

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN PRIMERA
SUBSECCIÓN "A"
¡URGENTE!

Bogotá D.C., veintisiete (27) de enero de dos mil diecisiete (2017)

Magistrado Ponente: Dr. LUIS MANUEL LASSO LOZANO
Referencia: Exp. No. 250002341000201700083-00
Demandante: PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN
Demandado: CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S. Y OTROS
MEDIO DE CONTROL DE PROTECCIÓN DE DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS
Asunto: Ordena informe en el trámite de la medida cautelar de urgencia

Mediante escrito radicado en la Secretaría de la Sección Primera de este Tribunal Administrativo el 26 de enero de 2017 el Procurador General de la Nación presentó solicitud de medida cautelar de urgencia en los términos del artículo 234 de la Ley 1437 de 2011:

"1. MEDIDAS CAUTELARES

1.1. Que como medida previa y teniendo en cuenta que mantener la participación de Odebrecht "corrupto confeso" en el contrato de concesión No. 001 de 2010, lesiona la moralidad administrativa y pone en riesgo el patrimonio público y la confianza que demanda la sociedad de sus contratistas, solicito se ordene a la Agencia Nacional de Infraestructura, ANI, que de manera inmediata adopte alguna o algunas de las siguientes medidas: (i) la toma de posesión del contrato por parte de la ANI o de la entidad que determine el gobierno nacional; (ii) la cesión transitoria del contrato en tanto se adelanta un nuevo proceso de selección objetivo del contrato y se surte su adjudicación; (iii) la toma de posesión de obras, muebles, inmuebles o infraestructura afectos al proyecto; (iv) la celebración de nuevos contratos de obra pública, administración delegada, concesión, administración fiduciaria, contratos llave en mano y otras tipologías de contratos que le son propias al sector de infraestructura con el propósito de garantizar la realización del proyecto de infraestructura vial denominado Ruta del Sol; (v) hacer efectivas las garantías, mecanismos de cobertura de riesgos e imposición de mecanismos excepcionales en lo que fuere pertinente; (vi) otras medidas adicionales, complementarias o diferentes a las expuestas que la ANI deberá justificar y desarrollar con observancia plena del marco constitucional, legal y reglamentario vigente. Todo lo anterior con el propósito de garantizar la realización del proyecto de infraestructura vial denominado Ruta del Sol.

1.2. Que para hacer efectivas las medidas de protección solicitadas en la primera solicitud de medida cautelar (relativas a los correctivos contractuales para la ejecución del proyecto Ruta del Sol), se ordene el retiro de las dos sociedades en las cuales Odebrecht tiene participación; lo anterior, para

evitar que un grupo empresarial confeso de corrupción, tenga alguna injerencia en las decisiones contractuales y siga participando de la sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., persona jurídica de la siguiente composición: (i) Constructora Norberto Odebrecht S.A. – 25%; ii) Oderbrechth Inwestimentos en Infraestructura Ltda. – 37%; iii) Estudios y proyectos del Sol S.A. –Episol S.A. – 33%; iv) CSS Constructores S.A. – 5%). Lo anterior teniendo en cuenta que como mínimo esa sociedad deberá hacer entrega del proyecto según las decisiones que adopte la ANI.

1.3. *Que en el curso de la acción popular se esté valorando la necesidad y procedencia de medidas de embargo de bienes muebles e inmuebles y de rentas de la sociedad Concesionaria, las sociedades que la conforman y/o de sus miembros, y de los activos de las cuatro sociedades que la constituyen, para responder patrimonialmente por los daños, perjuicios, indemnizaciones, demandas y proponer por la recuperación de los USD11.1 millones de dólares, (USD11.100.000.00) y otros daños que se llegaren a ocasionar en el curso de este proceso judicial. Para efecto de lo anterior, el despacho conductor podrá solicitar el acompañamiento y colaboración, en cuanto al suministro de información, de los organismos de control, de vigilancia e inspección, como lo son la Fiscalía General de la Nación, la Contraloría general de la República, la Superintendencia de Puertos y Transporte, de Sociedades, de Notariado y registro, Financiera, entre otros.*

Por lo tanto, se solicita al despacho del señor magistrado ponente oficiar a la Fiscalía General de la Nación y a la Contraloría General de la República para que informen sobre bienes y rentas de estas sociedades o sus grupos empresariales. A su vez esta Procuraduría realizará una búsqueda de los activos embargables para suministrar al despacho y hacer efectiva esta medida. En todo caso si bien la efectividad e inminencia de la medida es relevante, también lo es que esta no llegue a afectar los aspectos esenciales para el desarrollo del proyecto, tales como, los pagos que son necesarios para la ejecución del mismo proyecto hasta tanto se adopten las medidas contractuales previstas en el numeral 1.1. Para lo anterior, y en ese mismo sentido se solicitará el acompañamiento de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado junto con la articulación de los organismos de control aquí referidos.

A su vez, en este trabajo interinstitucional nos permitiremos proponer de forma incidental ante el H. Despacho ponente una solicitud de levantamiento de velo corporativo. Y en los asuntos de recuperación patrimonial se actuará coordinadamente con las superintendencias que tienen competencia sectorial societaria y financiera.

1.4. *Que se solicite copia del proceso arbitral que actualmente se adelanta en la Cámara de Comercio de Bogotá, identificado con el radicado N° 4190, proceso al cual se acumuló recientemente el radicado n° 4209, convocados por la convocados por la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. Lo anterior con la finalidad de que el tribunal Administrativo de Cundinamarca adopte las medidas cautelares que sean necesarias frente al trámite arbitral, para garantizar que no se continúen vulnerando los derechos colectivos, por ejemplo la defensa del patrimonio público, por las reclamaciones económicas que hicieron miembros de esa sociedad Concesionaria, cuyos socios mayoritarios reconocieron la comisión de varios delitos para la adjudicación, celebración, ejecución y modificaciones del contrato de concesión No. 001 de 2010”.*

El artículo 25 de la Ley 472 de 1998 estableció la procedencia de medidas cautelares en el trámite de las acciones populares, señalando que: **“Antes de ser notificada la demanda y en cualquier estado del proceso podrá el juez, de oficio o a petición de parte, decretar, debidamente motivadas, las medidas previas que estime pertinentes para prevenir un daño inminente o para hacer cesar el que se hubiere causado”** (Negrillas y subrayas del Despacho).

Posteriormente, la Ley 1437 de 2011 introdujo importantes modificaciones al trámite de las medidas cautelares en los asuntos contencioso administrativos, entre ellas, las solicitadas en ejercicio del Medio de Control de Protección de los Derechos e Intereses Colectivos.

El párrafo del artículo 229 de la norma *ejusdem* estableció que *“Las medidas cautelares en los procesos que tengan por finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos del conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se regirán por lo dispuesto en este capítulo (Capítulo XI de la Ley 1437 de 2011) y podrán ser decretadas de oficio”*.

El artículo 234 de la Ley 1437 de 2011 define la medida cautelar de urgencia en el siguiente sentido:

“ARTÍCULO 234. MEDIDAS CAUTELARES DE URGENCIA. Desde la presentación de la solicitud y sin previa notificación a la otra parte, el Juez o Magistrado Ponente podrá adoptar una medida cautelar, cuando cumplidos los requisitos para su adopción, se evidencie que por su urgencia, no es posible agotar el trámite previsto en el artículo anterior. Esta decisión será susceptible de los recursos a que haya lugar.

La medida así adoptada deberá comunicarse y cumplirse inmediatamente, previa la constitución de la caución señalada en el auto que la decrete” (Negrillas y subrayas del Despacho).

De conformidad con lo anterior, es claro que la diferencia entre las medidas cautelares ordinarias y las de urgencia radica en el trámite que debe darse a las mismas, pues con respecto a estas últimas se omite el traslado a la contraparte de la solicitud de cautela.

Pues bien, en el caso concreto y por no ser contrario al trámite de la medida cautelar de que trata el artículo 234 de la Ley 1437 de 2011, el Despacho considera necesario decretar una serie de informes para determinar las características de la medida que se deba adoptar de cara a la protección de los derechos colectivos a la Moralidad Administrativa, la Defensa del Patrimonio Público y el Acceso a los Servicios Públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna.

En consecuencia, el Despacho decreta los siguientes informes:

PRIMERO: Por Secretaría de la Sección y con **CARÁCTER URGENTE REQUIÉRASE** al Director de la Agencia Nacional de Infraestructura a fin que **INFORME** al Despacho sobre la viabilidad técnica, jurídica, financiera y presupuestal de cada una de las seis (6) medidas¹ solicitadas por el Procurador General de la Nación en el numeral 1.1. del capítulo “1. MEDIDAS CAUTELARES” de la solicitud de medida cautelar de urgencia, en relación con el contrato de Concesión No. 001 de 14 de enero de 2010.

SEGUNDO.- Por Secretaría de la Sección y con **CARÁCTER URGENTE REQUIÉRASE** al Director de la Agencia Nacional de Infraestructura para que **INFORME** lo siguiente en relación con el contrato de Concesión No. 001 de 14 de enero de 2010:

1. La fecha del acta de inicio del contrato de Concesión No. 001 de 14 de enero de 2010.
2. El estado actual del Contrato de Concesión No. 001 de 14 de enero de 2010 y la fase de ejecución en la cual se encuentra.

¹ “[...] (i) la toma de posesión del contrato por parte de la ANI o de la entidad que determine el gobierno nacional; (ii) la cesión transitoria del contrato en tanto se adelanta un nuevo proceso de selección objetivo del contrato y se surte su adjudicación; (iii) la toma de posesión de obras, muebles, inmuebles o infraestructura afectos al proyecto; (iv) la celebración de nuevos contratos de obra pública, administración delegada, concesión, administración fiduciaria, contratos llave en mano y otras tipologías de contratos que le son propias al sector de infraestructura con el propósito de garantizar la realización del proyecto de infraestructura vial denominado Ruta del Sol; (v) hacer efectivas las garantías, mecanismos de cobertura de riesgos e imposición de mecanismos excepcionales en lo que fuere pertinente; (vi) otras medidas adicionales, complementarias o diferentes a las expuestas que la ANI deberá justificar y desarrollar con observancia plena del marco constitucional, legal y reglamentario vigente”.

3. Cuántos tramos o Hitos del Contrato de Concesión No. 001 de 14 de enero de 2010 se han culminado, indicando la fecha de inicio y la fecha de terminación de cada uno de ellos. Así mismo, deberá certificar si los tramos o Hitos del Contrato fueron recibidos a satisfacción por parte de la Agencia Nacional de Infraestructura y cuáles tramos o Hitos quedan por ejecutar.

4. Si se ha suspendido el Contrato de Concesión No. 001 de 14 de enero de 2010. En caso afirmativo deberá indicar las fechas de suspensión y reanudación del mismo y las razones por las cuales se suspendió.

5. Si se han suscrito "otro sí" al contrato. En caso afirmativo, deberá indicar en forma detallada el objeto de los mismos.

6. Reporte, basado en los informes de interventoría, sobre el desarrollo del Contrato de Concesión No. 001 de 14 de enero de 2010, en el que se de cuenta de los siguientes aspectos: irregularidades jurídicas, técnicas, financieras y presupuestales; suspensiones en caso de que se hubieren producido y las razones de las mismas; estado de avance de la obra; así como, vigencias, características y el valor de las garantías y pólizas de seguro otorgadas para el desarrollo del contrato.

7. Cuántas y cuáles pólizas fueron suscritas para garantizar la ejecución del Contrato de Concesión No. 001 de 14 de enero de 2010, el valor de las mismas, la vigencia de cada una de ellas y la compañía de seguros con las cuales se tomó.

TERCERO.- Por Secretaría de la Sección y con **CARÁCTER URGENTE REQUIÉRASE** al Presidente de la Cámara de Comercio de Bogotá para que, con destino a este proceso, remita **INFORME** del estado y trámite que ha surtido el proceso arbitral identificado con el radicado No. 4190,

incluido el proceso arbitral acumulado No. 4209, los cuales fueron convocados por la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S.

Así mismo, la Cámara de Comercio de Bogotá deberá **REMITIR COPIA** de las demandas y las reformas a las demandas que presentó la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. ante esa Entidad; las demandas de reconvencción y sus reformas que presentó la Agencia Nacional de Infraestructura en el trámite de los procesos arbitrales Nos. 4190 y su acumulado 4209; el auto que decretó las medidas cautelares en los trámites arbitrales y el auto que, de oficio, dispuso el levantamiento de las medidas cautelares en el proceso arbitral No. 4190 y su acumulado 4209.

CUARTO.- ORDÉNASE al Juzgado 26 de Control de Garantías de Bogotá que remita copia de la audiencia llevada a cabo el 15 de enero de 2017 en la cual el señor GABRIEL GARCÍA MORALES, ex viceministro de Transporte, aceptó su participación en los delitos de Cohecho, Celebración Indevida de Contratos y Enriquecimiento Ilícito, que le fueron imputados por la Fiscalía General de la Nación en virtud de su participación en la suscripción irregular del contrato para la obra del tramo II de la Ruta del Sol. En caso de que sobre el particular pese algún tipo de reserva así deberá informarlo el funcionario judicial con el fin de tomar las providencias del caso.

QUINTO.- Debido a la urgencia de la petición de medida cautelar los informes solicitados en esta providencia deberán ser remitidos a este Despacho a más tardar el día treinta (30) de enero de 2017 a las 5:00 p.m.

CÚMPLASE



LUIS MANUEL LASSO LOZANO
Magistrado



Medida Cautelar

Señores
H. MAGISTRADOS TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
(Reparto)
Bogotá D.C.

REFERENCIA: **ACCIÓN POPULAR**
Contra la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., de la cual hace parte Odebrecht y la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI. Contrato de Concesión N° 001 del 14 de enero de 2010

Respetados Magistrados:

FERNANDO CARRILLO FLÓREZ, Procurador General de la Nación, en ejercicio de las facultades constitucionales y legales, y en especial las que le confiere el numeral 4 del artículo 277 de la Constitución Política de Colombia, y de conformidad con lo previsto en el artículo 88 de la Carta de Colombia y en el numeral 4 del artículo 12 de la Ley 472 de 1998, me permito presentar **Acción Popular**, contra la "Concesionaria Ruta del Sol S.A.S." (Sociedad constituida por escritura pública No. 2103 de 22/12/09 de la Notaría 22 de Bogotá D.C.), compuesta por (i) Constructora Norberto Odebrecht S.A.; (ii) Odebrecht Inversiones Em Infra-Estructura Ltda.; (iii) Estudios y Proyectos del Sol S.A. - EPISOL S.A.; y (iv) CSS Constructores S.A., y contra el Instituto Nacional de Concesiones –INCO, hoy Agencia Nacional de Infraestructura – ANI, por la vulneración de los Derechos Colectivos de la Moralidad Administrativa, la Defensa del Patrimonio Público y el Acceso a los Servicios Públicos, y a su prestación eficiente y oportuna, con ocasión de la gestión contractual realizada en Colombia y en particular en la celebración y ejecución del contrato de Concesión N° 001 del 14 de enero de 2010, suscrito entre el Instituto Nacional de Concesiones –INCO, hoy Agencia



2

Nacional de Infraestructura – ANI y la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S.”, con el propósito de que se acceda a las siguientes,

1. PRETENSIONES

PRIMERA: Que se declare que se han vulnerado los derechos colectivos de la Moralidad Administrativa, la Defensa del Patrimonio Público, el Acceso a los Servicios Públicos, a su prestación eficiente y oportuna, con ocasión de los actos de corrupción aceptados y confesos por los representantes de Odebrecht y por el ex-viceministro de Transporte y ex-director encargado del INCO, en los procesos de adjudicación, celebración y ejecución del contrato de concesión N° 001 del 14 de enero de 2010, junto con todas las modificaciones, otrosíes y adiciones que se le hayan realizado al mencionado contrato, así mismo, que se han vulnerado tales derechos en las reclamaciones administrativas y judiciales que se hayan presentado o que se llegaren a presentar por parte de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., con ocasión de aquel contrato; vínculo suscrito entre el Instituto Nacional de Concesiones –INCO, hoy Agencia Nacional de Infraestructura – ANI y la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., persona jurídica que se conforma de la siguiente manera: (i) Constructora Norberto Odebrecht S.A. - 25%; ii) Odebrecht Inveſtimentos en Infraestructura Ltda. – 37%; iii) Estudios y proyectos del Sol S.A. -Episol S.A. – 33%; iv) CSS Constructores S.A. – 5%).

SEGUNDA: Que como consecuencia de la declaración señalada en la primera pretensión se ordene a la Agencia Nacional de Infraestructura ANI, que de manera inmediata adopte los correctivos y medidas legales, judiciales, contractuales, administrativas, financieras y/o técnicas, que aseguren o propendan por la continuidad y mejora del servicio público de



transporte en las vías concesionadas y en las obras públicas de la Ruta del Sol (Sector 2), continuidad que deberá corresponder a la estructuración del proyecto que precedió la adjudicación del contrato de concesión No. 001 de 2010. Por lo tanto, adoptar correctivos contractuales para el restablecimiento de los derechos colectivos vulnerados, a manera de alternativas uno o varios de los siguientes correctivos: (i) la toma de posesión del contrato por parte de la ANI o de la entidad que determine el gobierno nacional; (ii) la cesión transitoria del contrato en tanto se adelanta un nuevo proceso de selección objetiva del contrato y se surte su adjudicación; (iii) la toma de posesión de obras, muebles, inmuebles, infraestructura afectos al proyecto; (iv) la celebración de nuevos contratos de obra pública, administración delegada, concesión, administración fiduciaria, contratos llave en mano y otras tipologías de contratos que le son propias al sector de infraestructura con el propósito de garantizar la realización del proyecto de infraestructura vial denominado Ruta del Sol; (v) hacer efectivas las garantías, mecanismos de cobertura de riesgos e imposición de mecanismos excepcionales en lo que fuere pertinente; (vi) otras medidas adicionales, complementarias o diferentes a las expuestas que la ANI deberá justificar y desarrollar con observancia plena del marco constitucional, legal y reglamentario vigente. Todo lo anterior con el propósito de garantizar la realización del proyecto de infraestructura vial denominado Ruta del Sol y enmarcado en las disposiciones contractuales aplicables.

Así, se deberán adoptar con celeridad las medidas contractuales de transición para evitar mayores costos sociales y económicos para el país que mitiguen el riesgo de paralización o suspensión de la obra y por lo tanto, una afectación más grave de los derechos colectivos y del interés general. De igual forma las medidas definitivas para el espacio de tiempo previsto para



las etapas que corresponden a la ejecución del contrato según el capítulo 2 del mismo.

TERCERA: Que como consecuencia de la declaración señalada en la primera pretensión, para la preservación del patrimonio público la Agencia Nacional de Infraestructura ANI, con la sentencia que acceda a las pretensiones de esta demanda, como título ejecutivo, proceda ante la Sociedad Concesionaria y/o Constructora Norberto Odebrecht S.A. y/o Odebrecht Inveſtimentos Em Infra-Estructura Ltda, u otras empresas del mismo grupo empresarial o sus socios, para obtener la restitución al erario de la Nación, de la suma de USD11.1 millones de dólares, (USD11.100.000.00) sino se lograre recuperar es suma antes de la sentencia. Lo anterior al tenor de lo dispuesto por el parágrafo 3 del artículo 7 de la Ley 80 de 1993, según el cual los miembros de las sociedades con objeto único responden solidariamente. Toda vez que esta es la suma que Odebrecht ha reconocido que pagó para sus contrataciones indebidas, con sobornos y actos de corrupción; de esta forma se restituirán los pagos indebidos e ilícitos que hicieron miembros de esa sociedad contratista, lobistas e intermediarios de la misma, para lograr la adjudicación, modificaciones, otrosíes, adiciones, reclamaciones u otras actuaciones de tipo contractual asociadas al contrato de concesión No. 001 de 2010, incluso para otros contratos de obra, concesión y/o de prestación de servicios públicos; teniendo en cuenta además que estos actos de corrupción beneficiaron a la totalidad de los miembros de la sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., toda vez que esa es la suma de dinero que se utilizó en Colombia para sobornar y que tuvo en el citado contrato de concesión del año 2010, el punto de partida que anidó la gran corrupción que han confesado Odebrecht y que precisamente



dá origen a los hechos que resultan repudiables en este medio de control jurisdiccional.

Para la efectividad de esta pretensión se declare que para obtener la restitución de esa suma de dinero la ANI tendrá las siguientes alternativas, entre otras: a) con recursos propios o activos de la sociedad contratista y/o de sus miembros, b) esta suma de dinero la ANI también la podrá compensar con otra suma de dinero o pago que la ANI esté adeudando o llegará a adeudar a título de recursos propios de la firma contratista de y las sociedades que la conforman y, en ningún caso con los recursos públicos afectos al proyecto ni de los aportes que ellos deben realizar para la ejecución del proyecto.

CUARTA: Que como consecuencia de la declaración señalada en la primera pretensión se declare que la firma contratista y/o sus miembros serán responsables por los daños, perjuicios e indemnizaciones que durante la ejecución del contrato de concesión No. 001 de 2010, se llegaren a ocasionar a terceros o a la Agencia Nacional de Infraestructura ANI, tales perjuicios relacionados o derivados de los hechos que dan origen a la presente demanda y con situaciones que se lleguen a presentar por la imposibilidad sobreviniente de las firmas Constructora Norberto Odebrecht S.A. y Odebrecht Investrimentos en Infraestructura Ltda, para continuar vinculadas al contrato No. 01 de 2010 o con el desarrollo del objeto de dicho contrato, por los hechos de corrupción que están probados. Así mismo se declare que la firma contratista y/o sus miembros responderán en asuntos de responsabilidad extracontractual del Estado, por demandas o reclamaciones que se presenten con ocasión de sus obras de infraestructura y por todas las consecuencias económicas, sociales y sus efectos judiciales y administrativos que se puedan ocasionar a partir del conocimiento de los



6

actos de corrupción que repudia esta acción popular. (Se reitera que lo anterior al tenor de lo dispuesto por el parágrafo 3 del artículo 7 de la Ley 80 de 1993, según el cual los miembros de las sociedades con objeto único responden solidariamente).

QUINTA: Que al momento de proferir sentencia y de acceder a las pretensiones de esta demanda, total o parcialmente, se disponga que la sentencia de acción popular tiene prevalencia sobre cualquier decisión arbitral o judicial que se adopte en los asuntos que serán tratados o controvertidos en el ejercicio de este medio de control. Por lo tanto, el Honorable Tribunal Administrativo de Cundinamarca al momento de proferir sentencia, declare que los asuntos tratados en la providencia tendrán, además del carácter de cosa juzgada, prevalencia sobre las decisiones judiciales o arbitrales referidas; ello en consideración a los intereses superiores que protege este medio de control. En consecuencia, se ordene también que: se desestiman las pretensiones de la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol SAS en los procesos arbitrales que se adelantan con ocasión del contrato de concesión 001 de 2010, que ascienden a la suma de SETECIENTOS NOVENTA Y OCHO MIL OCHOCIENTOS VEINTITRÉS MILLONES TRESCIENTOS VEINTIOCHO MIL TRESCIENTOS SESENTA Y TRES PESOS M/CTE (\$798.823.328.363.00).

SEXTA: Que se ordene la integración de un Comité de Vigilancia, Verificación y Seguimiento, con funciones especiales integrado por el Ministro de Transporte o su delegado, el presidente de la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI o su delegado, un delegado del Procurador General de la Nación, el Superintendente de Puertos y Transporte o su delegado, y el Presidente de la Cámara Colombiana de Infraestructura o su delegado, que permita asegurar la debida destinación de los recursos públicos y el



cumplimiento, transparencia, efectividad y eficiencia de las medidas que se adopten.

2. HECHOS

2.1 A manera de preámbulo, esta acción popular tiene como origen el documento que el Departamento de Justicia de los EE.UU reveló el 21 de diciembre de 2016 en el caso U.S. vs. Braskem S.A.-Odebrecht S.A., No. 16-CR-643, en el cual Odebrecht S.A., aceptó ante el Tribunal del Distrito Este de Nueva York prácticas criminales de corrupción y actos de soborno a funcionarios gubernamentales de distintos países, entre ellos Colombia, luego de la acusación penal y condena impuesta a Marcelo Bahía Odebrecht y otros, por actuaciones corruptas ocurridas en Brasil por el Grupo Odebrecht y la constructora Norberto Odebrecht. Antes de esa fecha la prensa internacional había difundido la acusación penal y condena impuesta a Marcelo Bahía Odebrecht y otros por actos de corrupción acaecidos en la República de Brasil del llamado "Grupo Odebrecht" y la "Constructora Norberto Odebrecht". (Acápites de Pruebas numerales 4.1 a 4.3)

2.2 Como antecedentes de la suscripción del contrato, en la etapa precontractual, encontramos que mediante la Resolución No. 186 del 27 de marzo de 2009, expedida por el INCO se ordenó la apertura de la Licitación Pública No. SEA-LP-001-2009 cuyo objeto era "seleccionar las Propuestas más favorables para la adjudicación de tres (3) Contratos de Concesión, cuyo objeto será el otorgamiento a cada uno de los Concesionarios de una concesión para que realicen, por su cuenta y riesgo, las obras necesarias para la construcción, rehabilitación, ampliación y mejoramiento, según corresponda, del Proyecto Vial Ruta del Sol y, 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 uno o más de los siguientes sectores en que se divide el Proyecto.

Sector 1:

Tobiagrande/Villeta - El Koran. Sector 2: Puerto Salgar - San Roque; y Sector 3: San Roque - Ye de Ciénaga y Carme de Bolívar-Valledupar." (Prueba 4.4)

El Concesionario presentó propuesta en la Licitación para el Sector 2 bajo la Estructura de promesa de sociedad futura denominada Estructura Plural Promesa de Sociedad Futura Concesionario Ruta del Sol S.A.S., compuesta por (i) Constructora Norberto Odebrecht S.A.; (ii) Odebrecht Invetimentos Em Infra-Estructura Ltda.; (iii) Estudios y Proyectos del Sol S.A. - EPISOL S.A.; y (iv) CSS Constructores S.A. (Prueba 4.5.)

Como resultado del proceso de evaluación, la propuesta presentada por el Concesionario resultó hábil y ganador de la Licitación. (Prueba 4.6)

2.3 El INCO mediante la Resolución N° 641 del 15 de diciembre de 2009 adjudicó a la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., la concesión del Sector 2, en la cual se puede establecer que los otros dos proponentes (Vías del Sol Autopistas S.A., y la Unión Temporal concesión RD fueron inadmitidos y rechazados respectivamente. (Prueba 4.7)

2.4 Mediante escritura pública No. 2103 del 22 de diciembre de 2009, otorgada en la Notaría 22 del círculo notarial de Bogotá, se constituyó la sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., en cumplimiento de los términos y condiciones de los Pliegos de Condiciones y del documento de promesa de sociedad futura. Sociedad identifica con el NIT No. 900330667-2. (Prueba 4.8 y 4.9)



2.5 El 14 de enero de 2010, el Instituto Nacional de Concesiones INCO y la sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S, suscribieron el contrato de Concesión 001, con el objeto de que el Concesionario, por su cuenta y riesgo, elabore los diseños, financie, obtenga las Licencias Ambientales y demás permisos, adquiera los Predios, rehabilite, construya, mejore, opere y mantenga el Sector 2: Puerto Salgar - San Roque. (Prueba 4.10)

2.6 Dicho contrato fue suscrito por los siguientes intervinientes: i) GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES, identificado con cédula de ciudadanía número 73.151.343 de Cartagena, en su calidad de Gerente General Encargado del INCO, ii) DAVID EDUARDO VILLALBA ESCOBAR, identificado con cédula de ciudadanía número 79.777.696 de Bogotá, en su calidad de Subgerente de Estructuración y Adjudicación, en representación del Instituto Nacional de Concesiones – INCO, iii) AMILTON HIDEAKI SENDAI identificado con la cédula de extranjería temporal No. E372177, en calidad de representante legal principal de la sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., y, iv) MANUEL RICARDO CABRAL XIMENES identificado con la cédula de extranjería temporal No. E372291, en calidad de representante legal suplente de la sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. (Prueba 4.10)

2.7 Según el Contrato, la contraprestación del Concesionario consiste 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. La concesión incluye la ejecución completa y en los plazos previstos de (i) las obligaciones señaladas en la Sección 2.02 que deberán ejecutarse durante la Fase de Preconstrucción; (ii) las Obras de Construcción, Rehabilitación y Mejoramiento, cumpliendo plenamente con lo previsto en las Especificaciones Técnicas y los demás documentos que hacen parte de este



Contrato de Concesión, (iii) las Obras de Mantenimiento, cumpliendo plenamente con lo previsto en las Especificaciones Técnicas y los demás documentos que hacen parte de este Contrato de Concesión; (iv) las obligaciones de Operación conforme a las Especificaciones Técnicas y los demás documentos que hacen parte de este Contrato de Concesión; y (v) las demás obligaciones previstas en el presente Contrato, incluyendo pero sin limitarse a las Obligaciones Ambientales y de Gestión Social, así como la gestión y adquisición predial. Todas las obligaciones mencionadas en el presente Contrato son obligaciones de resultado a cargo del Concesionario". (Prueba 4.10)

2.8 El plazo inicial de ejecución fue de 20 años y el valor acordado del contrato es de DOS BILLONES NOVENTA Y CUATRO MIL DOSCIENTOS OCHENTA Y SEIS MILLONES DE PESOS (\$2.094.286.000.000). Se precisa de una vez que el plazo inicial fue ampliado hasta el año 2035 por el Otrosí 06, como se revela más adelante. (Prueba 4.10)

2.9 Durante la ejecución del contrato se suscribieron los siguientes otrosíes que están relacionados con los hechos de corrupción que motivan esta demanda:

2.9.1 Otrosí N° 3 del 15 de julio de 2013, por medio del cual las partes adicionaron el contrato de concesión para que: "EL CONCESIONARIO elabore los Estudios y Diseños Fase III del Tramo Aguaclara - Gamarra - Puerto Capulco y la vía de acceso a los demás puertos ribereños localizados en una longitud menor o igual a 5 km de distancia del casco urbano del Municipio de Gamarra, incluidas las variantes de Aguachica y Ocaña; así como la estructuración jurídica, técnica y financiera del Proyecto relacionado con la vía Ocaña- Aguaclara- Gamarra- Puerto Capulco y la vía de acceso a



los demás puertos ribereños localizados en una longitud menor igual a 5 km de distancia del casco urbano del Municipio de Gamarra, y las variantes de Aguachica y Ocaña. Así mismo, para que EL CONCESIONARIO pueda asumir sus responsabilidades como Concesionario dentro de este Contrato, incluyendo las responsabilidades por la construcción de la nueva obra, deberá seleccionar y contratar al constructor, a través del procedimiento de licitación privada de que trata el Literal (b) la Sección 13.01 del Contrato de Concesión No. 001 de 2010." (Prueba 4.11)

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

Como valor de esa adición se fijó la suma de TRES MIL CIENTO SETENTA Y SIETE MILLONES QUINIENTOS NOVENTA Y DOS MIL QUINIENTOS CINCUENTA Y UN PESOS (\$3.177.592.551.00) M/L., incluido IVA, a precios de mayo de 2013. Actuación contractual que fue modificada por Acta del 10 de marzo de 2014. (Prueba 4.12)

2.9.2 Otrosí N° 6 del 14 de marzo de 2014, por medio del cual las partes decidieron: "Adicionar el Contrato de Concesión No. 001 de 2010, para que EL CONCESIONARIO por su cuenta y riesgo, elabore los diseños, financie, obtenga las Licencias Ambientales y demás permisos, adquiera predios, rehabilite, construya, mejore, opere y mantenga el Tramo denominado "Transversal Rio de Oro - Aguaclara - Gamarra", de conformidad con lo previsto en el Numeral 4 del Artículo 32 de la Ley 80 de 1993; siempre y cuando se de aplicación a lo establecido en la Cláusula Décima Tercera del presente Otrosí". (Prueba 4.13)



En este documento entre otras determinaciones, adicionaron el contrato en la suma de SEISCIENTOS SETENTA Y SEIS MIL OCHOCIENTOS SEIS MILLONES NOVECIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MIL NOVENTA Y OCHO PESOS (\$676.806.954.098), ampliaron el plazo de 20 a 25 años, y la ANI se comprometió a tramitar ante el Ministerio de Transporte el aumento de la tarifa de los 5 peajes existentes y la instalación de 2 nuevos sobre la vía Ocaña – Gamarra.

La vía Ocaña – Gamarra, es una vía transversal al trazado del sector 2 de la denominada ruta del sol. Esta actuación contractual fue modificada mediante el Acta complementaria de 10 de noviembre de 2014. (Prueba 4.14)

2.10 Actualmente se adelanta en la Cámara de Comercio de Bogotá el Proceso Arbitral identificado con el radicado N° 4190, al cual se acumuló recientemente el radicado con el N° 4209, convocado por la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. (Prueba 4.15)

2.11 Como respuesta al documento referido en el numeral 2.1 del Departamento de Justicia de los EE.UU, según hechos notorios por su difusión pública, la Fiscalía General de la Nación, adelanta una investigación que entre el 13 y el 16 de enero de 2017 condujo a la captura del señor Gabriel García Morales -Exviceministro de Transporte- a quien le imputó los punibles de cohecho, interés indebido en la celebración de contratos y enriquecimiento ilícito, y quien de acuerdo con la divulgación de la prensa nacional el 15 de enero de 2017, aceptó: "que recibió un soborno de US6,5 millones de dólares," de Odebrecht para la adjudicación del contrato de la Ruta del Sol 2, librándosele medida de aseguramiento por el Juzgado



13

Veintiséis de Control de Garantías de Bogotá, así como la captura y detención de otro implicado, el señor Otto Bula. (Prueba 4.16)

2.12 Consultada la página web de la Fiscalía General de la Nación, se encuentra la siguiente información sobre este caso de corrupción:

"Fiscalía revela segundo pago efectuado por Odebrecht

14 de enero de 2017 | 5:42 PM | Bogotá

Capturado exsenador Otto Bula.

1. El pasado 21 de diciembre de 2016, con ocasión del acuerdo de colaboración suscrito por Odebrecht ante las autoridades de los Estados Unidos, el Departamento de Justicia de ese país manifestó –frente a los sobornos efectuados en 12 naciones– que "En el caso de Colombia, los pagos suman 11 millones de dólares entre 2009 y 2014 para asegurarse contratos de obra pública.

2. Las indagaciones de la Fiscalía han llegado a concluir que los pagos efectuados por Odebrecht para obtener dos (2) contratos de obra pública a nivel nacional, ascendieron a USD \$ 11.100.000,00, así:

i. Un primer pago, de USD6.5 millones, para lograr la adjudicación de la concesión, por el Instituto Nacional de Concesiones (INCO), dirigido en calidad de encargado por Gabriel García Morales, entonces Viceministro de Transporte de la época, del Tramo Dos de la Ruta del Sol. Este contrato fue adjudicado en diciembre de 2009 y firmado en enero de 2010.

ii. Un segundo pago, por USD4.6 millones, para la adjudicación de la vía Ocaña-Gamarra, mediante su contratación por adición al contrato del tramo Dos de la Ruta del Sol. Esta adición se hizo mediante el otrosí número 6, firmado el 14 de marzo de 2014 por el director de la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI), Luis Fernando Andrade.

Decisiones en Ruta del Sol Tramo Dos

El pasado jueves 12 de enero la Fiscalía General de la Nación anunció la captura e imputación por los delitos de cohecho, celebración indebida de contrato y enriquecimiento ilícito contra Gabriel García Morales, ex director del Inco y ex



14

viceministro de Transporte, a propósito de la adjudicación del tramo dos (2) de la Ruta del Sol.

La legalización de la captura se formalizó en la madrugada de este sábado y la audiencia de imputación quedó suspendida para desarrollarse este domingo 15 de enero ante un juez de control de Bogotá.

Decisiones sobre adición contractual de la Vía Ocaña-Gamarra

La Fiscalía General de la Nación estableció que la sucursal en Colombia de la firma Odebrecht contrató el cinco (5) de agosto de 2013 a Otto Nicolás Bula Bula, mediante la modalidad de "honorarios por resultado o cuota de éxito", con el objeto de obtener el contrato de la vía Ocaña-Gamarra, a favor de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S.

Al señor Bula Bula asimismo se le confió el encargo de obtener la inclusión de ciertas condiciones económicas en el contrato, que se formalizó a través del otrosí número 6 mediante una ADICION al Contrato del Tramo dos (2) de Ruta del Sol.

La adición contractual correspondiente para llevar a cabo la vía Ocaña-Gamarra, se perfeccionó el 14 de marzo de 2014, mediante contratación directa por "adición", esto es sin licitación previa. El documento contractual del 2014 incorporó las mismas condiciones (número de peajes, aumento del valor de los peajes existentes y anticipo de las vigencias futuras) que habían sido requeridas por Odebrecht al contratista Bula, según la evidencia que posee la Fiscalía.

Por esta gestión, Odebrecht efectuó pagos desde Brasil por USD \$ 4.6 millones, que fueron fraccionados.

Con las evidencias que se poseen en este caso, el fiscal de conocimiento imputará al señor Otto Bula los delitos de concheco por dar u ofrecer y enriquecimiento ilícito de particulares.

El señor Bula Bula fue capturado al medio día de hoy sábado por unidades del CTI. De manera complementaria, la fiscal de conocimiento ha dispuesto compulsas de copias de esta transacción por presunta violación al régimen de cambios internacionales". (Prueba 4.17).



15

2.13 Posteriormente, el capturado exdirector del INCO, aceptó los cargos imputados por la Fiscalía General de la Nación, entidad que en su página web hizo la siguiente publicación:

"Exviceministro García Morales aceptó cargos por escándalo de corrupción en Odebrecht

16 de enero de 2017 | 10:59 AM | Bogotá

Gabriel Ignacio García Morales, exviceministro de Transporte, aceptó los cargos que la Fiscalía le imputó por los hechos que lo vinculan con las irregularidades en la adjudicación de los contratos del Tramo Dos de la Ruta del Sol a la firma brasileña Odebrecht a finales de 2008.

Para esa época, García Morales se desempeñaba como director del Instituto Nacional de Concesiones (Inco).

El ex funcionario público deberá responder entonces por los delitos de cohecho impropio, interés indebido en la celebración de contratos y enriquecimiento ilícito.

Según lo establecido en la investigación, García Morales, primer capturado por el caso Odebrecht, habría recibido US\$6.5 millones para dicha adjudicación.

El juez de control de garantías acogió los argumentos expuestos por la Fiscalía y le dictó medida de aseguramiento intramuros al procesado" (Prueba 4.18)

2.14 Aunque el señor Otto Bula no aceptó los cargos, se le acusa de haber recibido la suma de 4,6 millones de dólares para obtener la adición o modificación del contrato de concesión No. 001 de 2010 incluyendo la vía Ocaña – Gamarra, aumentar el valor de los peajes existentes y aumentar el número de los mismos. (Prueba 4.18)

2.15 Sobre el Tribunal de Arbitramento, mencionado en el numeral 2.10 de este acápite, cabe destacar los siguientes aspectos:



En el Proceso N° 4190 las pretensiones que el concesionario Ruta del Sol S.A.S. plantea en la demanda con su reforma, están dirigidas a que se declare: i) que el contrato de concesión N° 001 de 2010 con todos sus apéndices, anexos, otrosíes y demás modificaciones, está vigente y vincula a las partes; ii) la existencia de eventos eximentes de responsabilidad (de naturaleza predial, ambiental, social y de redes) ocurridos con posterioridad al 30 de noviembre de 2012; iii) que el plan de obras aprobado por la ANI y las fechas máximas de inicio de operación dejaron de ser exigibles al Concesionario; iv) el incumplimiento por parte de la ANI del contrato en cuanto no accede a modificar el plan de obras y las fechas máxima de inicio de operación; v) se establezca como plan de obras y fechas máximas de inicio de operación la propuesta del Concesionario o las que se determinen en el laudo; vi) condenar a la ANI a restablecer el equilibrio económico del contrato, reconociendo indemnizaciones, compensaciones, intereses bancarios corrientes, intereses moratorios, costas e intereses moratorios, a partir de la ejecutoria del laudo.

Así mismo, la cuantía estimada de los perjuicios de acuerdo con el juramento de la parte demandante, a 31 de diciembre de 2008, es de TRESCIENTOS SESENTA Y UN MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y SEIS MILLONES CUATROSCIENTOS CINCUENTA Y UN MIL OCHOSCIENTOS NOVENTA PESOS M/CTE (\$361.346.451.890.00) por concepto de mayores costos, pago a panel de expertos, demora de la ANI en la suscripción del acta de terminación de los hitos, intereses bancarios corrientes y de mora.

Ahora bien, en relación con el Proceso N° 4209, el cual fue acumulado al proceso arbitral antes mencionado, es preciso señalar que las pretensiones de la Concesionaria Ruta del Sol tienen el mismo propósito de las planteadas en el proceso No. 4190 como puede observarse en las demandas que son



17

aportadas como prueba documental en la presente acción, pero concernientes a los otros ítems 2 y 4, que presuntamente generaría unos perjuicios por un valor adicional de DOSCIENTOS ONCE MIL SETECIENTOS CINCUENTA Y CINCO MILLONES SETECIENTOS OCHENTA Y OCHO MIL TRESCIENTOS OCHENTA Y OCHO PESOS M/CTE (\$211.755.788.388.00).

En este orden de ideas las pretensiones de la Concesionaria Ruta del Sol en los dos procesos arbitrales, suman QUINIENTOS SETENTA Y TRES MIL CIENTO DOS MILLONES DOSCIENTOS CUARENTA MIL DOSCIENTOS SETENTA Y OCHO PESOS M/CTE (\$573.102.240.278.00). Adicionalmente, de acuerdo con un dictamen pericial aportado por la parte demandante los presuntos perjuicios por sobrecostos ascienden a QUINIENTOS SESENTA Y CINCO MIL SEISCIENTOS DOCE MILLONES SETECIENTOS SESENTA Y OCHO MIL OCHOCIENTOS OCHENTA Y CINCO PESOS M/CTE (\$565.612.768.885.00) y por intereses consolidados el valor de DOSCIENTOS TREINTA Y TRES MIL DOSCIENTOS DIEZ MILLONES QUINIENTOS CINCUENTA Y NUEVE MIL CUATROCIENTOS SETENTA Y OCHO PESOS M/CTE (\$233.210.559.478.00), para un total de SETECIENTOS NOVENTA Y OCHO MIL OCHOCIENTOS VEINTITRÉS MILLONES TRESCIENTOS VEINTIOCHO MIL TRESCIENTOS SESENTA Y TRES PESOS M/CTE (\$798.823.328.363.00).

Por su parte, la ANI además de contestar las respectivas y demandas y reformas, el 18 de enero de 2017 presentó reforma a la demanda de reconvención con el fin de obtener la nulidad absoluta por objeto ilícito y celebración con abuso y desviación de poder, del contrato de concesión 001 de 2010 y las demás actuaciones contractuales que hacen parte de este, se disponga la terminación del contrato y se declare que la contratante



únicamente está obligado al pago de prestaciones contractuales ejecutadas y cumplidas hasta tanto se decrete la nulidad del contrato, únicamente hasta el monto del beneficio obtenido.

En este proceso arbitral, el Tribunal decretó las medidas cautelares que solicitó el Concesionario como parte demandante, luego admitió la reforma de la demanda de reconvención. Ahora bien al momento de conocer los hechos de corrupción de Odebrecht, de oficio levantó las medidas cautelares que se habían decretado. La última actuación del proceso es que la ANI y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado solicitaron al Tribunal que disponga la reparación de los perjuicios causados por el decreto de estas cautelares. (Prueba 4.20)

3. SUSTENTACIÓN DE LOS DERECHOS COLECTIVOS VULNERADOS

Sea lo primero destacar la pertinencia de la acción popular en este caso. Cabe señalar que este medio de control consagrado en el inciso primero del artículo 88 de la Constitución Política, y reglamentada por la Ley 472 de 1998, que se estableció con la finalidad de proteger los derechos e intereses colectivos, cuando éstos resulten amenazados o vulnerados, exista peligro o agravio o un daño contingente por la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares, en desarrollo de funciones administrativas, otorgando a la comunidad afectada un mecanismo jurídico expedito y contundente para la protección de sus derechos.

Es un hecho que las acciones populares, como una de las conocidas como acciones constitucionales, junto con la acción de tutela, la acción de



cumplimiento y la acción de grupo, constituyen un avance trascendental logrado con la expedición de la Constitución Política de 1991, en la medida en que, entre otros argumentos, son una herramienta que la historia ha demostrado que permite a los ciudadanos de manera más eficiente, que cuando se trata de acciones ordinarias, lograr la protección de sus derechos, individuales, de grupo y colectivos, así como evitar la vulneración y el riesgo de violación de los mismos. En este sentido se pronunció la H. Corte Constitucional en la sentencia C-644 de 2011, al resolver una demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 140 (parcial) y 144 (parcial) de la Ley 1437 de 2011, *"Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo"*, de cuyas consideraciones me permito hacer la siguiente transcripción:

"Inicialmente ha destacado en dichos fallos el estrecho vínculo existente entre el modelo de Estado social, democrático y participativo adoptado por la Constitución de 1991 y el instituto de las acciones colectivas, populares y de grupo. Ha expresado al respecto que tales acciones constituyen mecanismos de participación social instituidas a favor del ciudadano para defender y representar intereses comunitarios con una motivación esencialmente solidaria, propósito que es conforme con el nuevo modelo de Estado cuya dimensión social implica, por una parte, un papel activo de las autoridades basado en la consideración de la persona y en la prevalencia del interés público, y por la otra, un mayor protagonismo del ciudadano en cuanto el mismo está llamado a participar en la actividad estatal, no sólo a través de la elección libre de sus representantes, sino también, por medio de distintos mecanismos de deliberación, colaboración, consulta y control, en las decisiones que los afectan e impulsando la acción de las autoridades en el propósito común de asegurar los fines del Estado.

Apoyada en la ley y la doctrina especializada, la jurisprudencia constitucional ha definido las acciones populares como el medio procesal con el que se busca asegurar una protección judicial efectiva de los derechos e intereses colectivos, afectados o amenazados por las actuaciones de las autoridades públicas o de un particular, teniendo como finalidades: a) evitar el daño contingente (preventiva), b) hacer



cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o el agravio sobre esa categoría de derechos e intereses (suspensiva), c) o restituir las cosas a su estado anterior (restaurativa).

A partir de tal definición, ha dejado en claro la jurisprudencia que el objetivo de las acciones populares es, entonces, defender los derechos e intereses colectivos "de todas aquellas actividades que ocasionen perjuicios a amplios sectores de la comunidad, como por ejemplo la inadecuada explotación de los recursos naturales, los productos médicos defectuosos, la imprevisión en la construcción de una obra, el cobro excesivo de bienes o servicios, la alteración en la calidad de los alimentos, la publicidad engañosa, los fraudes del sector financiero etc"."

Dentro de los derechos colectivos encontramos la moralidad administrativa y la defensa del patrimonio público, **en el ámbito de la actividad contractual de la administración pública**, sin que sea necesario subordinarla a la existencia de controversias entre las partes pendientes de decisión o al ejercicio de las acciones contractuales. Desde la implementación de las acciones populares y hasta hace unos años era posible que por medio de las acciones populares se ordenara la nulidad de actos administrativos y de contratos estatales, no obstante el artículo 144 de la Ley 1437 de 2011, de manera expresa señaló que con el ejercicio de estas acciones no se pueden anular actos administrativos ni contratos de naturaleza estatal, pero ello no implica que se afecten las características y la naturaleza de esta acción, a través de la cual sigue siendo posible la adopción de diferentes decisiones, medidas y órdenes del juez constitucional, en este caso el Honorable Tribunal, para proteger los derechos colectivos, especialmente los de la moralidad y la defensa del patrimonio público, que con la celebración y ejecución de los contratos estatales se puedan ver afectados; en este sentido

¹ Corte Constitucional. Sentencia C-377 de 2002.



encontramos que la H. Corte Constitucional en la citada Sentencia C-644 de 2011, señaló:

“Entonces, el hecho que el legislador haya establecido en el artículo 144 de la Ley 1437 de 2011 que el juez de la acción popular no puede decidir sobre la anulación de los actos administrativos y contratos estatales, en nada afecta el carácter principal o autónomo y no subsidiario de la acción. Se trata de una medida legítima del órgano legislativo que busca armonizar la regulación legal de los distintos medios de control judicial de la administración al establecer que en este tipo de acciones no es procedente anular contratos o actos de la administración, en tanto que para ello están las acciones contencioso administrativas correspondientes, o medios de control, como los denomina la Ley 1437 de 2011 a partir de su artículo 135.”

Igualmente, desde hace varios años, la jurisprudencia de la Sala Plena Contencioso Administrativa y de la Sección Tercera del Consejo de Estado, ha precisado que la acción popular no es una acción subsidiaria o residual, porque se orienta a garantizar la prevalencia del orden superior y de los valores supremos, con la adopción de todas las medidas necesarias para superar los hechos y demás situaciones generadores de la afectación de los intereses colectivos, así lo reconoció la Sección Tercera cuando dijo que la actividad del Estado debe sujetarse a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público²:

“La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de la Corporación, en sentencia del 9 de diciembre de 2003³, acogió la jurisprudencia de esta Sección según la cual, al tenor del ordenamiento constitucional y legal, se impone la procedencia de la acción popular como mecanismo principal de control para garantizar la eficacia de los derechos colectivos, cuando quiera que son puestos bajo peligro de vulneración o son violados por la actividad contractual de la administración.

² Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 2 diciembre de 2013, ponente: Stella Conto Díaz del Castillo, radicación AP 76001-23-31-000-2005-02130-01.

³ Consejero ponente Camilo Arciniegas Andrade, radicación número 25000-23-26-000-2002-1204-01(AP)-IJ.

Casos en los que corresponde al juez popular tomar todas las medidas necesarias para superar los hechos y demás situaciones potencial o efectivamente generadores de la afectación de los intereses colectivos y restituir las cosas a su estado anterior, a las que sirven entre otras, la declaratoria de nulidad de los contratos viciados de estas irregularidades, la pérdida de todos sus efectos y la imposición de las restituciones mutuas.

Así lo precisó la Sala Plena en referida sentencia –se destaca el texto con subrayas- (...)

En conclusión, la Acción Popular procede para impugnar contratos, siempre que se aduzca y demuestre lesión de derechos colectivos, como la moral administrativa y el patrimonio público, o cualquier otro definido como tal en la Constitución o la ley.

(...)

Se destacó, en esa oportunidad que, a partir de la vigencia del acuerdo n.º 55 de 2003, que le atribuyó el conocimiento de las acciones populares que versen sobre asuntos contractuales y las relacionadas con los derechos a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio, se ha mantenido la línea jurisprudencial reseñada, superando así pronunciamientos anteriores a cuyo tenor se considera improcedente la acción popular para discutir la validez de los contratos de la administración y anular su efectos (...).

También destacó la Sala en el pronunciamiento transcrito, que la acción popular no es, en manera alguna, subsidiaria ni residual frente a las dispuestas ordinariamente para controlar la legalidad de la actividad de la administración; razón por la que las medidas que corresponde adoptar al juez deben garantizar la protección integral del derecho colectivo vulnerado, teniendo en cuenta la nueva dimensión que exige su valoración, desde el ámbito constitucional vigente”.

Igualmente, como quiera que la actividad contractual de la administración es uno de los más importantes instrumentos para la ejecución de los recursos públicos y el logro de las obligaciones estatales, no resulta posible que se la



sustraiga del control judicial que la constitución garantiza a los ciudadanos, para exigir la eficacia de los deberes de corrección que impone la moralidad administrativa en las etapas precontractual, contractual y pos contractual, para subordinarlo y conducirlo exclusivamente por los cauces de la legalidad y de la acciones ordinarias dispuestas para el control de este principio.

La acción popular entonces, es de naturaleza autónoma, principal, no residual. Esto quiere decir que procede no obstante que existan otros mecanismos de defensa para hacer valer los mismos derechos⁴. Por eso la acción popular no se ve afectada por la existencia de otras acciones, como tampoco su procedencia impide que ellas se inicien para que las autoridades de control deduzcan las responsabilidades del caso. Se trata, pues, de mecanismos judiciales independientes con propósitos, también, distintos⁵. Sobre el particular, la Corte Constitucional en la sentencia C-644 de 2011, cita dentro de sus argumentos una providencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado del 5 de octubre de 2005⁶, que al respecto consideró:

“El artículo 1 de la Ley 472 de 1998 al señalar el objeto de la ley prescribe que “estas acciones están orientadas a garantizar la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos”; a tiempo que el artículo 2 define las acciones populares como “los medios procesales para la protección de los derechos e intereses colectivos” y agrega que ellas se “ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible”; en tanto que el artículo 9 reitera que las acciones populares “proceden contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares, que hayan violado o amenacen violar los derechos e

⁴ C.de E. Sección Tercera. Sentencia del 15 de junio de 2004. C.P. Doctor German Rodríguez Villamizar
⁵ C. de E. Sección Tercera, Sentencia del 7 de junio de 2001. C.P. Doctor Alier Hernández Enriquez
⁶ Consejo de Estado – Sección Tercera. Rad: 20001-23-31-000-2001-01588-01(AP) Actor: Procuraduría General de la Nación. Demandado: Amadeo Tamayo Morón.

*intereses colectivos”; por fin, el artículo 34 al ocuparse de la sentencia prevé la posibilidad de condenar al pago de perjuicios “cuando se haya causado daño a un derecho o interés colectivo” en favor de la entidad pública no culpable que los tenga a su cargo. **Estas disposiciones conjuntamente tomadas permiten inferir sin mayor dificultad el carácter autónomo de estas acciones constitucionales. Carácter principal- y no residual como equivocadamente asevera el demandado- que tiene por propósito la plena garantía de los derechos objeto de su tutela. Se trata, pues, de la defensa especial de unos derechos o intereses cuya titularidad recae en toda la comunidad y, por lo mismo, su prosperidad no puede desvirtuarse, por haberse interpuesto simultáneamente las acciones ordinarias pertinentes.***

En tales condiciones se tiene que la acción popular no resulta improcedente por la existencia de otros medios judiciales de defensa, por no tener -como sucede con la acción de tutela (art. 86 inc. 3º) o la acción de cumplimiento (art. 9 de la ley 393 de 1997)- un carácter subsidiario; a contrario sensu, tiene un trámite preferencial frente a las acciones ordinarias (art. 6 Ley 472 de 1998) y su titularidad o legitimación por activa la tiene toda persona (arts. 12 y 13 de la ley 472 y art. 1005 del C.C.) justamente por la índole de los derechos involucrados”. (Subraya la Sala).”

A continuación se sustentan ante los hechos expuestos y las pretensiones los derechos colectivos vulnerados, así:

3.1. DERECHO A LA MORALIDAD ADMINISTRATIVA

Estos son los hechos de corrupción, más graves y confesos que se han presentado en Colombia.

En defensa de la Moralidad y sus valores de probidad, transparencia e integridad, este caso está llamado a producir una decisión judicial ejemplarizante, contundente y eficaz.



Es desolador para la moral de la sociedad la forma en que estos corruptos han socavado su confianza en las Instituciones Públicas, en los servidores estatales y en la misma democracia.

No se trata de un hecho más de corrupción, de los que lamentablemente se presentan en nuestra sociedad, se trata de una organización criminal de orden internacional, que desde hace años ha estructurado un esquema delictuoso con tentáculos en muchos países.

En efecto, en este caso no se trata de comentarios, de noticias o de escándalos publicitarios, nos encontramos frente a unos hechos de corrupción en la actividad contractual, en los que, de una parte, los representantes de varios de los integrantes de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., concretamente los representantes del grupo ODEBRECHT, confesaron la comisión de actos delictuosos en varios países del mundo, entre ellos Colombia, consistentes en pagar "comisiones", dádivas o coimas a funcionarios públicos para obtener la adjudicación de contratos. De otra parte, el funcionario de la Administración Pública Nacional, el señor Gabriel Ignacio Garcia Morales, Gerente encargado del INCO, aceptó los cargos formulados por la Fiscalía General de la Nación, como autor de los delitos de cohecho impropio, interés indebido en la celebración de contratos y enriquecimiento ilícito; es decir, que tanto quienes dieron como quienes recibieron han aceptado ser responsables de los graves e injustificables actos de corrupción.

Podemos decir que evidentemente la corrupción es una de las principales amenazas contra la sociedad y el Estado, en la medida en que quebranta los cimientos sobre los cuales se estructura la democracia, reduce la confianza



de los ciudadanos en el Estado y afecta la legitimidad de las decisiones del gobierno en general.

Ahora, es importante señalar que la seguridad jurídica, como una institución necesaria en las relaciones sociales y económicas, se debe respetar y aplicar cuando las partes han actuado de acuerdo a la normatividad vigente, dentro de los marcos legales e institucionales, pero ante la evidencia de actuaciones delictuosas y corruptas no puede una empresa extranjera ni nacional, ni ciudadano alguno, pretender seguridad jurídica en una relación contractual, en estos casos deben primar los principios generales de honestidad, moralidad, transparencia y de prevalencia de los intereses generales, de todo un país sobre los cuestionados e ilegítimos intereses de un particular delincuente o de una empresa cuyos representantes han violado la normatividad penal.

La moralidad administrativa como un derecho colectivo, está previsto en el literal b) del artículo 4 de la Ley 472 de 1998, y a su vez es un principio rector de la función administrativa de conformidad con el artículo 209 de la C.P.

Es muy importante tener en cuenta que cuando se trata de casos como el que nos ocupa, el concepto de moralidad administrativa debemos ubicarlo en los campos de lo axiológico, político, social e ideológico, que no puede ni debe ser limitado por la norma jurídica, la moralidad es en sí misma un valor constitucional de aplicación directa, esto es, no supeditado a la existencia de definición legal que le corresponde, garantizando su eficacia, conforme con las exigencias del artículo 2° constitucional.

Cuando los funcionarios públicos ejercen la función administrativa, deben actuar, con total honestidad, dedicación, lealtad y en especial, poner por



encima de toda consideración el interés general, los intereses de la comunidad, entre otras muchas razones, porque el servidor público debe responder en su actuar a la preservación y defensa indiscutibles del interés general, sobre el particular.

Las anteriores afirmaciones resultan absoluta y claramente desarrolladas en los siguientes apartes que me permito transcribir de la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera-Subsección C, del 8 de junio de 2011, consejero ponente Enrique Gil Botero, radicación 41001-23-31-000-2004-00540-01(AP), así:

La moralidad administrativa, entendida como concepto jurídico indeterminado - o norma en blanco - implica que, para establecer y determinar su contenido y alcance, debe ser integrada por el operador judicial, en cada caso concreto, de conformidad con las condiciones fácticas, probatorias y jurídicas que rodean la supuesta vulneración o amenaza endilgada.

Lo anterior, como quiera que dada la textura abierta que ostenta la misma, su interpretación debe efectuarse con base en el contenido axiológico, político e ideológico del operador judicial (sic) que esté encargado de su aplicación.

En efecto, la moralidad administrativa, como tantas veces se ha reiterado por la jurisprudencia y la doctrina, para el caso del ordenamiento jurídico colombiano, presenta dos diferentes rangos normativos: i) como principio de la función administrativa (art. 209 C.P.) y, ii) como derecho de naturaleza colectiva (art. 88 C.P.). I) Como principio de la función administrativa, debe entenderse como aquél parámetro normativo de conducta ética que radica, en cabeza de todos los funcionarios, servidores públicos y particulares que ejercen función administrativa, una obligación axiológica y deontológica de comportamiento funcional según los postulados de la honradez, pulcritud, rectitud, buena fe, primacía del interés general y honestidad, sobre las cuales existe un consenso, por parte del conglomerado social, en un período de tiempo determinado.

En ese sentido, para la Sala es claro que no toda ilegalidad supone una inmoralidad y, en esa misma relación lógica, no toda inmoralidad

presupone, necesariamente, una ilegalidad; en efecto, dada la connotación y estructura del principio bajo estudio, se tiene que su amplitud normativa permite inferir, con grado de certeza, que no toda conducta que trasgreda el mismo deba, necesariamente, tacharse de ilegal - en el sentido de vulneración de un precepto de dicho orden-. Es posible, por lo tanto, que ciertas acciones⁷ desconozcan fundamentos éticos o morales - en términos de la función administrativa-, pero no necesariamente constituyan el quebrantamiento de una disposición de rango legal.

En ese contexto, para la Sala resulta válido afirmar que es posible que el operador judicial encuentre probado un desafuero en relación con los parámetros del principio de la moralidad administrativa, sin que, previamente, tenga que verificarse la violación a una norma legal positiva. En ese orden de ideas, la Sala concluye que el concepto de moralidad administrativa, como principio de la función administrativa, desborda necesariamente, por su textura conceptual, el marco de lo legal y lo ilegal.

II) Ahora bien, la moralidad administrativa entendida como derecho colectivo se erige como uno de los grandes logros obtenidos con la transformación del Estado Liberal y del Estado de Bienestar de siglo XIX, en la fórmula político - jurídica Social y Democrático de Derecho, en la medida que implica un cambio de concepción política en torno al nuevo centro de legitimidad del poder público, en tanto se abandona la idea del principio de legalidad como principal y único instrumento de legitimidad para, en su lugar, aceptar una serie de derechos no sólo de rango fundamental sobre los cuales se basamenta y estructura la organización estatal. En esa medida, el nuevo catálogo de derechos de diversas generaciones se yergue como el principal derrotero a través del cual debe ejercerse el poder público.

En esa perspectiva, la moralidad administrativa se radica en cabeza de todos y cada uno de los miembros del conglomerado social. Así las cosas, como lo reconoce Tugendhat, el sustrato de los derechos no puede ser el principio de libertad e igualdad, sino el de necesidad⁸, dado que no todos los individuos actúan de forma autónoma y autosuficiente en la reclamación de la protección de sus derechos subjetivos (fundamentales), sociales, o colectivos. Por consiguiente, la positivización que hace la Carta Política en relación con el derecho

⁷ En términos de la filosofía Hegeliana, toda modificación en el mundo exterior.

⁸ [Cita del texto transcrito:] Cf. Tugendhat, E. "Lecciones de Ética", Ed. Gedisa, Pág. 338.



colectivo a la moralidad administrativa, es el reconocimiento expreso que se otorga a todos los miembros de la población para que, soliciten el respeto por los parámetros culturales, morales y éticos hegemónicos que se comparten y son aceptados - en un juicio de universalidad (imperativo categórico), en términos Kantianos - por la comunidad".

Encontramos un amplio e interesante desarrollo jurisprudencial sobre la naturaleza del concepto de moralidad administrativa, y respecto del análisis que se debe hacer en cada caso. De las varias providencias a continuación se transcriben algunos apartes de la sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Consejera ponente: Stella Conto Díaz del Castillo, del veintisiete (27) de marzo de dos mil catorce (2014), Radicación número: 25000-23-15-000-2010-02404-01(AP), Actor: Hermann Gustavo Garrido Prada, Demandado: Comisión Nacional De Televisión, así:

"En este orden, la jurisprudencia ha acotado el juicio de moralidad administrativa a los siguientes criterios objetivos⁹ –se destaca-:

La aplicación jurídica del concepto de moralidad tendiente a orientar y controlar la actividad de la Administración, requiere tener en cuenta dos aspectos fundamentales:

- Moralidad no es sinónimo de legalidad. En efecto, confundir esos dos conceptos desde la óptica del control judicial de la actividad de la Administración implica, necesariamente, negar la existencia del primero, dado que si se subsume por completo en la concepción clásica de legalidad, los mecanismos judiciales contencioso administrativos resultarían suficientes y no se justificaría la existencia de la acción popular para su protección.

- Moralidad no es un concepto eminentemente subjetivo. En el marco del Estado Social de Derecho no resulta razonable pensar que cada

⁹ Sección Tercera-Subsección A, sentencia del 17 de noviembre de 2011, consejero ponente Mauricio Fajardo Gómez, radicación 08001-23-31-000-2003-00586-01(AP).



juez puede juzgar la actividad administrativa bajo el exclusivo parámetro de su propia y personal concepción de moralidad.

Esta Corporación ha abordado la moralidad administrativa desde diferentes ángulos:

i) Acudiendo al método histórico se ha acudido a los antecedentes de la ley que regula la acción popular, para poner de presente que en uno de los proyectos se definía expresamente la moralidad administrativa en los siguientes términos:

"Se entiende por moralidad administrativa el derecho que tiene la comunidad a que el patrimonio público sea manejado de acuerdo con la legislación vigente, con la diligencia y cuidado propios de un buen funcionario".¹⁰

ii) Desde una perspectiva teleológica, ha sostenido que la determinación de lo que debe entenderse por moralidad ha de referirse a la finalidad que inspira la actividad de la Administración (acto, contrato¹¹, omisión, etc.). Desde esta perspectiva, ha de considerarse como contraria a la moralidad administrativa toda actuación que no responda al interés de la colectividad y específicamente, al desarrollo de los fines que se buscan con las facultades concedidas al funcionario que lo ejecuta. Se advierte, por tanto, una estrecha vinculación entre inmoralidad y desviación de poder¹².

iii) Desde su acepción constitucional, se ha destacado que la moralidad no se circunscribe al fuero interno de los servidores públicos, sino que abarca toda la gama del comportamiento que la sociedad, en un momento dado, espera de quienes manejan los recursos de la comunidad y que no puede ser otro que el de diligencia, cuidado, absoluta transparencia, pulcritud y honestidad¹³.

iv) Frente al carácter de derecho colectivo de la moralidad administrativa, se ha puntualizado que: a) debe concretarse en

¹⁰ [Cita del texto transcrito:] "Sección Primera, Consejero Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, sentencia AP-0007 de 20 de junio de 2002, en el mismo sentido: Sección Primera, Consejero Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, sentencia ap-0446 de 24 de octubre de 2002, actor: Jorge Alberto Javier Correal, demandado: Lotería del Meta".

¹¹ De acuerdo con el estatuto de contratación, los fines de la contratación estatal implican que, con ella, los funcionarios deben buscar 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. art. 3° ley 80 de 1993.

¹² Consejo de Estado, Sección Tercera, CP: Ricardo Hoyos Duque, sentencia AP-518 del 31 de octubre de 2002, actor: Jesús Orlando Mejía Yepes, demandado: Empresa Licorera de Nariño y otros.

¹³ Corte Constitucional, sentencia C-046 de 10 de febrero de 1994. M.P: Eduardo Cifuentes Muñoz.

cada caso, de conformidad con los principios de la sana crítica; b) al realizar el juicio de moralidad de las actuaciones, deben deslindarse las valoraciones sobre conveniencia y oportunidad que corresponde realizar al administrador, de aquellas en las que se desconozcan las finalidades que debe perseguir con su actuación; c) en la práctica, la violación de este derecho colectivo implica la vulneración de otros derechos de la misma naturaleza¹⁴.

v) Una característica general que se advierte en el tratamiento jurisprudencial que se ha dispensado al tema radica en asociarlo a la defensa del patrimonio público¹⁵ y a la lucha contra la corrupción administrativa. En efecto, se ha sostenido que el tema de la moralidad administrativa implícitamente hace referencia a la corrupción, pues su significado conecta íntimamente con la idea de degradación: la corrupción está relacionada con el menoscabo de la integridad moral. En consecuencia, cuando tal degradación obra sobre los valores que soportan la función administrativa, el ordenamiento jurídico debe proveer a la sociedad de mecanismos para erradicar las conductas corruptas del escenario de las relaciones administrativas¹⁶.

vi) Se ha entendido la moralidad administrativa como "el conjunto de principios, valores y virtudes fundamentales aceptados por la generalidad de los individuos, que deben informar permanentemente las actuaciones del Estado, a través de sus organismos y agentes, con el fin de lograr una convivencia libre, digna y respetuosa, así como la realización de sus asociados tanto en el plano individual como en su ser o dimensión social"¹⁷.

vii) En un pronunciamiento de la Corporación se precisó el tema de la antijuridicidad de la conducta o de la omisión como determinante en el análisis de la moralidad administrativa. En efecto, se ha señalado que "la sola desatención de los trámites, procedimientos y reglamentos establecidos normativamente para el ejercicio de la función pública, en que el encargado de la misma incurra, no lleva a concluir automáticamente y sin fórmula de juicio, la vulneración al derecho

¹⁴Consejo de Estado Sentencia AP-518 de 31 de octubre de 2002. M.P: Ricardo Hoyos Duque.

¹⁵Consejo de Estado, Sentencia AP-446 de 24 de octubre de 2002. M.P: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

¹⁶Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente Alier Hernández Enríquez, Sentencia AP-170 de 16 de febrero de 2001, Actores: Epaminondas Moreno Parrado y otros.

¹⁷ [Cita del texto transcrito:] "Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Consejero Ponente: Delio Gómez Leyva, sentencia AP-054 de 9 de febrero de 2001, actor: Olga Virginia Yepes Fonseca".



colectivo a la moralidad administrativa; es necesario además, que de la conducta transgresora del ordenamiento establecido pueda predicarse antijuridicidad, entendido este elemento como la intención manifiesta del funcionario de vulnerar los deberes que debe observar en los procedimientos a su cargo¹⁸.

viii) La Sala ha reconocido¹⁹ que la moralidad administrativa es un principio constitucional cuya aplicación, por parte del juez, supone un especial método de interpretación que permita garantizar, de una manera eficaz, la vinculación directa de la función administrativa con el valor de los principios generales proclamados por la Constitución.

Se trata de una tarea compleja y difícil, en tanto requiere de la aplicación directa de dichos principios, cuyo contenido, por esencia, es imposible de definir a priori, pues de hacerlo se correrá el riesgo de quedarse en un nivel tan general que cada persona hubiera podido entender algo distinto y dar soluciones diversas²⁰.

La moralidad administrativa, como todos los principios constitucionales, informa una determinada institución jurídica; por esta razón, para definir su contenido en un caso concreto es necesario remitirse a la regulación de esta última. De lo dicho se infiere que los principios constitucionales y las instituciones jurídicas se sirven los unos a los otros, dado que aquellos constituyen la fuente de regulación de éstas y la definición del contenido de estas últimas implica regresar a dicha regulación.²¹

Por lo tanto, resulta necesario sostener una noción amplia y mucho más comprensiva del principio de legalidad, en la cual queden comprendidos tanto las normas con rango de ley, como todo el plexo de principios y de valores que forman parte del ordenamiento jurídico —muchos de ellos de raigambre constitucional—, además, por supuesto, de todas las reglas que se integran en la Carta, para entender, ahí sí, encuadrable la noción de moralidad administrativa, la cual, de todas formas, mal podría

¹⁸ [Cita del texto transcrito:] "Sentencia del 6 de octubre de 2005, AP 2214, M.P. Ruth Stella Correa Palacio".

¹⁹ [Cita del texto transcrito:] "Consejo de Estado, Sección Tercera exp. AP-170 de 2001, AP-166 de 2001 y AP-0787 de 2002".

²⁰ [Cita del texto transcrito:] "Consejo de Estado, Sección Tercera, exp. AP- 166 de 2001".

²¹ [Cita del texto transcrito:] "Sentencia de 19 de abril de 2007. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez. radicación número: 41001-23-31-000-2004-00819-01(ap)"



construirse por fuera de los límites trazados por el ordenamiento jurídico, comoquiera que ello podría abrir las puertas a que las decisiones de los operadores jurídicos —y de los jueces, en particular— se sustenten en concepciones morales subjetivas y no en la moralidad subyacente a la normatividad —principios, valores, normas constitucionales, legales y reglamentarias— aplicable a los casos concretos.

Además, se destaca que la jurisprudencia también ha señalado la necesidad de que el juicio de moralidad se soporte en el principio de legalidad.

(...)

En los criterios jurisprudenciales reseñados es fácil advertir consenso en torno a i) la naturaleza dual de la moralidad como principio y derecho de rango constitucional; ii) el carácter normativo de jerarquía superior de este concepto jurídico; iii) la necesidad de integrar sistemáticamente su contenido a partir de principios, valores y normas que integran el ordenamiento, iv) que su positivización está orientada a controlar eficazmente que las actuaciones de las autoridades públicas se enderecen en cada caso concreto al cumplimiento de los fines estatales y v) a que el juicio de moralidad se adecúe con rigor a las circunstancias particulares del caso, a partir de criterios objetivos, ajenos a las nociones morales o éticas del juez". " (Negrillas fuera del texto original)

Sin lugar a dudas podemos afirmar que el derecho colectivo de la moralidad administrativa **es un valor supremo de la sociedad**, que goza de una clara y total protección constitucional que sirve de faro de la actividad de la administración pública para el cumplimiento de los fines del Estado, razón por la cual puede y debe ser, objeto de control judicial directo **a partir del**



juicio de ponderación de la aplicación de los principios, que permita la categorización de su significado o contenido con los demás valores y principios constitucionales, para garantizar su eficacia. De ahí el contenido de las pretensiones de retirar del vínculo contractual a las firmas que representan a Odebrecht en la sociedad Concesionaria.

Así mismo, es importante señalar que si bien las funciones de los servidores públicos se establecen en la Constitución, la ley y en los reglamentos internos, y están sujetas desde luego al principio de legalidad, **los deberes de corrección que deben observar las autoridades administrativas para materializar esas funciones deben obedecer a la aplicación de los principios y valores inmersos en estas últimas, esto es, ni más ni menos que a la moralidad administrativa**. En ese sentido, la legalidad de la actuación de la administración no puede deducirse de la honestidad, lealtad o los buenos propósitos del funcionario que actuó sin autorización de la ley, pero esos valores si resultan aplicables de cara al juicio de moralidad administrativa, independientemente de que estén definidos o exigidos expresamente por la ley, ya que si son exigibles en las actuaciones de todos los ciudadanos, con mayor razón deberán ser acatados y observados por los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones.

3.2. DERECHO A LA DEFENSA DEL PATRIMONIO PÚBLICO

El patrimonio público es sagrado no solo porque, en general, proviene de los impuestos que la sociedad paga al Estado, sino porque son y deben ser destinados a la satisfacción de las necesidades básicas insatisfechas de los asociados, razones más que suficientes para que su recaudo, custodia y ejecución o inversión sean con total transparencia, celo y prudencia.



Es evidente y claro que el patrimonio público era el objetivo final de los actos delictivos de ODEBRECHT, "confeso corrupto" que entregó en Colombia la suma de 11.1 millones de dólares para obtener la adjudicación de contratos por parte de entidades públicas, para lo cual esa empresa criminal utilizaba sus representantes, lobistas e intermediarios para contratar con el Estado y beneficiarse indebidamente.

Por lo tanto, como quiera que los ya identificados corruptos alcanzaron su objetivo, mediante la adjudicación y suscripción del contrato de concesión del sector 2: Puerto Salgar- San Roque de la Ruta del Sol, los bienes y rentas de la sociedad contratista y de sus miembros deben ser el medio para reparar el daño y las indemnizaciones que se hayan ocasionado como consecuencia de los hechos delictuosos que dan origen a esta acción popular.

Resulta obvio concluir, pensar o suponer que cuando un contratista ha pagado sobornos o prebendas económicas para obtener la adjudicación de un contrato con el Estado, amén de la vulneración de los principios de la contratación estatal, tales como la selección objetiva, la transparencia y la economía, así como la comisión de conductas delictuosas, tiene previsto y decidido que la suma de dinero que ha utilizado para cometer su indebida actuación la va a recuperar o descontar de los recursos asignados para la ejecución de la obra, suministro o prestación del servicio objeto del contrato, afectando la calidad y/o cantidad de la obra, suministro o servicios, con lo cual es lógico precisar que con esos actos de corrupción se afecta de manera grave el patrimonio público, ya que si no se presentaran tales hechos delictuosos, con seguridad esos "proponentes" no incluirían dentro de los costos del contrato las sumas de dinero que destinan para la comisión de los delitos con base en los cuales obtienen la adjudicación de los contratos.



Luego de haberse adoptado varios conceptos de patrimonio público, hoy se ha unificado y aceptado que debe entenderse como la totalidad de bienes, derechos y obligaciones de los que el Estado es propietario, que sirven para el cumplimiento de sus atribuciones conforme a la legislación positiva. Cuando se habla de la protección del patrimonio público, se trata de que los recursos del Estado sean administrados de manera eficiente y responsable, conforme lo disponen las normas presupuestales, es por ello que la defensa del patrimonio público tiene como un propósito claro que consiste en asegurar y garantizar la protección legal y reglamentaria de los intereses y derechos colectivos, de suerte tal que siempre y en todos los niveles de la administración pública todas las actuaciones deben estar sometidas al citado control, y si con cualquier actividad se atenta y afecta el patrimonio público o cualquier otro de los derechos colectivos, podrá ser objeto de análisis judicial por medio de la acción popular.

La protección del Patrimonio Público busca que los recursos del Estado sean administrados de manera eficiente y transparente, conforme lo dispone el ordenamiento jurídico y en especial las normas presupuestales, es por ello que la propia actividad contractual del Estado esta regida por claros principios que buscan garantizar que los recursos que se comprometen por este medio, se adjudiquen y manejen con el mayor cuidado y garantizando que se destinen y aprovechen a favor de los asociados, que son finamente los destinatarios de la actividad estatal.

Sea la oportunidad de insistir en que la acción popular es un mecanismo judicial de rango constitucional, principal e independiente, que busca que los procesos y ejecuciones de la contratación estatal se lleven con la más estricta observancia de los valores supremos de transparencia, rectitud, moralidad, eficiencia, y honestidad, entre otros. Se pretende, por lo tanto, con



esta acción, corregir las actuaciones u omisiones irregulares que vulneran, lesionan o ponen el peligro los principios rectores de la actividad administrativa, evitando oportunamente hechos u omisiones capaces de generar daños colectivos a la moralidad y al patrimonio público, con el fin de superarlos, restituyendo las cosas a su estado anterior, si ello resulta posible.

Así mismo, resulta pertinente señalar que la jurisprudencia de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en varios de sus pronunciamientos ha dicho que la vulneración del derecho colectivo de la defensa del patrimonio público implica necesariamente la vulneración del derecho a la moralidad administrativa. Y por esta vía también proteger al Estado de indemnizaciones o perjuicios futuros ante el grave problema que ocasionó la firma concesionaria.

Las anteriores reflexiones encuentran sustento entre otras, en la Sentencia del H. Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, del 8 de junio 2011, con radicado No. 25000-23-26-000-2005-01330-01(AP), Actor: Fernando García Herreros Castañeda, y Demandado: el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial y la Contraloría General de la República, de la cual me permito transcribir los siguientes apartes:

"4.2. Derecho colectivo al patrimonio público.

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"²². En tal virtud, si el funcionario público o el particular administraron indebidamente recursos públicos, bien "porque lo hizo en forma negligente o

²² 54 CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 13 de febrero de 2006. Exp. AP - 1594 de 2001.



ineficiente, o porque los destinó a gastos diferentes a los expresamente señalados en las normas, afectaron el patrimonio público"²³

El concepto de patrimonio público "cobija la totalidad de bienes, derechos y obligaciones, que son propiedad del Estado y que se emplean para el cumplimiento de sus atribuciones de conformidad con el ordenamiento normativo"²⁴. Adicionalmente, el Consejo de Estado ha reconocido que el concepto de patrimonio público también se integra por "bienes que no son susceptibles de apreciación pecuniaria y que, adicionalmente, no involucran la relación de dominio que se extrae del derecho de propiedad, sino que implica una relación especial que se ve más clara en su interconexión con la comunidad en general que con el Estado como ente administrativo, legislador o judicial, como por ejemplo, cuando se trata del mar territorial, del espacio aéreo, del espectro electromagnético etc., en donde el papel del Estado es de regulador, controlador y proteccionista, pero que indudablemente está en cabeza de toda la población"²⁵

Asimismo, el derecho colectivo a la defensa del patrimonio público implica que los recursos públicos sean administrados de manera eficiente, oportuna y responsable, de acuerdo con las normas presupuestales, con lo cual se evita el detrimento patrimonial⁵⁸.

A su vez, el Consejo de Estado ha concluido en múltiples ocasiones "que la afectación de patrimonio público implica de suyo la vulneración al derecho colectivo de la moralidad administrativa" por cuanto generalmente supone "la falta de honestidad y pulcritud en las actuaciones administrativas en el manejo de recursos públicos"²⁶

Por último, es preciso resaltar que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha reconocido que el derecho a la defensa del patrimonio

²³ 55 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.

²⁴ 56 CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de 31 de mayo de 2002. Exp. 13601. C.P.: Ligia López Díaz.

²⁵ 57 CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 21 de febrero de 2007. Exp. AP 2004-00413C.P.: Mauricio Fajardo Gómez; Cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 21 de mayo de 2008. Exp. 01423-01.C.P.: Ramiro Saavedra Becerra.

²⁶ 59 Véase CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. 12 de octubre de 2006. Exp. AP 857 -01.C.P.: Ruth Stella Correa Palacio.



público ostenta doble finalidad: "la primera, el mantenimiento de la integridad de su contenido, es decir prevenir y combatir su detrimento; y la segunda, que sus elementos sean eficiente y responsablemente administrados; todo ello, obviamente, conforme lo dispone la normatividad respectiva"²⁷.

En síntesis, ante el hecho probado de haberse aceptado por parte de los contratistas y del funcionario público implicado la comisión de varios delitos, no es necesario hacer mayores esfuerzos o análisis, ya que se hace más que evidente que ante la falta de honestidad y de transparencia para la adjudicación y modificación del citado contrato de concesión, vulnerándose los principios de la contratación pública, se ha violentado de manera vulgar la moralidad administrativa y la defensa de los recursos público; precisamente es todo lo anterior aquello que justifica que las pretensiones que defienden el patrimonio público y le restablecen los recursos que del mismo se iban a obtener por parte de los corruptos para recuperar la cifra pagada en sobornos por cuantía de USD11.1 millones de dólares.

3.3. DERECHO AL ACCESO A LOS SERVICIOS PÚBLICOS, Y A SU PRESTACIÓN EFICIENTE Y OPORTUNA

En cuanto al derecho colectivo relacionado con el acceso a los servicios públicos, y entre ellos el transporte, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido uniforme en señalar que de acuerdo a la Carta Constitucional corresponde al Estado garantizar su prestación, por lo que se encuentra directamente ligado a los derechos del consumidor.

²⁷ 60 CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 21 de mayo de 2008. Exp. 01423-01. C.P. Ramiro Saavedra Becerra. "De allí su consagración expresa en el literal e) y f) del artículo 4º de la Ley 472 de 1998, como derecho a la "defensa del patrimonio público" y "defensa del patrimonio cultural de la Nación".



De esta manera, ha indicado que la acción popular en cuanto a la protección de estos derechos está encaminada a la garantía para el consumidor como parte débil de la relación comercial que ellos entrañan, el acceso, calidad, y oportunidad en su prestación respecto de la conducta activa o pasiva del Estado o de los particulares que participen en su prestación o que la entorpezcan.

En efecto, la Carta Constitucional dispone:

“ARTÍCULO 365. Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.

Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita”.

Así, a partir de la normatividad constitucional ha sostenido la Alta Corporación que se trata de una verdadera actividad económica intervenida y no del ejercicio o desarrollo de una función administrativa, pero que se relaciona íntimamente con los fines del Estado, por lo cual los servicios públicos pueden ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por



247

comunidades organizadas o por particulares, correpondiendo inexorablemente al ente estatal la garantía de su prestación oportuna y eficiente pues los servicios públicos influyen en la calidad de vida y bienestar de la población, y es por ello que su prestación comporta la concreción material de la cláusula Estado Social de Derecho (art. 1 Constitución Política).

Por esa especial connotación de los servicios públicos como derechos colectivos, señala la jurisprudencia que se exige del Estado su regulación y control, por cuanto lo que está inmerso en el fondo en su prestación y que demanda por ello la protección estatal son los derechos de los usuarios, los cuales están en una posición de desventaja frente al prestatario.

Al respecto, expresa el Consejo de Estado²⁸:

“De manera que los derechos colectivos que se involucran en la prestación de los servicios públicos no aluden a la función pública propia del Estado, sino a una actividad económica que por implicar el tráfico de servicios inherentes a la finalidad social del Estado, que la doctrina colombiana²⁹, con base en expresión foránea, llama “**bienes meritorios**”, exige la intervención del mismo a través de los instrumentos tradicionales de policía administrativa: regulación y control (inc. 2 art. 365 C. N). En otras palabras, el bien jurídico colectivo por proteger no refiere a la función administrativa, sino a los derechos propios de los

²⁸ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, Consejera ponente: MARIA ELENA GIRALDO GOMEZ, Bogotá D. C., 10 de febrero de 2005, Radicación número: 25000-23-25-000-2003-00254-01(AP), Actor: EXENOBBER HERNANDEZ ROMERO, Demandado: TELECOM, Referencia: ACCION POPULAR.

²⁹ Hugo Palacios Mejía. *EL DERECHO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS*. Editorial Derecho vigente. Bogotá, Primera edición 1999, Pág.4 y ss.



consumidores y usuarios particularmente en lo relativo a la calidad del servicio y a su precio.”

Y agrega:

“(...) La intervención económica del Estado (art. 334 C.P.) se exige, pues, no sólo en beneficio de quienes participan directamente en la competencia “en” o “por” el mercado, sino justamente a favor de la parte más débil³⁰, el usuario, quien en ese escenario de las leyes de oferta y demanda en el que se desarrollan las relaciones de consumo, se encuentra en una posición de evidente subordinación, desventaja e inferioridad que exige una tutela especial por parte del Estado Social (art. 13 inc. 2 C. N.(...))”

Como corolario de lo expuesto, señaló el Consejo de Estado:

“De manera que, la finalidad de las acciones populares en relación con los derechos colectivos e intereses relacionados con los servicios públicos atañen con el acceso, a la eficiencia y oportunidad en la prestación y, por ende, son causa jurídica para su ejercicio toda conducta de acción u omisión de las autoridades o de los agentes públicos o particulares que participen en su prestación, o que amenacen o quebranten esos derechos e intereses.”

³⁰ El reconocimiento de esa posición de inferioridad o subordinación en el mercado es un tema fuera de discusión entre los expertos en derecho del consumo. Vid. REICH, Norbert, *Mercado y Derecho*, Editorial Ariel S.A., primera edición, Barcelona, 1985; BANDO CASADO, Honorio-Carlos, *Planteamientos básicos sobre la defensa del consumidor*, Instituto Nacional del Consumo, Segunda edición, Madrid, 1986. Criterio también asumido por nuestra Constitución (ver supra) y la jurisprudencia constitucional, ver CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C 1141 de 2000, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.



Ahora bien, el transporte está contemplado dentro de nuestro ordenamiento jurídico como un servicio público, de tal manera que es deber de las autoridades realizar todas las actuaciones correspondientes para que dicho servicio se preste de manera eficiente y oportuna.

En el presente asunto, resulta amenazada su prestación puesto que como se expondrá detalladamente, los hechos de corrupción que han rodeado la adjudicación, ejecución del contrato de concesión N° 001 del 14 de enero de 2010 y sus documentos modificatorios o adicionales, perpetúan una amenaza directa a la continua y eficiente prestación del servicio de transporte, toda vez que influyen claramente en la estructura de costos que el contratista corrupto pactó con el INCO (hoy Agencia Nacional de Infraestructura), hechos y costos que se traducen en un abuso del contratista de su posición dominante frente a los usuarios del proyecto Ruta del Sol en sus distintos tramos.

Asimismo, con el incremento de los peajes pactado en el Otrosi N° 6 del 14 de marzo de 2014 se afecta no sólo el patrimonio de quienes transitan por las vías, que de manera constante genera un incremento injustificado e indebido del patrimonio del concesionario en detrimento de los derechos de los usuarios. De igual manera, el retraso de las obras repercute abiertamente en el acceso de las comunidades al uso y goce del transporte y por ende a mejores condiciones de vida.

3.4. DEL CASO CONCRETO



De acuerdo con los hechos ocurridos, conocidos y probados, es evidente que en el procedimiento y en el trámite utilizados para la selección del contratista se inobservaron ostensiblemente los principios de transparencia, economía, responsabilidad, debido proceso y selección objetiva, con lo cual se vulneraron los derechos colectivos a la moralidad administrativa, de defensa del patrimonio público y de acceso a los servicios públicos, a su prestación eficiente y oportuna.

Desde hace varios años se ha detectado que la corrupción no solo es un problema local, sino que es un fenómeno transnacional que produce consecuencias sociales, económicas y jurídicas en las sociedades de diferentes países, razón por la cual la cooperación internacional se hace indispensable como una herramienta para prevenirla, combatirla y corregir sus efectos de la mejor manera.

Podemos decir que evidentemente la corrupción es una de las principales amenazas contra la sociedad y el Estado, en la medida en que quebranta los cimientos sobre los cuales se estructura la democracia, reduce la confianza de los ciudadanos en el Estado y afecta la legitimidad de las decisiones del gobierno.

En este caso, no nos encontramos ante cualquier acto de corrupción, que es reprochable, nos enfrentamos ante unos enormes hechos de corrupción transnacional, no son unos hechos de corrupción eventual o circunstancial, se trata de una gran organización, de una gran empresa criminal internacional que se ha constituido desde hace años con toda una estructura delincinencial de corrupción, repartiendo prebendas o coimas a funcionarios públicos de muchos países.



Pero es que además, en este evento no solo se trata de un escándalo, lo grave, claro y evidente, no se establece únicamente por los hechos narrados en esta demanda, por las pruebas aportadas, por los informes de prensa, es que en este caso, los corruptos por parte del contratista ya aceptaron los delitos cometidos, ya confesaron que dieron grandes sumas de dinero, entre otros, a funcionarios públicos del Estado colombiano para que les adjudicaran el contrato de concesión del sector 2 de la denominada Ruta del Sol, como efectivamente ocurrió; y de otra parte, el funcionario público que recibió esa gran cantidad de dinero, el señor GABRIEL IGNACIO GARCÍA MORALES, quien suscribió el contrato como Presidente encargado del INCO, y quien se desempeñaba como viceministro de Transporte para la época del proceso licitatorio y de la adjudicación, una vez capturado aceptó los cargos, por haber cometido los delitos de cohecho impropio, interés indebido en la celebración de contratos y enriquecimiento ilícito.

Ahora, es importante señalar que la seguridad jurídica, como factor de cohesión del Estado de derecho, debe siempre respetarse, ello implica que las autoridades públicas y los particulares se ajusten a las normas de comportamiento o códigos de conducta previstos para el funcionamiento del Estado. Por ello, respecto de los bienes públicos también es necesaria la seguridad jurídica; con el respeto a las reglas se evita la incertidumbre y el uso inadecuado de tales bienes que puede ser abusivo. Esos usos se asocian con la corrupción y demeritan cualquier amparo en la seguridad jurídica³¹. Así, las decisiones que se ciñan a la ley gozan de plena validez y ejecutabilidad, pero aquellas que se apartan de dichas previsiones del deber ser legal o constitucional no pueden tener estabilidad ni pueden ser oponibles a los ciudadanos. En caso contrario se vulnera el principio de

³¹ GÓMEZ LEE, Iván Darío. La Seguridad Jurídica, Tesis Doctorales, Universidad Externado de Colombia, 2016, pp. 224-226.



seguridad jurídica el cual debe garantizarse a los ciudadanos con la finalidad de brindar estabilidad a todas aquellas actuaciones que se realicen en el marco del principio de legalidad.

El Estado, la Constitución y la ley repudian las actuaciones celebradas al margen del ordenamiento jurídico, de manera que lo que rompe con ese principio de estabilidad es el mantenimiento de actos o normas producidas por fuera del ordenamiento pues de contera el ciudadano ve defraudadas su confianza frente a las actuaciones del Estado³². Un contrato entonces adjudicado de manera repudiable, con fundamento en la violación de las normas de selección objetiva, fruto de actuaciones espurias de algunos interesados en la adjudicación, no tiene recibo en un Estado de derecho y contraría la moralidad administrativa cuya precisión conceptual se realizó en el numeral 3.1 de este acápite y que se encuentra claramente determinada por la profusa jurisprudencia de la H. Corte constitucional y del H. Consejo de Estado en su condición de intérprete y juez legítimo sobre el contenido y alcance de los derechos colectivos por atribución constitucional propia.

Los graves, injustificables y reprochables hechos de corrupción narrados en la presente acción popular que son hoy de público conocimiento y las pruebas allegadas con la demanda junto con las que se practiquen durante el

³² Prof. José Bermejo Vera, artículo incluido en la compilación *Los principios jurídicos del derecho administrativo*, Dir. Juan Alfonso Santamaría Pastor, ed. La Ley 2010, España, pg77: Sobre el principio de seguridad jurídica "Es absolutamente indispensable su articulación efectiva en todas las fases de operatividad de las normas jurídicas y, además, con la técnicas, fórmulas o instrumentos que las hacen funcionar. Desde esta perspectiva, la plena efectividad del principio de seguridad jurídica debería proporcionar satisfacción a las razonables expectativas de los ciudadanos sobre cual ha de ser la actuación de los poderes públicos legítimos, no solamente en la elaboración o producción de las normas que integran el Ordenamiento jurídico total, sino en la aplicación del derecho ya producido. Todos los operadores jurídicos, aunque muy especialmente los que están dotados de potestad jurídica de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, están vinculados por el principio de seguridad jurídica. De ahí que sean componentes esenciales de la seguridad jurídica la previsibilidad y la certeza, tanto en la formulación, como en la aplicación de las normas".



curso del proceso, justifican sobradamente que en la sentencia que resuelva definitivamente las pretensiones, se declare que se han vulnerado los derechos colectivos de la Moralidad Administrativa, la Defensa del Patrimonio Público y el Acceso a los Servicios Públicos, y a su prestación eficiente y oportuna; en la adjudicación, celebración y ejecución del contrato de concesión N° 001 del 14 de enero de 2010, suscrito entre el Instituto Nacional de Concesiones –INCO, hoy Agencia Nacional de Infraestructura – ANI y la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., junto con todas las modificaciones, otrosíes y adiciones que se hayan realizado al mencionado contrato y teniendo en cuenta también las acciones judiciales y arbitrales en curso y en general todas sus vicisitudes.

Como quiera que la vulneración de los derechos colectivos antes citados ha ocasionado perjuicios económicos, es absolutamente necesario el resarcimiento de los mismos para que de manera ejemplarizante la sociedad colombiana reciba la respuesta de la justicia frente a los hechos de corrupción, razón por la cual existen argumentos, justificaciones y pruebas suficientes para que se acceda a la segunda pretensión de esta Acción Popular, según la cual se solicita que se ordene a la Agencia Nacional de Infraestructura ANI, que de manera inmediata adopte los correctivos y medidas legales, judiciales, contractuales, administrativas, financieras y/o técnicas, que aseguren o propendan por la continuidad y mejora del servicio público de transporte en las vías concesionadas y en las obras públicas de la Ruta del Sol (Sector 2), continuidad que deberá corresponder a la estructuración del proyecto que precedió la adjudicación del contrato de concesión No. 001 de 2010 y demás medidas señaladas en la citada pretensión.



Estando claramente establecido que los pluricitados actos de corrupción han vulnerado el derecho colectivo a la defensa del patrimonio público, en la medida en que indefectiblemente las obras públicas y demás obligaciones y actividades propias de la ejecución del contrato de concesión, se ven afectadas por la disposición que Odebrecht hizo de la suma que destinó para pagar las coimas, razón por la cual es necesario que se restituya al erario de la Nación tales recursos, acudiendo incluso a los bienes de los miembros de la sociedad concesionaria, al tenor de lo dispuesto por el parágrafo 3 del artículo 7 de la Ley 80 de 1993, según el cual los miembros de las sociedades con objeto único responden solidariamente; de esta forma se restituirán los pagos indebidos e ilícitos que hicieron miembros de esa sociedad contratista, lobistas e intermediarios de la misma, para lograr la adjudicación, modificaciones, otrosíes, adiciones, reclamaciones u otras actuaciones de tipo contractual asociadas al contrato de concesión No. 001 de 2010, para lo cual en las pretensiones tercera y cuarta se proponen varias alternativas, para que ese propósito se satisfaga y de esa manera se restablezca el derecho conculcado, por lo cual resulta pertinente que se acceda a las peticiones señaladas.

Como quiera que existen reclamaciones por parte de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., y que pudieran presentarse nuevas demandas, por las razones y reflexiones que se han hecho en el presente escrito, se considera no solo conveniente sino necesario que la Sentencia que resuelva la presente Acción Popular, tenga prevalencia sobre las eventuales decisiones judiciales que se lleguen a adoptar respecto de la celebración, ejecución y liquidación del citado contrato de Concesión No. 001 del 14 de enero de 2010, tal como se solicita con la quinta pretensión.



Con el propósito de garantizar que las decisiones y ordenes que se impartan en la Sentencia sean cumplidas oportuna y cabalmente, y dada la magnitud de los enormes hechos de corrupción, la importancia de los derechos colectivos vulnerados y la necesidad de reparar los daños causados, se considera conveniente la creación de un comité de vigilancia, verificación y seguimiento en los términos previstos en la pretensión sexta de este escrito.

4. PRUEBAS

Me permito solicitar que se decreten y se tengan como pruebas de la presente acción popular las siguientes:

Pruebas documentales

4.1 Copia de la Acusación contra la empresa Odebrecht S.A. por parte de los Estados Unidos, la cual fue radicada en la Corte Federal del Distrito Este de Nueva York. Documento publicado en la página web del Departamento de Justicia de los Estados Unidos de América, el cual puede ser consultado en línea: <https://www.justice.gov/criminal-fraud/file/920086/download>. Así mismo, se adjunta una traducción al idioma español no oficial de este documento.

4.2. Copia del preacuerdo entre los Estados Unidos y la empresa Odebrecht firmado el 22 de diciembre de 2016 en la Corte Federal del Distrito de Nueva York. Documento publicado en la página web del Departamento de Justicia de los Estados Unidos de América, el cual puede ser consultado en línea: <https://www.justice.gov/opa/press-release/file/919916/download>. Así mismo, se adjunta una traducción al idioma español no oficial de este documento.



4.3. Relación de páginas de internet contentivas de la información que a nivel internacional y nacional se publicó sobre el caso Odebrecht y los actos de corrupción cometidos por los miembros de éste grupo empresarial:

- Página del Departamento de Justicia de los EEUU:
<https://www.justice.gov/criminal-fraud/file/920086/download>
(Acusación - Preacuerdo)
- Comunicado de prensa del Departamento de Justicia de los Estados Unidos: <https://www.justice.gov/opa/pr/odebrecht-and-braskem-plead-guilty-and-agree-pay-least-35-billion-global-penalties-resolve>
- Comunicado de prensa de la Fiscalía General de la Nación
<http://www.fiscalia.gov.co/colombia/noticias/destacada/fiscalia-revela-segundo-pago-efectuado-por-odebrecht/>

4.4. Copia de la Resolución No. 186 del 27 de marzo de 2009, expedida por el INCO mediante la cual se ordenó la apertura de la Licitación Pública No. SEA-LP-001-2009 cuyo objeto era "seleccionar las Propuestas más favorables para la adjudicación de tres (3) Contratos de Concesión, cuyo objeto será el otorgamiento a cada uno de los Concesionarios de una concesión para que realicen, por su cuenta y riesgo, las obras necesarias para la construcción, rehabilitación, ampliación y mejoramiento, según corresponda, del Proyecto Vial Ruta del Sol y, 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 uno o más de los siguientes sectores en que se divide el Proyecto. Sector 1: Tobiagrande/Villeta - El Koran. Sector 2: Puerto Salgar - San



Roque; y Sector 3: San Roque - Ye de Ciénaga y Carne de Bolívar-Valledupar."

- 4.5. Copia de la propuesta presentada por la Concesionaria Ruta del Sol presentada en la Licitación Pública No. SEA-LP-001-2009.
- 4.6. Copia de la Evaluación de las ofertas presentadas en la Licitación Pública No. SEA-LP-001-2009.
- 4.7. Copia de la Resolución N° 641 del 15 de diciembre de 2009 mediante la cual el INCO adjudicó a la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., la concesión del Sector 2.
- 4.8. Copia de la escritura pública No. 2103 del 22 de diciembre de 2009, otorgada en la Notaría 22 del círculo notarial de Bogotá, mediante la cual se constituyó la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S.
- 4.9. Certificado de Existencia y Representación Legal de la Cámara de Comercio de Bogotá de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S.
- 4.10. Copia del contrato de concesión N° 001 del 14 de enero de 2010, suscrito entre el INCO y la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S.
- 4.11. Copia del Otrosí N° 3 del 15 de julio de 2013, por medio del cual la ANI y la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S, adicionaron el contrato de concesión No. 001 de 2010 para que "EL CONCESIONARIO elabore los Estudios y Diseños Fase III del Tramo Aguaclara - Gamarra - Puerto Capulco y la vía de acceso a los demás puertos ribereños localizados en una longitud menor o igual a 5 km de distancia del casco urbano del Municipio de Gamarra,



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

4.12. Copia del Acta del 10 de marzo de 2014, modificatoria del otrosí No. 3 del contrato de concesión No. 001 de 2010.

4.13. Copia del Otrosí N° 6 del 14 de marzo de 2014, por medio del cual la ANI y la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., decidieron: "Adicionar el Contrato de Concesión No. 001 de 2010, para que **EL CONCESIONARIO** por su cuenta y riesgo, elabore los diseños, financie, obtenga las Licencias Ambientales y demás permisos, adquiera predios, rehabilite, construya, mejore, opere y mantenga el Tramo denominado "Transversal Rio de Oro - Aguaclara - Gamarra", de conformidad con lo previsto en el Numeral 4 del Artículo 32 de la Ley 80 de 1993; siempre y cuando se de aplicación a lo establecido en la Cláusula Décima Tercera del presente Otrosí".

4.14. Copia del Acta complementaria de 10 de noviembre de 2014 mediante la cual se complementó el otrosí No. 6 del contrato de concesión 001 de 2010.



63

4.15. Copia del Acta No. 21 de 5 de septiembre de 2016, mediante la cual se ordena la acumulación de los procesos arbitrales identificados con los radicados N° 4190 y N° 4209, convocado por la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., en el cual actúan como Árbitros la doctora Stella Villegas de Osorio como Presidenta, el doctor Alier Eduardo Hernández Enríquez y el doctor William José Namén Vargas.

4.16. Noticia divulgada por el Diario el Espectador "Exviceministro Gabriel García aceptó cargos por caso de corrupción de Odebrecht" la cual puede ser consultada en línea:
<http://www.elespectador.com/noticias/judicial/exviceministro-gabriel-garcia-acepto-cargos-caso-odebre-articulo-674817>

4.17. Copia del comunicado de prensa de la Fiscalía General de la Nación "Fiscalía revela segundo pago efectuado por Odebrecht" del 14 de enero de 2017, el cual puede ser consultado en línea:
<http://www.fiscalia.gov.co/colombia/noticias/destacada/fiscalia-revela-segundo-pago-efectuado-por-odebrecht/>

4.18. Copia del comunicado de prensa de la Fiscalía General de la Nación "Exviceministro García Morales aceptó cargos por escándalo de corrupción en Odebrecht" del 16 de enero de 2017, el cual puede ser consultado en línea:
<http://www.fiscalia.gov.co/colombia/noticias/exviceministro-garcia-morales-acepto-cargos-por-escandalo-de-corrupcion-en-odebrecht/>

4.19. Copia de las demandas presentadas por la Concesionaria Ruta del Sol en los procesos arbitrales No. 4190 y 4209.

Oficios



Para que obren como elementos de juicio en esta acción constitucional y para que sirvan de soporte a las decisiones que se adopten, solicito se libren los siguientes oficios:

4.2. A la Fiscalía General de la Nación en la ciudad de Bogotá y al Juez 26 de Control de Garantías de Bogotá, para que remitan la totalidad de los expedientes contentivos de las investigaciones y/o procesos penales que se adelantan contra los señores Otto Nicolás Bula Bula y Gabriel García Morales. En especial la imputación de cargos, la aceptación de cargos en el caso del señor Gabriel García, la no aceptación de los cargos del señor Otto Bula, las medidas de aseguramiento si a ello hubo lugar, las pruebas documentales que reposen en los expedientes, las pruebas documentales que contengan los informes y actuaciones de organismos judiciales y autoridades nacionales e internacionales relacionados con los actos de corrupción atribuidos a los investigados y aquellos en que se mencione a Odebrecht. Incluido el expediente identificado con el radicado No. 1100160001012016013 que cursa ante la Fiscalía 80 delegada ante el Tribunal Superior, ubicada en el piso 4, Bloque H, en la Diagonal 22B #52-01 en la ciudad de Bogotá.

4.3. A la Cámara de Comercio de Bogotá, para que remita la totalidad del Proceso Arbitral identificado con el radicado N° 4190, al cual se acumuló recientemente el radicado con el N° 4209, convocado por la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., en el cual actúan como Árbitros la doctora Stella Villegas de Osorio como Presidenta, el doctor Alier Eduardo Hernández Enríquez y el doctor William José Namén Vargas.



5. MEDIDAS CAUTELARES

Para los efectos legales correspondientes, en escrito separado se está presentando una solicitud de medidas cautelares.

6. PROCEDIMIENTO

Corresponde a esta demanda el procedimiento especial señalado en la Ley 472 de 1998.

7. COMPETENCIA

Conforme a los artículos 15 y 16 de la Ley 472 de 1998 y al numeral 16 del artículo 152 del CPACA, corresponde al Tribunal Administrativo de Cundinamarca conocer en primera instancia de este proceso, por ser uno de los demandados una entidad o una persona jurídica de derecho público del orden Nacional, y por ser éste el lugar de su domicilio.

8. REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÓN POPULAR

En el presente asunto, debido al inminente peligro de ocurrencia de un perjuicio irremediable contra los Derechos Colectivos de la Moralidad Administrativa, la Defensa del Patrimonio Público y el Acceso a los Servicios Públicos, y a su prestación eficiente y oportuna, con ocasión de la gestión contractual realizada en Colombia y en particular en la celebración y ejecución del contrato de Concesión N° 001 del 14 de enero de 2010, suscrito entre el Instituto Nacional de Concesiones – INCO, hoy Agencia Nacional de Infraestructura – ANI y la



Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., se indica al Despacho que, con fundamento en el inciso final del artículo 144 del CPACA, no es exigible en la presente acción el requisito de procedibilidad previsto en el numeral 4 del artículo 161 ibídem, consistente en solicitar de manera previa a la presentación de la acción popular a la entidad vulneradora de los derechos o al particular que cumple función administrativa la protección de los derechos conculcados.

Se resalta que de acuerdo al análisis desarrollado, en esta acción constitucional se evidencia el peligro de ocurrencia de perjuicios irremediables al interés general y a los derechos colectivos enunciados, por parte de Odebrecht, dado los confesos hechos de corrupción administrativa y su inaceptable participación en la ejecución de una obra pública de la magnitud que representa para la sociedad la vía Ruta del Sol sector 2. Adicionalmente, dicho requisito deviene ineficaz en el presente proceso judicial por cuanto los hechos vulneradores de los derechos colectivos son del resorte del agente corrupto causante del ilícito que genera su daño.

9. NOTIFICACIONES

El suscrito recibirá notificaciones en la carrera 5 N° 15 – 80, piso 25.

El Representante Legal de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., en la calle 116 N° 7 – 15, Interior 2, oficina 302, Torre Cusezar de ésta ciudad. Email: lperez@rutadelsol.com.co. (Tomados del Certificado de Existencia y Representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá D.C.)



57

El señor Presidente y Representante Legal de la Agencia Nacional de Infraestructura ANI, en la Avenida calle 24 A N° 59 – 42 Torre 4 piso 7.

Cordialmente,

FERNANDO CARRILLO FLÓREZ
Procurador General de la Nación

DILIGENCIA DE RECONOCIMIENTO

En la Ciudad de Bogotá, D.C. a 25 de enero de 2017

Compareció ante la Notaria Primera del Circuito de Bogotá

Fernando Carrillo Flores

Quien se identificó con la Cédula de Ciudadanía

Número: 79.154.272

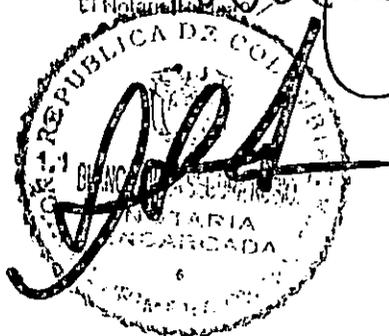
expedida en USAJICA



y Declaró que la firma y huella que aparecen en el presente documento son suyas y que el contenido del mismo es cierto

El declarante,

El Notario



NOTARIA PRIMERA
DEL CIRCULO DE BOGOTÁ
003 1279472



Bogotá D.C., 24 de enero de 2017

Señores
MAGISTRADOS TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
(Reparto)
Bogotá D. C.

REFERENCIA: **ACCIÓN POPULAR. - MEDIDAS CAUTELARES**
Contra la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., de la cual hace parte Odebrecht y la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI. Contrato de Concesión N° 001 del 14 de enero de 2010

FERNANDO CARRILLO FLÓREZ, Procurador General de la Nación, en ejercicio de las facultades constitucionales y legales, y en especial las que le confiere el numeral 4 del artículo 277 de la Constitución Política de Colombia, y de conformidad con lo previsto en el artículo 88 de la Carta de Colombia y en el numeral 4 del artículo 12 de la Ley 472 de 1998, y teniendo en cuenta que en documento separado se está presentando una **Acción Popular**, contra la "Concesionaria Ruta del Sol S.A.S." (Sociedad constituida por escritura pública No. 2103 de 22/12/09 de la Notaría 22 de Bogotá D.C.), compuesta por (i) Constructora Norberto Odebrecht S.A.; (ii) Odebrecht Inversiones Em Infra-Estructura Ltda.; (iii) Estudios y Proyectos del Sol S.A. - EPISOL S.A.; y (iv) CSS Constructores S.A., y contra el Instituto Nacional de Concesiones –INCO, hoy Agencia Nacional de Infraestructura – ANI, por la vulneración de los Derechos Colectivos de la Moralidad Administrativa, la Defensa del Patrimonio Público y el Acceso a los Servicios Públicos, y a su prestación eficiente y oportuna, con ocasión de la gestión contractual en Colombia y en particular en la celebración y ejecución del contrato de Concesión N° 001 del 14 de enero de 2010, suscrito entre el Instituto Nacional de Concesiones –INCO, hoy Agencia Nacional de Infraestructura – ANI y la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S.", comedidamente me permito solicitar que con carácter de urgencia al tenor



59

del artículo 234 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, CPACA, se decreten las siguientes,

1. MEDIDAS CAUTELARES

1.1 Que como medida previa y teniendo en cuenta que mantener la participación de Odebrecht "corrupto confeso" en el contrato de concesión No. 001 de 2010, lesiona la moralidad administrativa y pone en riesgo el patrimonio público y la confianza que demanda la sociedad de sus contratistas, solicito se ordene a la Agencia Nacional de Infraestructura, ANI, que de manera inmediata adopte alguna o algunas de las siguientes medidas: (i) la toma de posesión del contrato por parte de la ANI o de la entidad que determine el gobierno nacional; (ii) la cesión transitoria del contrato en tanto se adelanta un nuevo proceso de selección objetivo del contrato y se surte su adjudicación; (iii) la toma de posesión de obras, muebles, inmuebles o infraestructura afectos al proyecto; (iv) la celebración de nuevos contratos de obra pública, administración delegada, concesión, administración fiduciaria, contratos llave en mano y otras tipologías de contratos que le son propias al sector de infraestructura con el propósito de garantizar la realización del proyecto de infraestructura vial denominado Ruta del Sol; (v) hacer efectivas las garantías, mecanismos de cobertura de riesgos e imposición de mecanismos excepcionales en lo que fuere pertinente; (vi) otras medidas adicionales, complementarias o diferentes a las expuestas que la ANI deberá justificar y desarrollar con observancia plena del marco constitucional, legal y reglamentario vigente. Todo lo anterior con el propósito de garantizar la realización del proyecto de infraestructura vial denominado Ruta del Sol.

1.2 Que para hacer efectivas las medidas de protección solicitadas en la primera solicitud de medida cautelar (relativas a los correctivos contractuales



60

para la ejecución del proyecto Ruta del Sol), se ordene el retiro de las dos sociedades en las cuales Odebrecht tiene participación; lo anterior, para evitar que un grupo empresarial confeso de corrupción, tenga alguna injerencia en las decisiones contractuales y siga participando de la sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., persona jurídica de la siguiente composición: (i) Constructora Norberto Odebrecht S.A. - 25%; ii) Odebrecht Inversiones en Infraestructura Ltda. - 37%; iii) Estudios y proyectos del Sol S.A. - Episol S.A. - 33%; iv) CSS Constructores S.A. - 5%). Lo anterior teniendo en cuenta que como mínimo esa sociedad deberá hacer entrega del proyecto según las decisiones que adopte la ANI.

1.3 Que en el curso de la acción popular se esté valorando la necesidad y procedencia de medidas de embargo de bienes muebles e inmuebles y de rentas de la sociedad Concesionaria, las sociedades que la conforman y/o de sus miembros, y de los activos de las cuatro sociedades que la constituyen, para responder patrimonialmente por los daños, perjuicios, indemnizaciones, demandas y propender por la recuperación de los USD11.1 millones de dólares, (USD11.100.000.00) y otros daños que se llegaren a ocasionar en el curso de este proceso judicial. Para efecto de lo anterior, el despacho conductor podrá solicitar el acompañamiento y colaboración, en cuanto al suministro de información, de los organismos de control, de vigilancia e inspección, como lo son la Fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República, la Superintendencia de Puertos y Transporte, de Sociedades, de Notariado y Registro, Financiera, entre otros.

Por lo tanto, se solicita al despacho del señor magistrado ponente oficiar a la Fiscalía General de la Nación y a la Contraloría General de la República para que informen sobre bienes y rentas de estas sociedades o sus grupos empresariales. A su vez esta Procuraduría realizará una búsqueda de los activos embargables para suministrarla al despacho y hacer efectiva esta



67

medida. En todo caso si bien la efectividad e inminencia de la medida es relevante, también lo es que esta no llegue a afectar los aspectos esenciales para el desarrollo del proyecto, tales como, los pagos que son necesarios para la ejecución del mismo proyecto hasta tanto se adopten las medidas contractuales previstas en el numeral 1.1. Para lo anterior, y en ese mismo sentido se solicitará el acompañamiento de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado junto con la articulación de los organismos de control aquí referidos.

A su vez, en este trabajo interinstitucional nos permitiremos proponer de forma incidental ante el H. Despacho ponente una solicitud de levantamiento de velo corporativo. Y en los asuntos de recuperación patrimonial se actuará coordinadamente con las superintendencias que tienen competencia sectorial, societaria y financiera.

1.4 Que se solicite copia del proceso arbitral que actualmente se adelanta en la Cámara de Comercio de Bogotá, identificado con el radicado N° 4190, proceso al cual se acumuló recientemente el radicado N° 4209, convocados por la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. Lo anterior con la finalidad de que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca adopte las medidas cautelares que sean necesarias frente al trámite arbitral, para garantizar que no se continúen vulnerando los derechos colectivos, por ejemplo la defensa del patrimonio público, por las reclamaciones económicas que hicieron miembros de esa sociedad Concesionaria, cuyos socios mayoritarios reconocieron la comisión de varios delitos para la adjudicación, celebración, ejecución y modificaciones del contrato de concesión No. 001 de 2010.

2. SUSTENTO JURÍDICO



La presente solicitud de medidas cautelares encuentran respaldo jurídico en los artículos 25 de la Ley 472 de 1998 y 231 de la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, CPACA.

2.1. Cumplimiento de los requisitos para decretar las medidas solicitadas

Como se ha establecido claramente en la Acción Popular que se está presentando en documento separado, en este caso no solo con los hechos narrados y las pruebas aportadas, sino también con los hechos conocidos por toda la sociedad colombiana a través de los medios de comunicación, con los comunicados oficiales de la Fiscalía General de la Nación, entre otros, es evidente que en el proceso de adjudicación del contrato de concesión N° 001 del 14 de enero de 2010, se incurrió en graves hechos de corrupción, inobservándose los principios de transparencia, economía y selección objetiva; es decir, que aparece de bulto, que no es necesario hacer ningún esfuerzo, y que salta a la vista la vulgar vulneración de los derechos colectivos de la moralidad administrativa, de defensa del patrimonio público y de Acceso a los Servicios Públicos, y a su prestación eficiente y oportuna, razón por la cual, de conformidad con el Artículo 25 de la Ley 472 de 1998, con el artículo 231 del Código de Procedimiento administrativo y de lo Contencioso Administrativo, y con el propósito de evitar que se generen mayores perjuicios o daños al patrimonio público, a los derechos de la comunidad, a la confianza pública en sus instituciones, y de la sociedad en general, que espera de la administración pública, de la administración de justicia y de los órganos de control que ante un daño o riesgo de perjuicio, se adopten oportunamente las medidas que garanticen y que protejan sus derechos, restableciendo los que se han vulnerado y/o haciendo cesar los hechos que los hayan puesto en peligro.



63

De conformidad con el párrafo del artículo 229 de la Ley 1437 de 2011, las medidas cautelares en los procesos que tengan por finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos de conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, se regirán por lo dispuesto en el capítulo respectivo de ese Código y podrán ser decretadas de oficio.

En cuanto a los requisitos en concreto para decretar las medidas cautelares, el artículo 231 de la ley señala:

“Artículo 231. Requisitos para decretar las medidas cautelares.

Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. Cuando adicionalmente se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos.

En los demás casos, las medidas cautelares serán procedentes cuando concurren los siguientes requisitos:

- 1. Que la demanda esté razonablemente fundada en derecho.*
- 2. Que el demandante haya demostrado, así fuere sumariamente, la titularidad del derecho o de los derechos invocados.*
- 3. Que el demandante haya presentado los documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla.*
- 4. Que, adicionalmente, se cumpla una de las siguientes condiciones:*



64

- a) *Que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable,*
o
- b) *Que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios.*

En cuanto al primer requisito, esto es, que la demanda esté razonablemente fundada en derecho, basta con revisar el texto de la Acción Popular que se presenta en documento separado para observar que se cumple con este presupuesto en la medida en que la vulneración de los Derechos Colectivos se encuentra debidamente respaldada, no solo en las normas que consagran tales derechos, sino en la jurisprudencia que existe sobre el particular y en las pruebas que se aportan.

Respecto a la titularidad del derecho o de los derechos invocados, cabe precisar que este requisito se cumple de acuerdo con lo establecido en el artículo 277 Constitucional, que señala que corresponde al Procurador General de la Nación, entre otras funciones, la defensa de los intereses de la sociedad y de los intereses colectivos; intervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales o administrativas, cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales; pudiendo con tales propósitos interponer las acciones que considere necesarias y solicitar la adopción de las medidas que procuren su protección a favor del interés general.

El tercer requisito de la solicitud de las medidas cautelares exigido por la citada norma, referente a la sustentación de la petición en términos de proporcionalidad de las medidas requeridas, se tiene acreditado de la siguiente manera:



65

- a. Como es de reciente conocimiento público, y suficientemente acreditado con el documento del Departamento de Justicia de los EE.UU que reveló el 21 de diciembre de 2016 en el caso U.S. vs. Braskem S.A. -Odebrecht S.A., No. 16-CR-643, en el cual Odebrecht S.A., aceptó ante el Tribunal del Distrito Este de Nueva York prácticas criminales de corrupción y actos de soborno a funcionarios gubernamentales de distintos países, entre ellos Colombia, luego de la acusación penal y condena impuesta a Marcelo Bahía Odebrecht y otros, por actuaciones corruptas ocurridas en Brasil por el Grupo Odebrecht y la constructora Norberto Odebrecht, así como las noticias difundidas directamente por la Fiscalía General de la Nación en relación con la investigación penal adelantada por tales hechos dentro de la cual se capturó al señor Gabriel García Morales -Exviceministro de Transporte- a quien le imputaron los punibles de cohecho, interés indebido en la celebración de contratos y enriquecimiento ilícito, y quien de acuerdo con la divulgación de la prensa nacional el 15 de enero de 2017, aceptó haber recibido el soborno ofrecido por Odebrecht por la suma de USD6,5 millones de dólares, para la adjudicación del contrato de la Ruta del Sol 2, así como la captura y detención de otro implicado, el señor Otto Bula, pruebas debidamente incorporadas en la demanda de acción popular, y que dan cuenta de la consecución del contrato de concesión N° 001 de 2010 por medios ilegales, así como de los otros ítems 3 y 6 por los cuales se modificó y adicionó dicho acuerdo contractual, en los cuales se evidencian hechos de corrupción transnacional.
- b. Tal como se ha probado sumariamente, el origen del contrato de concesión 001 de 2010 está viciado por actos de corrupción, por lo



66

cual mantener la participación de las sociedades Constructora Norberto Odebrecht S.A., y Odebrecht Inveſtimentos En Infra-Estructura Ltda, en el contrato de concesión N° 001 de 2010, puede ocasionar que se continúen presentando otros actos de corrupción nuevos o dirigidos a encubrir las conductas ilícitas ya perpetradas, de conocimiento público, lo cual afectaría los intereses colectivos que se pretenden proteger y la justicia que la sociedad demanda en este asunto no sólo de trascendencia nacional sino de impacto internacional; por ello, resulta imperioso la adopción de las medidas cautelares solicitadas en el numeral primero del presente escrito, relativas a los correctivos contractuales para la ejecución del proyecto Ruta del Sol, como son la toma de posesión del contrato por parte de la ANI, o su cesión, la toma de posesión de obras, muebles, inmuebles, infraestructura; o la celebración de nuevos contratos de infraestructura, la efectividad de las garantías o la aplicación de cláusulas excepcionales, según corresponda a los mejores intereses contractuales. De igual manera, y por razones similares, resulta idónea la medida cautelar solicitada en el numeral 2 del presente escrito, en cuanto a la exclusión de participación de los socios de Ruta del Sol SAS que reconocieron haber incurrido en conductas corruptas y delictivas.

- c. Las medidas de embargo de bienes cuyo decreto se pretende, resultan necesarias y proporcionales en cuanto buscan proteger el patrimonio público y pretenden contrarrestar medidas defraudatorias de las eventuales condenas por parte de la sociedad Concesionaria y sus socios tales como la distracción de bienes para efectos de insolventarse y que en caso de una condena no permitan la restitución al erario de las sumas de dinero pretendidas por la carencia de bienes



con tal propósito, máxime por el poder de permeabilidad de la institucionalidad demostrado por algunos socios de la sociedad Concesionaria a través del ofrecimiento de significativas coimas a funcionarios públicos de alto rango.

- d. De igual manera, y ante la posible paralización de las obras del proyecto Ruta del Sol se requiere garantizar la existencia de medios económicos cuantiosos para sufragar acreencias laborales del contratista respecto de sus trabajadores.
- e. Como quiera que se encuentran en curso ante la Cámara de Comercio de Bogotá los procesos arbitrales con radicados 4190 y 4209, iniciados por la sociedad Concesionaria, reclamando cuantiosas sumas de dinero y perjuicios¹ por la ejecución del contrato 001 de 2010, así como por los mismos otrosíes propuestos por la propia sociedad Concesionaria, no obstante que es evidente que obtuvo el contrato y sus modificaciones a través de la ejecución de actos de corrupción, procesos dentro de los cuales la ANI ha propuesto demanda de reconvención, solicitando el reconocimiento de otros perjuicios adicionales, se requiere que el honorable Tribunal Administrativo de Cundinamarca conozca dichas demandas y adopte las medidas cautelares necesarias en relación con los mismos.
- f. Las medidas cuya declaración se pretende son idóneas respecto del objeto de la acción popular y los hechos que le sirven de fundamento por cuanto la afectación de los esenciales derechos colectivos de la Moralidad Administrativa, la Defensa del Patrimonio Público, el Acceso

¹ Las solas pretensiones aducidas por la sociedad concesionaria en los dos procesos arbitrales ascienden a QUINIENTOS SETENTA Y TRES MIL CIENTO DOS MILLONES DOSCIENTOS CUARENTA MIL DOSCIENTOS SETENTA Y OCHO PESOS M/CTE (\$573.102.240.278.00).



68

a los Servicios Públicos, a su prestación eficiente y oportuna, ameritan la adopción de las medidas propuestas a efectos de asegurar y propender por la continuidad y mejora del servicio público de transporte en las vías concesionadas y en las obras públicas de la Ruta del sol.

De esta manera se acredita la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de las medidas solicitadas respecto de la magnitud de los hechos generadores de la vulneración de los derechos colectivos que permiten afirmar la necesidad del decreto de las tutelas cautelares pedidas para conservar la materia en litigio y garantizar la eficacia de la decisión judicial definitiva, a fin de materializar el valor de la justicia.

Existiendo así, la acreditación de la existencia de derechos colectivos cuya garantía y salvaguarda se requiere, así como la comprobación de un temor fundado de daño por la insatisfacción de los mismos, como consecuencia del tiempo que toma la administración de justicia en proferir una decisión principal dentro de la presente acción popular, se requiere que se decreten las medidas solicitadas ante la existencia intereses de mayor valía para la comunidad y que garanticen la eficacia final de la sentencia por la demora del proceso.

Finalmente, y respecto al cuarto requisito exigido por el artículo 231 del CPACA, se advierte que en la presente acción existen serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios, generando una ineficacia final de la sentencia por la demora del proceso en la medida que ante la condena de vulneración de derechos colectivos y sus mecanismos de reparación no se contaría con los recursos para resarcir integralmente el perjuicio causado.

CA D
MCA SILVIA
NOT
ENCAI
PRI



3. NOTIFICACIONES

El suscrito recibirá notificaciones en la carrera 5 N° 15 – 80, piso 25.

El Representante Legal de la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S., en la calle 116 N° 7 – 15, Interior 2, oficina 302, Torre Cusezar de ésta ciudad. Email: lperez@rutadelsol.com.co. (Tomados del Certificado de Existencia y Representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá D.C.)

El señor Presidente y Representante Legal de la Agencia Nacional de Infraestructura ANI, en la Avenida calle 24 A N° 59 – 42 Torre 4 piso 7.

Cordialmente,

FERNANDO CARRILLO FLÓREZ
Procurador General de la Nación