección y complementación del laudo arbitral que fueron presentadas por los sujetos procesales. El Auto 137 fue notificado en estrados en esa misma audiencia, según Acta 112.

De conformidad con lo anterior, se hace constar que el Laudo Arbitral proferido el seis (6) de agosto de 2019, se encuentra debidamente notificado y ejecutoriado”.



Peritaje y pruebas testimoniales practicadas en etapa de descargos.

52 y 53. Peritaje rendido por MEJORACINCO S.A.S, de fecha mayo 5 de 2020, presentado por el Dr. URIEL AMAYA OLAYA y declaración bajo la gravedad del juramento rendida por YOLANDA MARÍA FADUL MORALES representante legal de MEJORACINCO S.A.S.

Análisis: Tanto el dictamen pericial como la declaración de la señora YOLANDA MARÍA FADUL MORALES giraron en torno a los siguientes ítems: que el contrato de concesión es un negocio de carácter financiero que implica la asunción de unos riesgos e involucra aportes del Estado como peajes y en algunas ocasiones vigencias futuras, recursos propios del concesionario a título de capital y recursos de deuda conseguidos por el concesionario; que en el contrato 001 de 2010 estaba prevista la constitución de un patrimonio autónomo para la administración de los aportes de las partes; que el patrimonio autónomo estaba constituido por dos cuentas principales (cuenta de aportes INCO y cuenta de aportes concesionario) las cuales a su vez tenían unas subcuentas; que las instrucciones frente a la cuenta de aportes INCO las daba el INCO y las instrucciones sobre la cuenta de aportes concesionario, la Sociedad Concesionaria; que la cuenta de aportes concesionario era fondeada entre otras fuentes, con los recursos correspondientes al recaudo de peajes; que en el marco del contrato de concesión la contraprestación al concesionario estaba compuesta por los aportes INCO y los recursos correspondientes al recaudo de peajes; y que los pagos realizados a la firma Compañía Profesionales de Bolsa S.A., según la certificación de la FIDUCIARIA CORFICOLOMBIANA FC-GN-DC-316401- 2019-084 del 4 de abril de 2019, se hicieron con cargo a la cuenta Aportes Concesionario.

54. Declaración bajo la gravedad del juramento rendida por OMAR ANDRÉS TORRES DAZA Gerente de Gestión de Negocios Fiduciarios de la Fiduciaria Corficolombiana Desde el mes de agosto del 2015.

De la declaración rendida por el señor TORRES DAZA se extraen los siguientes aspectos relevantes para el sub judice.

Este declarante informó que se vinculó laboralmente con Corficolombiana desde el mes de agosto del año 2015, fecha a partir de la cual empezó a tener contacto con contrato de fiducia mercantil constituido con ocasión del contrato de concesión 001 de 2010:

“APODERADO SUPLENTE JORGE LUIS BARONE GONZALEZ: “Muchas gracias. Señor Omar le voy a hacer unas primeras preguntas como para precisar el contexto de su participación en el contrato de fiducia, yo quisiera comenzar preguntarle ¿Desde cuándo usted trabaja para fiduciaria CORFICOLOMBIANA?”.OMAR ANDRES TORRES DAZA: “Desde el mes de agosto del 2015, a mediados de agosto, como el 15 de agosto del 2015” (...) APODERADO SUPLENTE JORGE LUIS BARONE GONZALEZ: “¿Usted solamente tuvo conocimiento del manejo del contrato de fiducia a partir del momento en el cual usted empezó a ejercer el cargo en CORFICOLOMBIANA o usted en razón de su cargo también conoció



cual era el manejo anterior que se le había dado a la ejecución del contrato de fiducia?”.
OMAR ANDRES TORRES DAZA: “A partir de la fecha de agosto de 2015 empiezo a tener como obligación entre otros contratos ese contrato de Ruta del Sol Sector 2”.

Que dentro de sus obligaciones laborales estaba la de hacer seguimiento a las obligaciones estipuladas en los contratos fiduciarios de la línea de concesiones viales.

Que la Fiduciaria Corficolombiana administraba el Fideicomiso Ruta del Sol Sector 2 que correspondía a un contrato de fiducia mercantil de administración de recursos, el cual estaba compuesto por dos cuentas, una denominada cuenta de aportes INCO y otra llamada cuenta de aportes concesionario, siendo el INCO el ordenador de los pagos de la primera cuenta y el Concesionario el de la segunda.

“En lo que tiene que ver con la Aportes Concesionario quien estaba autorizado para ordenar los giros, los pagos de esta cuenta era directamente el concesionario. Y digamos que en la Subcuenta INCO hoy día ANI, los autorizados para los pagos eran directamente las personas que el INCO autorizaba para la disposición de esos recursos”.

Que en dicho contrato de fiducia no se tenía previsto un comité fiduciario.

Que los recursos de la cuenta aportes INCO eran trasladados a la cuenta aportes concesionario “cuando se cumplía un hito el INCO autorizaba mediante actas que se suscribían en los cumplimientos de los hitos, que eran suscritas por el interventor, el concesionario y por la ANI, para trasladar esos recursos a la subcuenta concesionario”.

Que los recursos de peajes ingresaban a la cuenta de aportes concesionario.

Que a la firma profesionales de Bolsa se le realizaron pagos con cargo a la cuenta aportes concesionario, información que pese a ser anterior a su llegada a Corficolombiana, el conocía “porque hemos tenido algunas solicitudes en todo este proceso, por parte de entes en donde nos han solicitado que enviemos si a esta firma y a otras firmas se les han hecho pagos y en la revisión que se le ha hecho a toda la historia que tiene el patrimonio autónomo que reposa en la fiduciaria, pues allí pudimos detectar esos pagos que se le hicieron a profesionales de bolsa”.

Que los recursos que ingresaban a la cuenta de aportes concesionario hacían unidad de caja.

Que no tenía información relacionada con el informe de inspección realizado por la Superintendencia a la Profesionales de Bolsa en el cual se indicó que el ingreso de los recursos a dicha firma fueron realizados por el ordenante “PEAJE MORRISON” y que los recursos correspondientes a recaudos de peajes y de las demás fuentes que fondeaban la cuenta de aportes concesionario, hacían entre sí unidad de caja.

Que el contenido del contrato de fiducia mercantil no era una imposición de la sociedad fiduciaria, sino que dependía de la autonomía de la voluntad de los constituyentes: “El contrato de fiducia es un contrato celebrado como ya lo dije con el concesionario y tenía unos beneficiarios como era la ANI, el concesionario y terceros y en tal sentido allí estaban



consagradas todas las voluntades de las partes en un clausulado que para tal efecto la fiduciaria y específicamente la administración del mismo se comprometía a hacer cumplir cada una de las obligaciones que estaban allí estipuladas (...) “¿Quiere decir eso Doctor Omar Andres, que la forma de administración de los recursos pactaba en el contrato de fiducia mercantil, no era una imposición de la sociedad fiduciaria, sino que correspondía a la voluntad de las partes?”. OMAR ANDRÉS TORRES DAZA: “Así es”.

Que no era obligación de la sociedad fiduciaria verificar si el concepto que se estaba pagando correspondía o no a temas del proyecto o a un hito del mismo:

“Según le entendí Doctor Omar Andrés, usted me corregirá si no le entendí bien su respuesta, la fiduciaria una vez recibía una orden de pago o de disposición de recursos por la persona autorizada, procedía a la verificación de la disponibilidad de recursos en las respectivas cuentas para proceder a efectuar el pago. La pregunta que le estoy realizando es en el sentido de si la función de la fiduciaria se concretaba o se limitaba a verificar esa disponibilidad de recursos en la cuenta y que la orden de pago que estuviese dando una de las partes autorizadas o si además de esos dos aspectos de disponibilidad de recursos y persona autorizada, la función de la fiduciaria iba hasta el punto de determinar si esos pagos que se hacían a través de las respectivas cuentas correspondían por ejemplo a un costo asociado al contrato, o al pago de impuestos del contrato o demás”. OMAR ANDRES TORRES DAZA: “El alcance de la fiduciaria por ser un contrato de administración de recursos era el que usted mencionó al principio, nosotros verificábamos las condiciones de manejo, que cumpliera las condiciones de manejo, establecíamos los protocolos para poder atender esos pagos, y verificar la disponibilidad del recurso para atender esos pagos, no era el alcance verificar ese tercero o si el concepto que se estaba pagando correspondía o no a temas del proyecto o a cualquier hito del proyecto, o cualquier otro concepto del proyecto como tal”.

Análisis: La declaración del señor OMAR ANDRÉS TORRES DAZA Gerente de Gestión de Negocios Fiduciarios de la Fiduciaria Corficolombiana desde el mes de agosto del 2015, además de señalar que el patrimonio autónomo conformado para la ejecución del contrato de concesión estaba constituido por dos cuentas, una denominada cuenta de aportes INCO y otra llamada cuenta de aportes concesionario, siendo el INCO el ordenador de los pagos de la primera cuenta y el Concesionario el de la segunda, aspectos éstos que ya se encontraban acreditados en el proceso con el contrato de concesión y el contrato de fiducia mercantil, señaló:

Que no era obligación de la sociedad fiduciaria verificar si el concepto que se estaba pagando correspondía o no a temas del proyecto o a un hito del mismo, ya que lo que verificaba la fiduciaria era que se cumpliera con las condiciones de manejo, es decir que la orden de pago la dieran las personas autorizadas, circunstancia ésta que refuerza la condición de administrador de recursos públicos que tenía el concesionario como ordenador de pagos de la cuenta aportes concesionario, ya que era él y no la fiduciaria quien debía verificar que los pagos ordenados con cargo a dicha cuenta fueran destinados a cubrir costos o gastos reales vinculados a la ejecución del contrato de concesión.

Que a la firma profesionales de Bolsa se le realizaron pagos con cargo a la cuenta aportes concesionario, circunstancia que ya había sido acredita en el proceso por medio de certificación directa de la Fiduciaria Corficolombiana.



Y que no tenía información relacionada con el informe de inspección realizado por la Superintendencia a la Profesionales de Bolsa en el cual se indicó que el ingreso de los recursos a dicha firma tuvo como origen el “PEAJE MORRISON” y que los recursos correspondientes a recaudos de peajes y de las demás fuentes que fondeaban la cuenta de aportes concesionario, hacían entre sí unidad de caja.

Para el Despacho el hecho de que el declarante no haya tenido información sobre por qué los pagos realizaron por la fiduciaria a la firma Profesionales de Bolsa eran realizados con cargo al Peaje Morrison, no desvirtúan la prueba documental que sobre este aspecto obra en el proceso, la cual fue relacionada en los numerales 25 y 26 del presente acápite de pruebas, menos aún si se tiene en cuenta que los pagos realizados por la Fiduciaria Corficolombiana a Profesionales de Bolsa S.A., fueron realizados antes de que el señor TORRES DAZA se vinculara laboralmente con Corficolombiana.

55. Declaración bajo la gravedad del juramento rendida por JUAN CARLOS PERTUZ BUITRAGO Gerente Jurídico y representante legal suplente de la Sociedad Corficolombiana S.A., vinculado a esta empresa desde el año 2013.

De la declaración del señor PERTUZ BUITRAGO se extraen los siguientes aspectos relevantes para el sub judge:

Que en su calidad de Gerente Jurídico de la Sociedad Fiduciaria Corficolombiana le correspondió la gestión jurídica “relativa a la ejecución de ese contrato fiduciario entre el año 2013 que fue mi ingreso a la Sociedad Fiduciaria, hasta el año 2019, fecha en la cual el contrato fue declarado nulo por el Tribunal de Arbitramento convocado por la concesionaria y la ANI para dirimir unas diferencias que tenían respecto a su ejecución y existencia, y actualmente el fideicomiso declarado nulo el contrato se encuentra terminado y en etapa de liquidación a la espera de las resultas del proceso de liquidación de la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol SAS”.

Que conocía que el patrimonio autónomo para la administración de los recursos del proyecto estaba dividido en dos cuentas principales, denominadas cuenta de aportes concesionario y cuenta de aportes INCO, siendo el concesionario el ordenador del gasto de la primera cuenta y el INCO de la segunda.

Que en su concepto la naturaleza de los recursos aportados al patrimonio autónomo de la concesión eran de naturaleza privada por varias razones: porque “deben ser manejados sin excepciones a través de un patrimonio autónomo”, porque “los recursos que son fideicomitados están afectos a la ejecución del proyecto de concesión y a la remuneración del concesionario”, porque “la naturaleza de ese patrimonio hace que esos recursos queden separados, insisto, tanto de la propiedad de la entidad del orden nacional aportante, de las vigencias futuras, como del patrimonio del concesionario adjudicatario del proyecto, quedando entonces bajo la sombra de la figura fiduciaria de un patrimonio autónomo”.

Que los recursos correspondientes al recaudo de peajes, ingresaban en el patrimonio autónomo como aporte de la Entidad Estatal para la ejecución del proyecto y a título de remuneración para el concesionario:



“APODERADO SUPLENTE JORGE LUIS BARONE GONZÁLEZ: “Nos obstante esa claridad que usted ha hecho parece claro, voy hacer unas preguntas en torno al manejo de las cuentas y subcuentas, independientemente de la explicación que usted da y que todos los recursos serían de naturaleza privada. La primera pregunta que le quisiera hacer en torno a eso es ¿Si los recursos originados en peajes entran al patrimonio autónomo como contraprestación a la concesionaria o entran al patrimonio autónomo como un aporte de una entidad de derecho público?”. JUAN CARLOS PERTUZ BUITRAGO: En los términos en los que usted formula su pregunta yo le respondería que ambas cosas, hay una aportación de los recursos del peaje al proyecto de concesión y se hace a título de remuneración para el concesionario que va a desarrollar el proyecto y esto es en virtud de la Ley insisto, eso está establecido en el documento CONPES a través del cual el estado Colombiano instrumenta cualquier proyecto de concesión, al declararlo de utilidad pública y destinar, si es el caso como en efecto fue el caso del proyecto Ruta del Sol 2, destinar unas vigencias futuras para la ejecución de dicho proyecto a título de remuneración para el concesionario...”

Que conocía un concepto del Consejo Técnico de Contaduría Pública, organismo adscrito al Ministerio de Hacienda (concepto CTCP-2015-00178 y este concepto es del 13 de julio del 2015) según el cual los recursos vinculados a un contrato de concesión son de naturaleza privada.

Que el fideicomiso ruta del sol sector 2 fue reportado por la Fiduciaria ante la Superintendencia Financiera como un fideicomiso de concesión.

Que los recursos de la cuenta de aportes INCO eran transferidos a la cuenta de aportes concesionario una vez se verificara el cumplimiento de los hitos acordados:

“... el contrato de concesión establecía su medida de cumplimiento que eran unos hitos, unos hitos en los que estaba dividido el proyecto de concesión, hitos de construcción y de operación y mantenimiento, entonces en la medida que el concesionario fuera cumpliendo cada uno de esos hitos debía informárselo así a la ANI y al interventor, entonces lo que entiendo yo de lo que uno ve del contrato de concesión porque la fiduciaria no hacia parte de esas visitas, ellos iban a la obra, miraban la obra, veían que en ese hito se hubieran cumplido las especificaciones técnicas y los anexos técnicos del contrato de concesión, y conjuntamente el concesionario, la ANI y el interventor que era el que tenía que dar fe de ese cumplimiento ante la ANI ante el contrato, suscribían esa acta y era con esa acta como soporte que la fiduciaria podía proceder bajo una instrucción irrevocable de la ANI a transferir los recursos de Vigencias Futuras expresamente afectos a ese hito específico, que ya se encontraba cumplido según el acta, a la cuenta Aportes Concesionario a título de remuneración para el concesionario por el cumplimiento de ese hito”.

56. Declaración bajo la gravedad del juramento rendida por GLORIA LIDA BOHÓRQUEZ OTÁLORA Directora de Gestión de Negocios y Mercado Corporativo Nacional de la Fiduciaria de Occidente.

De la declaración de la señora BOHÓRQUEZ OTÁLORA se extraen los siguientes aspectos relevantes para el sub juez:

Que la declarante no conocía el contrato de fiducia mercantil suscrito entre la Fiduciaria Corficolombiana y la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., que la Fiduciaria



de Occidente para la cual trabajaba no lo había ejecutado y que ella no había tenido ninguna relación con el mismo:

“¿Doctora Gloria, qué relación tiene usted o qué conocimiento tiene usted respecto del contrato de Fiducia Mercantil que se suscribió entre Fiduciaria CORFICOLMBIANA y la concesionaria Ruta del Sol SAS, que es objeto de este proceso?”. GLORIA LIDA BOHORQUEZ OTALORA: “Ninguna relación con ese contrato y tampoco ha sido ejecutado en Fiduciaria de Occidente y por supuesto tampoco lo conozco”

(...)

¿En razón del ejercicio de los cargos por usted mencionados en esta declaración, conoció usted el contenido del contrato de concesión Número 001 del 14 de enero del año 2010, suscrito entre el Instituto Nacional de Concesiones INCO y la Sociedad concesionaria Ruta del Sol SAS?”. GLORIA LIDA BOHORQUEZ OTALORA: “No lo conozco”.

Que “de acuerdo con los conceptos jurídicos que se han emitido en nuestra fiduciaria, los recursos deben entenderse que no son públicos, o el negocio no es público, en razón a que la entidad pública que aporta directa o indirectamente recursos a ese patrimonio o a ese fideicomiso no tiene la condición de fideicomitente entonces por tal razón se dice que el fideicomiso no tiene carácter público, es privado, independientemente como vuelvo y insisto, que tenga recursos de aporte directo o indirecto de una entidad pública. Entonces en ese orden de ideas los negocios que derivan de concesiones en nuestra fiduciaria son matriculados como negocios de carácter privado, por ser un concesionario una entidad constituida para el desarrollo de ese proyecto y que tiene la condición también de privada, entonces se radican como privados”

Que a través de lo contratos de fiducia mercantil se da a unos recursos una destinación específica delimitada en el objeto y en las cláusulas del contrato de fiducia mercantil:

“¿A partir de sus conocimientos y su experiencia en el manejo de este tipo de contratos de fiducia mercantil, es correcto afirmar que a través de este tipo de contratos se le da a unos recursos una destinación específica delimitada en el objeto y en las cláusulas del contrato de fiducia mercantil?”. GLORIA LIDA BOHORQUEZ OTALORA: “Sí es correcto, eso se determina en el acto constitutivo de la fiducia que es el contrato de fiducia mercantil”.

Que la declarante no tenía conocimiento de la existencia de normas legales o reglamentarias que definieran cuando debía entenderse que un contrato de fiducia manejaba recursos de naturaleza pública:

Doctora en su experiencia y conocimiento en el manejo de contratos de fiducia mercantil ¿Sabe usted de la existencia de alguna norma de orden legal o reglamentario que defina para efectos del manejo del contratos de fiducia mercantil, cuando se está ante la existencia de recursos de naturaleza pública?”. GLORIA LIDA BOHORQUEZ OTALORA: “No, no la conozco, eso como le digo es una evaluación que hacen como tal que hacen las áreas jurídicas y allí se determinan de acuerdo a todas las condiciones y variables que puedan concurrir o confluir ante el contrato de fiducia, pero no la conozco...”.

57. Declaración bajo la gravedad del juramento rendida por SANTIAGO JARAMILLO VILLAMIZAR abogado independiente propietario de la firma “Santiago Jaramillo Villamizar y Asociados SAS”.



De la declaración del señor JARAMILLO VILLAMIZAR se extrae lo siguiente:

Que él elaboró un concepto para la Constructora NORBERTO ODEBRECHT S.A., Sucursal Colombia, sobre la naturaleza de los recursos administrados en virtud del contrato de concesión 001 de 2010 y el contrato de fiducia patrimonio autónomo fideicomiso ruta del sol sector 2.

Que en su consideración los recursos que se aportan a un contrato de fiducia mercantil son recursos privados, incluyendo los que provienen de una entidad pública, en tanto en cuanto, hay una transferencia y tradición de los mismos en virtud de la cual pasan a ser propiedad del patrimonio autónomo: “el contrato de fiducia deviene o da lugar de fiducia mercantil, da lugar de patrimonio autónomo. El patrimonio autónomo genera por definición legal una separación de los bienes del patrimonio de quien los transfiere, del constituyente, y aun de los beneficiarios que tiene varias consecuencias, la principal es la inembargabilidad, la regla general es que los bienes que integran un patrimonio autónomo están afectos exclusivamente al cumplimiento de la finalidad del fideicomiso y ese patrimonio autónomo solo garantiza a las obligaciones que él adquiere para el desarrollo del mismo (...)”.

Análisis: Las declaraciones de JUAN CARLOS PERTUZ BUITRAGO, GLORIA LIDA BOHÓRQUEZ OTÁLORA y SANTIAGO JARAMILLO VILLAMIZAR, a parte de las menciones que el primero y el último hacen a las cuentas en que estaba dividido el patrimonio autónomo, a su fondeo y a los ordenantes de las mismas, pueden ser analizadas de manera conjunta en la medida en que todos ellos manifiestan que los recursos incorporados a un patrimonio autónomo para la ejecución de un contrato de concesión, son recursos de naturaleza privada. Las razones que soportan esa conclusión, son las siguientes:

Porque la naturaleza del patrimonio autónomo hace que los bienes o recursos fideicomitados se separen tanto de la propiedad de la entidad estatal, como del patrimonio del concesionario adjudicatario (Dr. Juan Carlos Pertuz).

Porque si el fideicomitente es el concesionario y no la entidad pública, los recursos deben entenderse privados (Dra. Gloria Lida Bohórquez Otálora).

Porque los recursos que se aportan a un contrato de fiducia mercantil son recursos privados, incluyendo los que provienen de una entidad pública, en tanto en cuanto, hay una transferencia y tradición de los mismos en virtud de la cual pasan a ser propiedad del patrimonio autónomo (Dr. Santiago Jaramillo).

Para el Despacho, la existencia de un contrato de fiducia mercantil y de un patrimonio autónomo al cual se incorporaban los recursos correspondientes a vigencias futuras y peajes, no desnaturaliza la condición de recursos públicos de que conservaban las vigencias futuras y peajes hasta su respectiva amortización en hitos de obra entregado o en costos y gastos reales asociados a la ejecución del contrato de concesión. Esto por varias razones:



Porque el artículo 53 de la ley 734 de 2002 señala de manera expresa que administran recursos públicos aquellos particulares que recaudan, custodian, liquidan o disponen el uso de rentas parafiscales, de rentas que hacen parte del presupuesto de las entidades públicas o que estas últimas han destinado para su utilización con fines específicos.

Porque como ya se expuso, la naturaleza de los recursos públicos, categoría a la cual pertenece los recursos parafiscales, los recursos entregados a contratistas a título de anticipo y los recursos entregados a contratistas como aportes en convenios de cooperación, se funda en la destinación específica que a los mismos se ha dado por ley, contrato o convenio, destinación específica que impide su libre disposición por parte del particular.

Porque por virtud del propio contrato de concesión, los recursos correspondientes a la contraprestación que el INCO debía pagar al concesionario (aportes INCO y recursos de peajes) tenían una destinación específica asociada a la entrega de Hitos y al pago de costos y gastos reales correspondientes a la ejecución del contrato.

Porque la constitución del patrimonio autónomo en el cual se debían depositar los recursos correspondientes a vigencias futuras y a peajes, buscaba precisamente garantizar que los recursos fueran destinados a los fines específicamente previstos en el contrato de concesión, por lo cual el instrumento fiduciario en vez de desvirtuar la naturaleza pública de los recursos allí depositados por concepto de vigencias futuras y recursos de peajes, confirma dicha naturaleza⁹⁰.

Y porque como en otro momento se indicó, el carácter de “recurso público” no está asociado al concepto de propiedad estatal y no depende de que hagan parte del presupuesto o del patrimonio de una entidad estatal, como lo evidencia el caso de los recursos parafiscales, sino que se encuentra vinculado a la destinación específica que a los mismos se ha dado por ley, contrato o convenio, destinación que impide su libre disposición por parte del particular.

Además corresponde señalar que la incorporación de recursos públicos en un patrimonio autónomo no implica que éstos pierdan su condición de tales, hasta el punto que la Contraloría General de la República, en su distribución interna de competencias, tiene asignado a sus diferentes Delegadas, el ejercicio de vigilancia y control fiscal sobre los patrimonios autónomos correspondientes a sus respectivos sectores, como lo acredita la resolución 0044 de agosto 9 de 2018 “Por la cual se actualiza la sectorización de los sujetos de control fiscal y se asigna en las Contralorías Delegadas Sectoriales la competencia para ejercer la vigilancia y el control fiscal”, que a modo de ejemplo,

⁹⁰ Artículo 1233 Código de Comercio. Separación de bienes fideicomitidos. Para todos los efectos legales, los bienes fideicomitidos deberán mantenerse separados del resto del activo del fiduciario y de los que correspondan a otros negocios fiduciarios, y **forman un patrimonio autónomo afecto a la finalidad contemplada en el acto constitutivo.**



asigna a la Contraloría Delegada para el Sector Infraestructura la siguiente competencia:

“ARTÍCULO 6. CONTRALORÍA DELEGADA PARA EL SECTOR INFRAESTRUCTURA FÍSICA Y TELECOMUNICACIONES, COMERCIO EXTERIOR Y DESARROLLO REGIONAL

La Contraloría Delegada para el Sector Infraestructura Física y Telecomunicaciones, Comercio Exterior y Desarrollo Regional, será competente para ejercer la vigilancia y el control fiscal a los siguientes sujetos de control:

(...)

PARÁGRAFO ÚNICO. La Contraloría Delegada para el Sector Infraestructura Física y Telecomunicaciones, Comercio Exterior y Desarrollo Regional **ejercerá la vigilancia y el control fiscal a los patrimonios autónomos y fondos cuenta sin personería jurídica que manejen y administren recursos que correspondan al Sector Infraestructura Física y Telecomunicaciones, Comercio Exterior y Desarrollo Regional, que no se encuentren sectorizados en el presente artículo, a través de las entidades que los administran**”.

Y además conviene traer a colación la Circular Externa No. 46 de la Superintendencia Financiera de Colombia, en la cual se señaló, que como quiera que a través de los negocios fiduciarios las sociedades fiduciarias tienen la posibilidad de administrar recursos de carácter público o privado:

“...se entiende que un negocio fiduciario administra recursos o bienes de naturaleza pública cuando dichos recursos sean aportes patrimoniales al fideicomiso y provengan directa o indirectamente de una entidad de carácter público, sea del nivel nacional, departamental, municipal, distrital o de los organismos descentralizados que conforman dichos niveles, sin tener en cuenta la modalidad de contratación utilizada para la celebración del negocio. Igualmente y para los efectos de este Capítulo se entenderán como públicos los recursos parafiscales.

Cuando quiera que en el negocio fiduciario haya recursos públicos y privados deberán tenerse en cuenta las siguientes condiciones para su identificación como públicos:

- **Cuando en el respectivo contrato está pactado que en caso de incumplimiento de su objeto la totalidad o parte de los recursos deben retornar a un ente público, y/o**
- **Cuando en el respectivo contrato está pactado que los recursos fideicomitidos deben destinarse al cumplimiento de las funciones propias del ente público.**

La anterior clasificación no modifica la naturaleza de los bienes y recursos fideicomitidos.

La Superintendencia podrá ordenar en cualquier momento la reclasificación y exigir las modificaciones a que haya lugar”.



En el sub judice es claro que al patrimonio autónomo constituido para la ejecución del contrato de concesión No. 001 de 2010, ingresaron aportes que provenían, unos directa y otros indirectamente de una entidad de carácter público. Provenían directamente de una Entidad Estado, los aportes INCO correspondientes a vigencias futuras, y provenían indirectamente de una entidad estatal, los recursos correspondientes a recaudo de peajes, que según el Decreto 2056 del 24 de julio de 2003 “por el cual se modifica la estructura del Instituto Nacional de Vías, Invías, y se dictan otras disposiciones”, hacían parte del patrimonio del INVIAS⁹¹, los cuales con ocasión del contrato de concesión No. 001 de 2010 fueron destinados a los usos específicos ya varias veces mencionados, lo cual implicaba que pese a ser recaudados por el concesionario, dada la destinación específica que a los mismos se dio contractualmente, conservaban la condición de recursos públicos y solo se entendían pago al concesionario, cuando se entregara un hito o existiera costo real asociado al contrato de concesión.

Junto a lo anterior debe observarse que la Circular Externa No. 46 de 2008 de la Superintendencia Financiera de Colombia prevé que se entenderá que existen recursos públicos en un negocio fiduciario, cuando **“Cuando en el respectivo contrato está pactado que los recursos fideicomitidos deben destinarse al cumplimiento de las funciones propias del ente público”**, lo cual se presentó en el caso sub judice, pues los recursos correspondientes a aportes INCO y peajes debían destinarse a la construcción de la infraestructura vial correspondiente al sector 2 de la ruta del sol, que según el artículo 19 de la ley 105 de 1993, corresponde a la Nación y a las Entidades Territoriales construir y conservar, para cumplir “la función básica de integración de las principales zonas de producción y de consumo del País” (Art. 12 ibídem).

Y además debe resaltarse que según la misma circular, también debe entenderse que existen recursos públicos en un patrimonio autónomo, cuando **“en el respectivo contrato está pactado que en caso de incumplimiento de su objeto la totalidad o parte de los recursos deben retornar a un ente público”**, lo cual también se presenta en el caso del contrato de concesión No. 001 de enero 14 de 2010 (que se entendía incorporado en el contrato de fiducia)⁹², en el cual se previó que en el caso de incumplimiento del contrato se debían observar las siguientes reglas:

⁹¹ “Artículo 3o. Patrimonio del Instituto Nacional de Vías. Conforman el patrimonio del Instituto Nacional de Vías los siguientes bienes: (...) 3.5 Los ingresos provenientes de los peajes y demás cobros de la infraestructura a su cargo”.

⁹² Según el literal (f) de la Sección 3.02 del Contrato de concesión: “Incorporación: El presente contrato se entenderá incorporado íntegramente al Contrato de Fiducia Mercantil...”.

Según la cláusula Tercera del Contrato de Fiducia Mercantil: “El presente CONTRATO DE FIDUCIA tiene por objeto la administración por parte de la FIDUCIARIA de todos los aportes de capital, recursos de financiación, transferencias, etc. que deban efectuar el INCO y el Concesionario con el fin que este último logre efectuar por su cuenta y riesgo el Proyecto, el cual comprende pero sin limitarse a que elabore los diseños, financie, obtenga las licencias ambientales y demás permisos, adquiera los Predios, rehabilite, construya, mejore, opere y mantenga el Sector y si fuere el caso, servir de garantía de la financiación otorgada por los prestamistas, **de acuerdo con lo establecido en el CONTRATO**”.



“SECCIÓN 17.02. Obligaciones de la Fiduciaria en la Liquidación. Para determinar la destinación de los recursos de las cuentas y subcuentas del Patrimonio Autónomo, se aplicarán las siguientes reglas:

(c) Destinación de los Recursos del Patrimonio Autónomo. Una vez se haya realizado la liquidación bilateral o unilateral del Contrato, de conformidad con lo señalado en los artículos 60 y 61 de la ley 80 de 1993 y 11 de la Ley 1150 de 2007, el INCO procederá a enviar a la Fiduciaria, copia del acta de liquidación, en la cual se señalará la destinación que la Fiduciaria deberá dar a los recursos disponibles en el Patrimonio Autónomo.

“Usos de los Saldos: los saldos de las cuentas y subcuentas del Patrimonio Autónomo tendrán la siguiente destinación:

- (i) Cuenta de Aportes INCO: Los saldos de esta subcuenta serán trasladados al INCO.
 - (ii) Subcuenta de Interventoría: Los saldos de esta subcuenta serán trasladados al INCO.
 - (iii) Subcuenta de Predios: Los saldos de esta subcuenta serán trasladados al INCO.
 - (iv) Subcuenta de Divulgación: Los saldos de esta subcuenta serán trasladados al INCO.
 - (v) Subcuenta de Supervisión Aérea: Los saldos de esta subcuenta serán trasladados al INCO.
 - (vi) La destinación de los saldos de las demás cuentas y subcuentas del Patrimonio Autónomo será determinada a entera discreción del Concesionario en el Contrato de Fiducia Mercantil.
- (e) Para los casos de terminación anticipada del Contrato se aplicará lo previsto en las siguientes secciones”.

(...)

“SECCIÓN 17.04. Terminación del Contrato por Incumplimiento del Concesionario.

(a) Terminación durante la Fase de Preconstrucción: Si se produce la terminación anticipada del Contrato durante la Fase de Preconstrucción por incumplimiento del Concesionario, se procederá a establecer el valor de la liquidación del Contrato de Concesión, mediante la aplicación de la siguiente fórmula:

(...)

b) Si el cálculo de valor de la liquidación del Contrato de Concesión (VLpc) calculado en el literal (a) anterior, es positivo, el pago estará a cargo del INCO y a favor del Concesionario. Si el cálculo de valor de la liquidación del Contrato de Concesión (VLpc) calculado en el literal (a) anterior, es negativo, el pago estará a cargo del Concesionario y a favor del INCO.

DE CONCESIÓN, el cual hace parte integral del presente CONTRATO DE FIDUCIA Igualmente con los recursos que se administren en la Cuenta Aportes Concesionario”.



(i) Sumas a Cargo del INCO: Cuando de la fórmula establecida en esta Sección surja la obligación de pago a cargo del INCO y a favor del Concesionario, en virtud de la terminación anticipada del Contrato, el INCO pagará esta obligación con los saldos disponibles en la Cuenta Aportes INCO. El INCO tendrá un plazo de dieciocho (18) meses para pagar el saldo remanente. Durante este período se causarán intereses equivalentes a la tasa del DTF + 5% (el spread se sumará a la DTF expresada en trimestre anticipado y este valor se reexpresará en efectivo anual). Vencidos estos términos se causarán intereses de mora, de acuerdo con lo establecido en la Sección 19.01 de este Contrato.

(ii) Sumas a Cargo del Concesionario: Cuando de la fórmula establecida en esta Sección surja la obligación de pago a cargo del Concesionario y a favor del INCO, en virtud de la terminación anticipada del Contrato, el Concesionario pagará esta obligación con los saldos disponibles en la Cuenta Aportes Concesionario. Si el saldo de la Cuenta Aportes Concesionario no es suficiente, el Concesionario tendrá un plazo de dieciocho (18) meses para pagar el saldo remanente. Durante este término se causarán intereses equivalentes a la tasa del DTF + 5% (el spread se sumará a la DTF expresada en trimestre anticipado y este valor se reexpresará en efectivo anual) sobre los saldos adeudados. Vencidos estos términos se causarán intereses de mora, de acuerdo con lo establecido en la Sección 19.01 de este Contrato.

(...)

c) Terminación durante la Fase de Construcción: En caso de terminación del Contrato por incumplimiento del Concesionario durante la Fase de Construcción, se seguirá el siguiente procedimiento:

(...)

iii) Se procederá a establecer el valor de la liquidación del Contrato de Concesión, mediante la aplicación de la siguiente fórmula:

(...)

(iv) Si el cálculo de valor de la liquidación del Contrato de Concesión (VLc) calculado en el numeral (iii) anterior, es positivo, el pago estará a cargo del INCO y a favor del Concesionario. Si el cálculo de valor de la liquidación del Contrato de Concesión (VLc) calculado en el numeral (iii) anterior, es negativo, el pago estará a cargo del Concesionario y a favor del INCO.

(A) Sumas a Cargo del INCO: Cuando de la fórmula establecida en esta Sección surja la obligación de pago a cargo del INCO y a favor del Concesionario, en virtud de la terminación anticipada del Contrato, el INCO pagará esta obligación con los saldos disponibles en la Cuenta Aportes INCO. El INCO tendrá un plazo de dieciocho (18) meses para pagar el saldo remanente. Durante este período se causarán intereses equivalentes a la tasa del DTF + 5% (el spread se sumará a la DTF expresada en trimestre anticipado y este valor se reexpresará en efectivo anual). Vencidos estos términos se causarán intereses de mora, de acuerdo con lo establecido en la Sección 19.01 de este Contrato.

(B) Sumas a Cargo del Concesionario: Cuando de la fórmula establecida en esta Sección surja la obligación de pago a cargo del Concesionario y a favor del INCO, en virtud de la terminación anticipada del Contrato, el Concesionario pagará esta obligación con los saldos disponibles en la Cuenta Aportes Concesionario. Si el saldo de la Cuenta Aportes Concesionario no es suficiente, el Concesionario tendrá un plazo de dieciocho (18) meses para pagar el saldo remanente. Durante este término se causarán intereses equivalentes a la tasa del DTF + 5% (el spread se sumará a la DTF expresada en trimestre anticipado y este valor se reexpresará en efectivo anual) sobre



los saldos adeuda. Vencidos estos términos se causarán intereses de mora, de acuerdo con lo establecido en la Sección 19.01 de este Contrato.

(d) Terminación durante la Etapa de Operación y Mantenimiento: En caso de terminación del Contrato por incumplimiento del Concesionario durante la Etapa de Operación y Mantenimiento, se seguirá el siguiente procedimiento:

(...)

(iii) Se procederá a establecer el valor de la liquidación del Contrato de Concesión por terminación anticipada durante la Etapa de Operación y Mantenimiento, mediante la aplicación de la siguiente fórmula:

(...)

(iv) Si el cálculo de valor de la liquidación del Contrato de Concesión (VLo&M) calculado en el numeral (iii) anterior, es positivo, el pago estará a cargo del INCO y a favor del Concesionario. Si el cálculo de valor de la liquidación del Contrato de Concesión (VLo&M) calculado en el numeral (iii) anterior, es negativo, el pago estará a cargo del Concesionario y a favor del INCO.

(A) Sumas a Cargo del INCO: Cuando de la fórmula establecida en esta Sección surja la obligación de pago a cargo del INCO y a favor del Concesionario, en virtud de la terminación anticipada del Contrato, el esta obligación con los saldos disponibles en la Cuenta Aportes INCO. El INCO tendrá un plazo de dieciocho (18) meses para pagar el saldo remanente. Durante este período se causarán intereses equivalentes a la tasa del DTF + 5% (el spread se sumará a la DTF expresada en trimestre anticipado y este valor se reexpresará en efectivo anual). Vencidos estos términos se causarán intereses de mora, de acuerdo con lo establecido en la Sección 19.01 de este Contrato.

(B) Sumas a Cargo del Concesionario: Cuando de la fórmula establecida en esta Sección surja la obligación de pago a cargo del Concesionario y a favor del INCO, en virtud de la terminación anticipada del Contrato, el Concesionario pagará esta obligación con los saldos disponibles en la Cuenta Aportes Concesionario. Si el saldo de la Cuenta Aportes Concesionario no es suficiente, el Concesionario tendrá un plazo de dieciocho (18) meses para pagar el saldo remanente. Durante este término se causarán intereses equivalentes a la tasa del DTF + 5% (el spread se sumará a la DTF expresada en trimestre anticipado y este valor se reexpresará en efectivo anual) sobre los saldos adeudados. Vencidos estos términos se causarán intereses de mora, de acuerdo con lo establecido en la Sección 19.01 de este Contrato”.

Las anteriores cláusulas contractuales que regularon el destino de los recursos del patrimonio autónomo en el caso de liquidación del contrato de concesión, señalaban que los saldos de la cuenta aportes INCO debían ser trasladados al INCO y que en caso de terminación por incumplimiento del concesionario, cuando de la aplicación de la fórmula contractualmente fijada resultaren saldos a favor del INCO, éstos debían ser cubiertos con los saldos disponibles en la cuenta de aportes concesionario, lo cual es demostrativo de que aplicando los criterios fijados en la Circular Externa 46 de 2008 de la Superintendencia Financiera de Colombia, también debe concluirse que en el patrimonio autónomo constituido para la ejecución del contrato de concesión No. 001 de 2010, habían recursos públicos, en tanto en cuanto, estaba pactado en el contrato de concesión, el cual hacía parte del contrato



de fiducia⁹³, que en caso de incumplimiento de su objeto, parte de sus recursos debían retornar a un ente público.

58. Declaración bajo la gravedad del juramento rendida por ÁLVARO MIGUEL OEDING Director Jurídico de Infraestructura en CORFICOLOMBIANA, vinculado a esa entidad desde 2011.

De la declaración rendida por el señor OEDING se extraen los siguientes aspectos relevantes para el proceso:

Que comenzando el año 2019 y raíz de una noticia publicada por un medio de comunicación, relacionada con el acta No. 50 de la Junta Directiva de la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., se le solicitó prestar apoyo para entender la situación y buscar toda la información concerniente a esa acta.

Que con ocasión de dicha solicitud entró en contacto con el señor ALBERTO MARIÑO SAMPER quien se mostraba muy molesto y confundido con la noticia.

Que le fue solicitado desde Corficolombiana, acompañar al señor ALBERTO MARIÑO a visitar las oficinas de la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol para ver qué información había allí relacionada con la noticia publicada, visita que fue atendida por el representante legal de la concesionaria que había sido designado por la Superintendencia de Puertos y Transportes y por el Director Jurídico de la Concesionaria.

Que en dicha visita observaron que en los archivos digitales de la concesionaria obraba una versión del acta 50 que no hacía referencia en ninguno de sus apartes a la firma profesionales de bolsa y que en el libro de actas de junta de la concesionaria vieron 2 versiones del acta 50 diferentes a la del archivo digital, las cuales sí hacían referencia a Profesionales de Bolsa con algunas diferencias entre sí:

“... la información que recogimos fue la siguiente; en los archivos digitales de la compañía obraba una versión de acta 50 que no hacía referencia a ninguno de sus apartes en su contenido a la firma de profesionales de bolsa y recuerdo que vimos en el libro de actas de

⁹³ Según el literal (f) de la Sección 3.02 del Contrato de concesión: “Incorporación: El presente contrato se entenderá incorporado íntegramente al Contrato de Fiducia Mercantil...”.

Según la cláusula Tercera del Contrato de Fiducia Mercantil: “El presente CONTRATO DE FIDUCIA tiene por objeto la administración por parte de la FIDUCIARIA de todos los aportes de capital, recursos de financiación, transferencias, etc. que deban efectuar el INCO y el Concesionario con el fin que este último logre efectuar por su cuenta y riesgo el Proyecto, el cual comprende pero sin limitarse a que elabore los diseños, financie, obtenga las licencias ambientales y demás permisos, adquiera los Predios, rehabilite, construya, mejore, opere y mantenga el Sector y si fuere el caso, servir de garantía de la financiación otorgada por los prestamistas, **de acuerdo con lo establecido en el CONTRATO DE CONCESIÓN, el cual hace parte integral del presente CONTRATO DE FIDUCIA** Igualmente con los recursos que se administren en la Cuenta Aportes Concesionario”.



junta de la concesionaria 2 versiones de acta 50 diferentes a esa que tenían en el archivo digital de la compañía y que sí hacían referencia a profesionales de bolsa pero cada una de esas también era diferente, una hacía referencia que había sido aprobada por unanimidad la contratación y otra hacía referencia a que había sido aprobada por mayoría. Eso lo pudimos evidenciar en esa visita esa información también por supuesto fue directamente obtenida por el Doctor Alberto”.

Que a partir de dicha información comenzó a hacer un rastreo sobre la circulación del acta encontrando que mientras en el proceso que adelantaba la SIC aparecía la versión del acta que no hacía mención a la firma Profesionales de Bolsa, en el proceso que se adelantaba ante el Tribunal de Arbitramento aparecían las dos versiones del acta donde sí se mencionaba a la firma Profesionales de Bolsa:

“... en la SIC nos dicen nuestros abogados que en el cuaderno público estaba la versión que no tenía ninguna referencia a esa firma, entonces ellos no conseguían por ningún lado esas versiones adicionales del acta donde sí se nombraba esa firma, otra que cosa que a mí me llamó la atención es que pedí la información que reposaba en el tribunal de arbitramento, porque ahí también se había hecho una inspección judicial en la concesionaria vimos que se había hecho casi un año atrás, y se había recogido toda la información de los libros de actas de la compañía, llamó también la atención que en ese momento hubo también una constancia de una de las entidades, creo que fue la ANI o la Agencia de Defensa Nacional, no recuerdo exactamente, pero dejaron una constancia como de la inquietud de la forma en cómo venían siendo llevados los libros y al final lo que aparece que reposaba en ese expediente eran dos versiones de acta 50 en la que sí se mencionaba profesionales de bolsa, es decir, ahí pareciera que en el tribunal de arbitramento no reposaba esa versión que por ejemplo sí era pública y reposaba en la SIC y que hayamos identificado el archivo digital de la compañía, y un poco en ese momento era qué información habíamos recibido sobre el acta 50...”.

Que recuerda que el señor ALBERTO MARIÑO se mostraba molesto y comentaba haber sido asaltado en su buena fe.

Que EPISOL era el accionista directo en la Concesionaria Ruta del Sol con un 33% de participación y que CORFICOLOMBIANA era el propietario de todas las acciones de EPISOL.

Que en las reuniones de junta directiva a las que asistió no se mencionó a la firma contratista profesionales de Bolsa ni se habló de presuntas irregularidades en el manejo de ese contrato.

Análisis: La declaración del señor ÁLVARO MIGUEL OEDING demuestra la existencia de las dos versiones falsas del acta No. 50 del 14 de febrero del 2014, a las que se ha hecho mención a lo largo del presente falló y acredita el uso de las mismas al dar cuenta de su incorporación en el libro de actas de la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., y de su inclusión en el proceso arbitral que decidió las controversias entre la Sociedad Concesionaria y la ANI.



Otros documentos incorporados al proceso

- Concepto No. 2015-00178 el Consejo Técnico de la Contaduría Pública

En este concepto, se resolvió consulta formulada en torno al: “tratamiento contable que los involucrados deben realizar en un patrimonio autónomo, para el manejo de un contrato de concesión (entidad contratante, entidad contratista, fideicomitente, beneficiarios del fideicomiso) deben darle a los activos, ingresos costos y gastos en aplicación de las normas internacionales e información financiera”.

“CONSIDERACIONES Y RESPUESTA

Dentro del carácter ya indicado, las respuestas del CTCP son de naturaleza general y abstracta, dado que su misión no consiste en resolver problemas específicos que correspondan a un caso particular.

En orden a los planteamientos e inquietudes del consultante, nos permitimos señalar:

En primer lugar es necesario aclarar que el CTCP es el organismo encargado de la orientación técnica científica de la profesión contable, y dentro de sus funciones no se encuentra la resolver problemas específicos de la contabilización de un contrato.

En relación con el tratamiento contable de un contrato de concesión, este consejo le recomienda revisar las directrices para la contabilización de estos contratos que se encuentran contenidos en los marcos técnicos normativos de los decretos 2784 de 2012 y 3022 de 2013 y otras normas que los modifiquen o sustituyan.

(...)

Además de lo anterior, para la contabilización del contrato de concesión en los estados financieros de la entidad concedente se deberán tener en cuenta la directrices de la Contaduría General de la Nación o lo establecido en la NICSP 32 para la contabilización de los acuerdo de concesión de servicios por parte de la concedente.

En los términos anteriores se resuelve la consulta, indicando que para hacerlo, este organismo se ciñó a la información presentada por el consultante y los efectos de este escrito son los previstos por el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones en ejercicio del derecho a formular consultas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución”.

Análisis: El anterior concepto fue aportado por el señor JUAN CARLOS PERTUZ BUITRAGO en el marco de su declaración, con el fin de sustentar la afirmación por él realizada según la cual, los recursos incorporados a un patrimonio autónomo para la ejecución de un contrato de concesión son recursos de naturaleza privada.

Para el Despacho, por tratarse de un concepto que como en él mismo se precisa, es de “naturaleza general y abstracta, dado que su misión no consiste en resolver problemas específicos que correspondan a un caso particular”, que no se refiere al contrato de concesión No. 001 de 2010 y tampoco al contrato de Fiducia Mercantil del 5 de mayo de 2010 celebrado para la ejecución del contrato de concesión, no desvirtúa ni la imputación efectuada



en cargos, ni las conclusiones a las que se llegó en el presente fallo en relación con la naturaleza pública de los recursos de peajes vinculados a la ejecución del contrato de concesión.

- Concepto de fecha 15 de junio de 2019 rendido por SANTIAGO JARAMILLO VILLAMIZAR con la referencia: “Naturaleza de los recursos administrados en virtud del contrato de concesión No. 001 de 2010 y el contrato de fiducia – patrimonio autónomo fideicomiso ruta del sol sector 2”, el cual fue aportado como soporte de la declaración por él rendida dentro del proceso. En este concepto se concluyó que:

“Bajo el anterior clausulado, es claro que los peajes no son recursos públicos pues los mismos no entran en las arcas del INCO hoy ANI, ni a las subcuentas que ésta tenía en el contrato de fiducia, sino directamente a las cuentas de la concesionaria dentro del contrato de fiducia, como contraprestación por las actividades que desarrolla la Concesionaria, de tal manera que como se señala y se desarrollará más adelante el pago del precio como contraprestación de la obra realizada por la Concesionaria hacen que los recursos públicos pierdan dicha calidad al ingresar al patrimonio de la concesionaria”.

Análisis: Para el Despacho, el concepto del señor JARAMILLO VILLAMIZAR se equivoca al concluir que los recursos correspondientes al recaudo de peajes y los recursos aportados por el INCO a título de vigencias futuras, por ingresar a una fiducia y ser parte de la contraprestación del concesionario, no eran recursos públicos, en la medida en que no analiza el artículo 53 de la ley 734 de 2002 señala de manera expresa que: “Administran recursos públicos aquellos particulares que **recaudan**, custodian, liquidan o disponen el uso de rentas parafiscales, de rentas que hacen parte del presupuesto de las entidades públicas **o que estas últimas han destinado para su utilización con fines específicos**”, no toma en cuenta que la naturaleza de los recursos públicos, como lo son los recursos parafiscales, los recursos entregados a contratistas a título de anticipo y los recursos entregados a contratistas como aportes en convenios de cooperación, se funda en la destinación específica que a los mismos se ha dado por ley, contrato o convenio, destinación específica que impide su libre disposición por parte del particular; no involucra en su análisis que por virtud del propio contrato de concesión, los recursos correspondientes a la contraprestación que el INCO debía pagar al concesionario (aportes INCO y recursos de peajes) tenían una destinación específica asociada a la entrega de Hitos y al pago de costos y gastos reales correspondientes a la ejecución del contrato; no observa que en la legislación colombiana el contrato no es título y modo a la vez y que por lo tanto el hecho de pactar una contraprestación no convierte al acreedor de la misma en propietario; no analiza que la incorporación de recursos públicos en un patrimonio autónomo no implica que éstos pierdan su condición de tales, hasta el punto que la Contraloría General de la República tiene asignado a sus diferentes Delegadas, el ejercicio de vigilancia y control fiscal sobre los patrimonios autónomos correspondientes a sus respectivos sectores, como lo acredita la resolución 0044 de agosto 9 de 2018; y no menciona ni estudia a lo largo de su concepto, la Circular Externa No. 46 de la Superintendencia Financiera de Colombia, que establece cuando debe entenderse que en un negocio fiduciario hay recursos públicos, cuyo contenido y alcance fue



expuesto al analizar la declaración del señor JARAMILLO VILLAMIZAR, así como en el numeral 1.4., acápites a los cuales se remite.

- Certificación de julio 30 de 2020 rendida por MARÍA ISABEL FEULLET GUERRERO Secretaria de la Sección Tercera del Consejo de Estado, referida al estado del recurso de anulación presentado contra el laudo arbitral del 6 de agosto de 2019 proferido por el Tribunal Arbitral que resolvió las disputas entre la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., y la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI).

En esta certificación se señaló que:

“1.- Se encuentra radicado ante esta Corporación el siguiente proceso:

Radicación	11001032600020190016800 (65136)
Demandantes	Concesionaria Ruta del Sol
Demandados	Agencia Nacional de Infraestructura – ANI
Consejero Ponente	María Adriana Marín

2.- Que el expediente, según el aplicativo SAMAI, tiene ingreso para fallo desde el 28 de enero de 2020; pero actualmente se encuentra en la Secretaría con el fin de notificar una providencia del 15 de julio de 2020, mediante la cual se acepta la renuncia del Dr. José Roberto Sáchica. Esta información puede ser encontrada en la página de la Rama Judicial.

3. Que, según la plataforma en mención, en el proceso no se ha proferido decisión de fondo”.

Análisis: La certificación acreditaba que para la fecha de su expedición no se había decidido el recurso de anulación presentado en contra del laudo arbitral del 6 de agosto de 2019 proferido por el Tribunal Arbitral que resolvió las disputas entre la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., y la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI), sin embargo considera necesario el Despacho precisar, que para la fecha de la presente decisión, dicho recurso ya fue resuelto por el Consejo de Estado⁹⁴, dejando incólume la decisión adoptada por el Tribunal Arbitral que en el marco de sus consideraciones señaló:

“2.5.3.3. Los distintos testimonios y evidencia documental muestran que la contabilidad de la Concesionaria y de Consol están contaminadas y que los pagos de sobornos hechos por Odebrecht fueron recobrados a través del Proyecto.

Los giros que anota el testigo Millán desde los inicios del Contrato, por su parte, fueron objeto de informes que a este Tribunal hizo llegar la Fiscalía General de la Nación, así como otros testigos del proceso. Dentro de ellos, por ejemplo, se encuentra el informe presentado por la

⁹⁴ <https://www.elespectador.com/noticias/judicial/caso-odebrecht-consejo-de-estado-dejo-firme-laudo-de-ruta-del-sol-2/>



Alcaldía de Andorra sobre movimientos a través de la Banca Privada de Andorra, que eran recurrentes por parte de Odebrecht. En el informe se pueden advertir varios giros hechos por la Concesionaria a través de la Fiduciaria Banco de Bogotá con destino a dicha Banca durante los meses de junio, julio y agosto de 2010 y, en general, durante el tiempo de ejecución del contrato de concesión.

Al expediente, el ente acusador aportó importantes pruebas con listas de contratistas de la Concesionaria y de Consol provenientes de contratos ficticios, con empresas tales como Profesionales de Bolsa, Consultores Unidos, PRESOAM, Consorcio SION, Detección de Riesgos Técnicos, Control de Calidad y Supervisión de Obras de Edificación S.A., RGQ Logistics, Transportes y Equipos de la Sabana, Lurion Trading, etc. Los testimonios de Javier Germán Mejía, Gustavo Ramírez, Enrique Guisays, Gabriel García Morales, Yesid Arocha y Eduardo Zambrano también darían fe de lo dicho”.

- Oficio No. 2020-01-347240 del 17 de julio de 2020 firmado por la Secretaria Administrativa del Grupo de Apoyo Judicial de la Superintendencia de Sociedades.

A través del anterior oficio se remitió la siguiente documentación relacionada por el proceso de liquidación de la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S:

- Auto del 19 de febrero de 2020 en el cual se fijó fecha para la diligencia de secuestro de los bienes de propiedad de la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S, señalando como antecedente, que con auto 2020-01-009673 de enero 15 de 2020 se decretó la apertura del proceso de liquidación judicial de los bienes de la sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., y se ordenó el embargo y secuestro de los bienes y aprehensión de libros y demás documentos sociales de la concursada.

- Copia de acta de entrega de libros y documentos al liquidador.

- Copia de auto 2020-01-088546 del 28 de febrero de 2020 en el cual se dispuso fijar un nuevo aviso informando de la apertura del proceso de liquidación judicial de la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S, reseñando como antecedentes que mediante auto 2020-01-009673 de enero 15 de 2020 se decretó la apertura del proceso de liquidación judicial de los bienes de la sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., y que a través de acta 2020-01-033067 del 3 de febrero de 2020 tomo posesión el liquidador designado para adelantar el proceso liquidatorio.

Análisis: Los anteriores documentos permiten concluir que el proceso de liquidación judicial de la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., fue abierto con auto del 15 de enero de 2020; que el liquidador se posesionó el día 3 de febrero de esta misma anualidad; y que se fijó fecha para la diligencia de secuestro de los bienes de propiedad de la Sociedad Concesionaria.

Con fundamento en las consideraciones previamente expuesta, el suscrito Procurador Primero Delegado para la Contratación Estatal, Coordinador del



Subgrupo Disciplinario del Grupo Élite Anticorrupción, por considerarlo pertinente y conducente:

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR PROBADO el cargo único formulado al señor EDER PAOLO FERRACUTI identificado con la cédula de extranjería No. 000390420, en su condición de representante legal de la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S.

SEGUNDO: SANCIONAR DISCIPLINARIAMENTE al señor **EDER PAOLO FERRACUTI** identificado con la cédula de extranjería No. 000390420, en su condición de representante legal de la sociedad concesionaria Ruta del Sol SAS y como consecuencia de ello imponer en su contra:

- **MULTA equivalente a DIECISEIS MIL SETECIENTOS CINCUENTA Y SEIS MILLONES DE PESOS (\$16.756.000.000)**, que deberá ser cancelada a favor del Tesoro Nacional⁹⁵.
- **INHABILIDAD POR EL TÉRMINO DE 20 AÑOS** para ejercer empleo público, función pública, prestar servicios a cargo del Estado o contratar con éste.

TERCERO: DECLARAR PROBADO el cargo único formulado al señor ELEUBERTO MARTORELI identificado con la cédula de extranjería No. 427178, en su condición de miembro principal y Presidente de la Junta Directiva de la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S.

CUARTO: SANCIONAR DISCIPLINARIAMENTE al señor **ELEUBERTO MARTORELLI**, identificado con la cédula de extranjería No. 427178, en su condición de miembro principal y Presidente de la Junta Directiva de la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol SAS y como consecuencia de ello imponer en su contra:

- **MULTA equivalente a DIECISEIS MIL SETECIENTOS CINCUENTA Y SEIS MILLONES DE PESOS (\$16.756.000.000)**, que deberá ser cancelada a favor del Tesoro Nacional⁹⁶.

⁹⁵ Artículo 173 ley 734 de 2002. Pago y plazo de la multa. "... Si el sancionado fuere un particular, deberá cancelar la multa a favor del Tesoro Nacional, dentro de los treinta días siguientes a la ejecutoria de la decisión que la impuso, y presentar la constancia de dicho pago a la Procuraduría General de la Nación".

⁹⁶ Artículo 173 ley 734 de 2002. Pago y plazo de la multa. "... Si el sancionado fuere un particular, deberá cancelar la multa a favor del Tesoro Nacional, dentro de los treinta días siguientes a la ejecutoria de la decisión que la impuso, y presentar la constancia de dicho pago a la Procuraduría General de la Nación".



- **INHABILIDAD POR EL TÉRMINO DE 20 AÑOS** para ejercer empleo público, función pública, prestar servicios a cargo del Estado o contratar con éste.

QUINTO: Absolver del cargo formulado al señor ALBERTO MARIÑO SAMPER identificado con la cédula de ciudadanía No. 19.240.702, en su condición de miembro principal de la Junta Directiva de la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S.

SEXTO: Compulsar copia del presente fallo con destino a la Fiscalía General de la Nación y a la Contraloría General de la República para lo de su competencia.

SÉPTIMO: En firme la presente decisión efectuar el registro de la misma en los términos del artículo 174 de la ley 734 de 2002.

OCTAVO: Con fundamento en el artículo 4 del Decreto Legislativo No. 491 de 2020 y la Resolución PGN 216 de 2020, notificar la presente decisión a los sujetos procesales por correo electrónico informándoles que contra la misma procede el recurso de apelación ante la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación, el cual se deberá interponer en los términos de los artículos 111, 112 y 115 de la ley 734 de 2002.

- Dr. GUSTAVO QUINTERO NAVAS: gustavoquintero@qnabogados.com
- Dr. JUAN FUENTES: juanfuentes@qnabogados.com
- Dr. JORGE BARONE: jorgebarone@qnabogados.com
- Dr. URIEL ALBERTO AMAYA: urielalbertoamaya@gmail.com
- Sr. ALBERTO MARIÑO amarininos@coviandes.com
- Sr. EDER PAOLO FERRACUTI epferracuti@odebrecht.com
- Sr. ELEUBERTO MARTORELI: gustavoquintero@qnabogados.com

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Camiло José Orrego Morales

CAMILO JOSÉ ORREGO MORALES

Procurador Primero Delegado para la Contratación Estatal
Coordinador Subgrupo Disciplinario – Grupo Élite Anticorrupción

Ptó: LFR