



**PROCURADURÍA PRIMERA DELEGADA
PARA LA CONTRATACIÓN ESTATAL**

RADICADO No	IUS-E-2017-519707 /IUC-D-2017-956399
DISCIPLINADOS	Luis Miguel Cotes Habeych y Rosa Cotes de Zúñiga
CARGO	Gobernadores del Departamento del Magdalena
ENTIDAD	Gobernación de Magdalena -
QUEJOSO	De oficio
FECHA QUEJA	22-08-2016
FECHA HECHOS	Vigencias 2013-2017
ASUNTO	posibles irregularidades en la implementación y ejecución del proyecto de inversión conocido como VÍA DE LA PROSPERIDAD para el mejoramiento de la vía Palermo – Sitio Nuevo – Remolino – Guáimaro en el departamento de Magdalena.
PROVIDENCIA (56)	FALLO DE PRIMERA INSTANCIA SANCIONATORIO

Bogotá D.C., 30 de septiembre de 2020.

Una vez agotada la actuación precedente y no habiendo causal de nulidad que impida adoptar decisión de fondo, procede el despacho, en los términos del artículo 170 del CDU, a proferir fallo disciplinario de primera instancia, definiendo con ello la responsabilidad disciplinaria de los investigados LUIS MIGUEL COTES HABEYCH y ROSA COTES DE ZÚÑIGA, en sus calidades de ex gobernadores del departamento de Magdalena, dadas las situaciones presentadas durante la implementación y ejecución del proyecto de inversión y de carretera conocido como VÍA DE LA PROSPERIDAD que pretendía el mejoramiento de la vía Palermo – Sitio Nuevo – Remolino – Guáimaro - en el Departamento del Magdalena, la movilidad, competitividad y economía de las entidades territoriales mencionadas.

I. IDENTIFICACIÓN DE LOS DISCIPLINADOS Y SINTESIS DE LOS CARGOS FORMULADOS SOBRE LOS CUALES SE DEFINIRÁ LA RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA

1.1. LUIS MIGUEL COTES HABEYCH: Identificación e individualización.

El señor LUIS MIGUEL COTES HABEYCH identificado con la cédula de ciudadanía número 1.082.852.122 expedida en Santa Marta se posesionó en el cargo de GOBERNADOR DEL DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA el 1° de enero de 2012, para el periodo constitucional 2012-2015.

1

IUS E-2017-519707 /IUC-D-2017-956399
Auto: Fallo de primera instancia-30-09-2020
Caso: Proyecto Vía La Prosperidad – Gobernación de Magdalena
CJOM/OLSC



Como pruebas que acreditan su elección, designación y posesión en el cargo de gobernador del Magdalena la jefe de oficina de talento humano de la gobernación de Magdalena remitió la siguiente documentación mediante oficio E-2017-028177 del 11 de octubre de 2017 (folios 687 a 707 c.p. 3):

1. Copia escritura pública No. 94 del 16 de enero de 2012 – protocolización de la Notaría Primera del Circuito de Santa Marta y acta de posesión de fecha 1° de enero de 2012.
2. Certificación laboral de fecha 11 de octubre de 2017
3. Credencial electoral expedida el 22 de noviembre de 2011 por los delegados del Consejo Nacional Electoral que acredita que el señor Luis Miguel Cotes Habeych, identificado con la cédula de ciudadanía número 1.082.852.122 fue elegido gobernador por la circunscripción electoral de Magdalena para el periodo 1° de enero de 2012 a 31 de diciembre de 2015, por el partido movimiento político *Respeto por el Magdalena*.
4. Decreto número 071 del 15 de enero de 2018, por el cual se actualiza el manual específico de funciones y competencias laborales de los empleos adscritos a la administración central departamental del Magdalena, que incluye lo atinente para el empleo de Gobernador, código 001, grado 07.
5. Formato Único hoja de Vida, en el que se indica que nació el 18 de enero de 1987 en Santa Marta, es bachiller académico, estudia administración de empresas (novenno semestre) y acredita como experiencia, 2 años y 6 meses en el cargo de Diputado de la Asamblea del Magdalena.
6. Fotocopia de la cédula de ciudadanía y de la libreta militar.

1.1.1. Descripción de la conducta.

El señor LUIS MIGUEL COTES HABEYCH, en su condición de gobernador del departamento del Magdalena para el periodo 2012-2015, pudo incurrir en la falta disciplinaria prevista en el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, al **participar en la etapa precontractual y en la actividad contractual de la estructuración y ejecución del proyecto de inversión pública e infraestructura conocido como VÍA DE LA PROSPERIDAD** para el mejoramiento de la vía Palermo – Sitio Nuevo – Remolino – Guáimaro en el departamento del Magdalena parecer por desconocimiento de los principios de **economía y responsabilidad** que rigen la contratación pública.

El proyecto de inversión pública e infraestructura vial se financió con recursos de la Nación, por valor de \$266.900 millones de pesos, según el documento CONPES 3742 del 15 de abril de 2013, que lo declaró como de **importancia estratégica para la región caribe y el país**; y del Sistema General de Regalías, en la suma de \$200.000 millones de pesos, según acta No

2

IUS E-2017-519707 /IUC-D-2017-956399
Auto: Fallo de primera instancia-30-09-2020
Caso: Proyecto Vía La Prosperidad – Gobernación de Magdalena
CJOM/OLSC



002 del 10 de septiembre de 2012 del Órgano Colegiado de Administración y Decisión OCAD Región Caribe, y Acuerdo 001 de 2012, que aprobaron, viabilizaron e impartieron instrucciones para su financiación, **designando a la Entidad Territorial del Magdalena como ejecutor del proyecto**, para un total de \$466.900 millones de pesos de recursos públicos, los cuales se **materialización a través de la licitación pública LP-DM-007-2012, la celebración del convenio específico 649 de 2013 y el contrato de obra pública 617 de 2013.**

Se considera que pudo desatender el **principio de economía** consagrado en los numerales 7° y 12¹ de la Ley 80 de 1993 que rige la contratación pública, en el cual se halla inmersa la planeación, dado que adelantó la contratación para la realización de la obra para el mejoramiento de la vía Palermo – Sitio Nuevo – Remolino - Guáimaro , en el departamento del Magdalena, mediante la adjudicación de la licitación pública LP-DM-07-201 y la celebración del contrato de obra pública 617 de 2013 con **posibles deficiencias técnicas en la planeación del proceso constructivo del corredor vial**, toda vez que se adelantó (i) con estudios y diseños desactualizados que fueron elaborados en el 2008 y 2009 para ser ejecutados a partir del año 2013 sin tener en consideración la ola invernal de los años 2010 y 2011 o fenómeno de la niña que cambió las condiciones de la carretera objeto del proyecto, y (ii) con un presupuesto definitivo desfasado y sin sustento en el que se modificaron las especificaciones del material que se proponía, utilizar para la construcción de los terraplenes, específicamente en el tramo Palermo – Sitio nuevo, de *Afirmado, a Terraplén*, sin ajustar el ítem de transporte de material, ni considerar el fenómeno de la ola invernal que generó un mayor aumento en la altura y volumen de los terraplenes, así como iniciar la obra sin considerar que las fuentes de materiales existentes cumplieran con las especificaciones técnicas y condiciones legales.

Se considera que pudo conculcar el **principio de responsabilidad** consagrado en los numerales 1° 4° y 5° del artículo 26 de la Ley 80 de 1993, dado que teniendo la responsabilidad de la dirección y manejo de la actividad contractual, del proceso de selección del contratista a través de la licitación pública LP-DM-007-2012, y de la administración de bienes ajenos, entendidos por éstos los recursos que le fueron asignados, al parecer no cumplió los fines de la contratación objeto del proyecto vía de la prosperidad para el mejoramiento de la carretera Palermo Sitio Nuevo Remolino Guáimaro en el departamento del Magdalena, pues como consecuencia de las deficiencias en la planeación contractual imputable en este momento al señor Luis Miguel Cotes Habeych, en su condición de gobernador del Magdalena, se pudo ver afectado el alcance físico del proyecto, de 52.6 km para 3 tramos (a) Palermo – Sitio Nuevo, (b) Sitio Nuevo -Remolino y (c) Remolino – Guáimaro a 1 tramo de la vía, esto es Palermo Sitio Nuevo en 18 kilómetros aproximados, toda vez por un contrato de obra terminó pagándose mayores cantidades de transporte, pues el ítem 900.2 Transporte de materiales provenientes de la excavación, canales y préstamos para distancias mayores de mil metros (1.000 M) tuvo un aumento considerable

¹ Modificado por el artículo 87 de la Ley 1474 de 2011.



del 779.7569%, incrementando el valor en \$112.436.189.280,00², aunado a que con ocasión de la falta de definición, existencia y validación de canteras o fuentes de materiales viables técnica y jurídicamente para el momento de inicio de la obra, se presentó una diferencia total en costo de transporte del material de terraplén con relación a la cantera más cercana a Palermo, de \$1.279.878.988,52, suma de que correspondería al valor que se hubiera dejado de reconocer al contratista por concepto de transporte de material de Terraplén, si se hubiera transportado desde la cantera La Fontana, una vez en firme la Resolución³ No. 000379 de 1 de julio de 2015 (a partir del mes de marzo de 2016).

1.1.2. Normas violadas

Se consideró que el disciplinado pudo incurrir **en el tipo previsto en el artículo 48 numeral 31 de la ley 734 de 2002** que señala:

Artículo 48. *Faltas gravísimas*. Son faltas gravísimas las siguientes:

31. Participar en la etapa precontractual o en la actividad contractual, (...) con desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal (...) contemplados en la ley.

Lo anterior por desatención de las siguientes disposiciones en la forma descrita en el pliego de cargos en el capítulo relacionado con las normas violadas y el concepto de violación:

- **LEY 80 DE 1993** por la cual se expide el estatuto general de la contratación de la administración pública. Artículos 3°, 11, 23, 26, numerales 1° 4° y 5°; artículo 25 numeral 7°
- **DE LA LEY 1474 DE 2011**. Artículo 87
- **LEY 1530 DE 2012**. Artículo 28.
- **DECRETO 734 DEL 13 DE ABRIL DE 2012** Por el cual se reglamenta el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y se dictan otras disposiciones, artículo 2.1.1.
- **DECRETO 071 DE 2018 (DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA)** Por el cual se actualiza el manual específico de funciones, requisitos y competencias laborales de los empleos adscritos a la administración central departamental del Magdalena, para el empleo de GOBERNADOR, identificado con el código 001, grado 07.
- **ACUERDO No. 23 DEL 25 DE MAYO DE 2015 OCAD CARIBE** por medio del cual se adoptan decisiones relacionadas con proyectos de inversión financiados o cofinanciados con recursos del Sistema General de Regalías SGR. Artículo 10:
- **DECRETO NUMERO 373 DEL 29 DE JUNIO DE 2012** – por el cual se adopta el manual de contratación del Departamento del Magdalena
- **CONVENIO INTERADMINISTRATIVO No. 1266 DE 2012** que tiene por objeto aunar esfuerzos entre el Departamento del Magdalena y el Instituto Nacional de Vías INVIAS con el fin de adelantar los trámites necesarios tendientes al mejoramiento de la vía Salamina – Palermo – Código 2702. CLÁUSULA QUINTA. OBLIGACIONES DEL DEPARTAMENTO.

² Con corte al 31 de octubre de 2016 y acta modificatoria número 5

³ Folio 133 del anexo 12. Documento dentro del CD.



- CONVENIO ESPECÍFICO DE COOPERACIÓN No. 649 DE 2013 que tiene por objeto aunar esfuerzos técnicos y financieros para el mejoramiento de la vía Palermo - Sitio Nuevo – Remolino - Guáimaro en el Departamento de Magdalena en el marco del Convenio Interadministrativo No. 1266 de 2012. CLÁUSULA NOVENA. OBLIGACIONES DEL DEPARTAMENTO.

1.1.3. Calificación provisional de la falta, culpabilidad e Ilícitud sustancial

En cuanto a la categoría de la **ilícitud disciplinaria**, según las voces del artículo 5 del estatuto disciplinario, se consideró que el posible desconocimiento de los deberes funcionales a cargo del disciplinable podría ser sustancial e impactar, sin justificación alguna, los principios de **economía y eficiencia** que rigen la función pública y respecto al grado de culpabilidad, se consideró que el investigado actuó a título de **culpa gravísima por desatención elemental**. Finalmente fue calificada de manera provisional la **falta disciplinaria como gravísima**

1.2. ROSA COTES DE ZÚÑIGA: Identificación e individualización.

La señora ROSA COTES DE ZÚÑIGA, identificada con la cédula de ciudadanía número 36.539.388 expedida en Santa Marta, se posesionó en el cargo de GOBERNADORA DEL DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA el 1° de enero de 2016, para el periodo constitucional 2016-2019.

Como pruebas que acreditan su elección, designación y posesión en el cargo de gobernador del Magdalena la jefe de oficina de talento humano de la gobernación de Magdalena remitió mediante oficio E-2017-028177 del 11 de octubre de 2017, la siguiente documentación (folios 687, y 708 a 725 c.p. 3)

1. Copia escritura pública No. 0042 del 13 de enero de 2012 – protocolización de la Notaría Primera del Circuito de Santa Marta y acta de posesión de fecha 1° de enero de 2012.
2. Certificación laboral de fecha 11 de octubre de 2017
3. Credencial electoral expedida el 22 de noviembre de 2015 por los delegados del Consejo Nacional Electoral que acredita que la señora Rosa Cotes de Zúñiga, identificada con la cédula de ciudadanía número 36.539.388 fue elegida gobernadora por el departamento del Magdalena para el periodo 2016 1 2019 por el partido *Cambio Radical*.
4. Decreto número 0235 del 8 de junio de 2017, por el cual se ajusta el manual específico de funciones, requisitos y competencias laborales de los empleos adscritos a la administración central departamental del Magdalena, que incluye lo atinente para el empleo de Gobernador, código 001, grado 07.
5. Formato Único hoja de Vida, en el que se indica que nació el 30 de julio de 1958 en Santa Marta, es bachiller, no se registran otros estudios, y acredita como experiencia 6 años en los cargos de gestoría social de la Gobernación de Magdalena y Alcaldía de Santa Marta, así como Secretaría Ejecutiva de la Gobernación de Magdalena y Puertos de Colombia.
6. Fotocopia de la cédula de ciudadanía.

5



1.2.1. Descripción de la conducta

La señora ROSA COTES DE ZÚÑIGA , en su condición de gobernadora del departamento de Magdalena para el periodo 2016-2019, pudo incurrir en la falta disciplinaria prevista en el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, al **participar en la actividad contractual de la ejecución del proyecto de inversión pública e infraestructura conocido como VÍA DE LA PROSPERIDAD** para el mejoramiento de la vía Palermo – Sitio Nuevo – Remolino – Guáimaro en el departamento del Magdalena parecer por desconocimiento del **principio de responsabilidad** que rige la contratación pública en armonía con el **principio de eficacia** de la función administrativa.

El proyecto de inversión pública e infraestructura vial se financió con recursos de la Nación, por valor de \$266.900 millones de pesos, según el documento CONPES 3742 del 15 de abril de 2013 que lo declaró como de **importancia estratégica para la región caribe y el país**; y del Sistema General de Regalías, en la suma de \$200.000 millones de pesos, según acta No 002 del 10 de septiembre de 2012 del Órgano Colegiado de Administración y Decisión OCAD Región Caribe, y Acuerdo 001 de 2012, que aprobaron, viabilizaron e impartieron instrucciones para su financiación, **designando a la Entidad Territorial del Magdalena como ejecutor del proyecto**, para un total de \$466.900 millones de pesos de recursos públicos, los cuales se **materialización a través de la licitación pública LP-DM-007-2012, la celebración del convenio específico 649 de 2013 y el contrato de obra pública 617 de 2013.**

Se consideró que pudo conculcar el **principio de responsabilidad** consagrado en los numerales 1° 4° y 5° del artículo 26 de la Ley 80 de 1993, dado que teniendo la responsabilidad de la dirección y manejo de la actividad contractual, del contrato 617 de 2013 a través del cual se ejecutaría el proyecto vía de la prosperidad, y de la administración de bienes ajenos, entendidos por éstos los recursos que le fueron asignados, **al parecer no cumplió los fines de la contratación objeto del proyecto vía de la prosperidad para el mejoramiento de la carretera Palermo Sitio Nuevo - Remolino - Guáimaro en el departamento del Magdalena**, pues como consecuencia de las deficiencias en la planeación contractual imputable en este momento al señor Luis Miguel Cotes Habeych, en su condición de gobernador del Magdalena, se pudo ver afectado el alcance físico del proyecto, de 52.6 km para 3 tramos (a) Palermo – Sitio Nuevo, (b) Sitio Nuevo -Remolino y (c) Remolino – Guáimaro a 1 tramo de la vía, esto es Palermo Sitio Nuevo en 18 kilómetros aproximados, toda vez por un contrato de obra terminó pagándose mayores cantidades de transporte, pues el ítem 900.2 Transporte de materiales provenientes de la excavación, canales y préstamos para distancias mayores de mil metros (1.000 M) tuvo un aumento considerable del 779.7569%, incrementando el valor en \$112.436.189.280,00⁴, aunado a que con ocasión de la falta de definición, existencia y validación de canteras o fuentes de materiales viables técnica y jurídicamente para el momento de inicio de la obra, se presentó una diferencia total en costo de transporte del material de terraplén con relación a la cantera más cercana

⁴ con corte al 31 de octubre de 2016 y acta modificatoria número 5



a Palermo, de \$1.279.878.988,52, suma de que correspondería al valor que se hubiera dejado de reconocer al contratista por concepto de transporte de material de Terraplén, si se hubiera transportado desde la cantera La Fontana, una vez en firme la Resolución⁵ No. 000379 de 1 de julio de 2015 (a partir del mes de marzo de 2016).

Igualmente se considera que pudo verse conculcado el **principio de responsabilidad en armonía con el principio de eficacia** acorde con lo señalado en el artículo 209 de la Constitución Política, desarrollado legalmente en los artículos 3° de la Ley 489 de 1998, 3° de la Ley 1437 de 2011, 3° de la Ley 80 de 1993 y 8° de la Ley 42 de 1993, pues al parecer las acciones emprendidas por la gobernadora Rosa Cotes de ZÚÑIGA ejecutora del proyecto de inversión pública vía de la prosperidad y garante de la correcta vigilancia y ejecución del contrato 617 de 2013 no fueron orientadas a resultados reales y efectivos en la menor oportunidad posible teniendo la obligación de actuar con determinación y prontitud en el logro efectivo de los cometidos y fines del proyecto vía de la prosperidad a partir del cual las necesidades de la comunidad se irían a satisfacer mediante la contratación aludida.

Es así como la **presunta demora en atender la solicitud de inicio de un proceso sancionatorio y de multas al contratista Consorcio Ribera Este**, apoyándose en un formalismo, no obstante las múltiples solicitudes de la interventoría que basada en los informes de interventoría daban cuenta de los incumplimientos parciales desde principios del año 2016, al punto que de manera expresa se le impuso esta obligación a la gobernación de Magdalena, en el adicional 1 y modificatorio 3 al convenio específico de cooperación del 28 de diciembre de 2016, retrasando la efectividad que conlleva el apremio y multas al contratista, hasta el momento en que el interventor le hizo relación de todos los oficios que daban cuenta de los requerimientos ya efectuados, soportado en informes de interventoría que mensualmente ya había entregado y cuantificado el valor de la multa, que corresponde hacerlo a la administración, pero que sin embargo el interventor también, ya le había expresado su voluntad de hacerlo si así lo demanda la administración, sin obtener respuesta. Precisamente por medio de este apremio, previo inicio del proceso sancionatorio, lo que se busca era constreñir al contratista a su cumplimiento y ello solo se vino a dar en el junio 11 del 2017, decisión que luego del consecuente recurso de reposición y actos aclaratorios se libró mandamiento de pago el 17 de abril de 2018 por valor de \$982.473.320 respecto de la inicialmente señalada por \$15.616.000.000, menoscabando así la efectividad que esta tendría frente a la organización y direccionamiento de la actividad contractual y al aseguramiento de los intereses públicos por parte de la administración departamental.

Igualmente se considera que **estos principios pudieron verse desatendidos debido a la deficiente oportunidad y eficacia para regularizar la ejecución del contrato de obra 617 de 2013** mediante la adopción de decisiones que solucionaran en el menor tiempo posible y con la mayor contundencia las situaciones presentadas por las fallas en la estructuración y

⁵ Folio 133 del anexo 12. Documento dentro del CD.



planeación endilgadas al anterior gobernador departamental, y que dificultaban la buena marcha del proyecto en los tiempos establecidos.

Lo expuesto porque si bien es cierto la gobernadora Rosa Cotes asumió su mandato el 1° de enero de 2016, desde el 2015 con ocasión de las advertencias y hallazgos realizados por la interventoría, también conocidas por el equipo de apoyo a la supervisión de la gobernación, ya se avizoraba que el alcance y meta física del contrato con el presupuesto establecido y tiempos pactados no sería factible cumplir, situación que ella conoció al inicio de su gestión a través de las comunicaciones enviadas, reuniones, proceso de empalme, en las que participó, informes de interventoría, por ende efectuar la regularización era una actividad importante para atender con prontitud, sin embargo esta demanda prácticamente desde enero de 2016 a septiembre de 2017, la cual, sin embargo, con la suscripción del modificatorio número 6 al contrato 617 de 2013 aún no puede considerarse eficaz pues sigue presentando fallas en la definición de la gestión predial y el inicio oportuno de las actividades de obra que empezó solo hasta finales de noviembre de 2017.

Finalmente se considera **que la imposición de la medida de suspensión de giros de los recursos del sistema general de regalías por parte el Departamento Nacional de Planeación mediante la Resolución 4450 del 25 de noviembre de 2016, confirmada por la Resolución 1728 del 6 de junio de 2017, ambas proferidas en el marco del procedimiento preventivo PAP-1352-16 evidencia la posible desatención de los principios aquí cuestionados** toda vez que al parecer el liderazgo y gestión adelantada por la gobernadora departamental no fue eficaz en la medida que por la desatención a los planes de mejora que la misma entidad territorial formuló ante el Departamento Nacional de Planeación conllevaron a que esta entidad, mediante un procedimiento administrativo, señalara formalmente su incumplimiento acarreado la consecuencia de la suspensión de recursos económicos importantes para asegurar la continuidad del proyecto y su cabal ejecución al cual estaba obligada a garantizar.

Quiere decir lo anterior, que ante el incumplimiento de las acciones de mejora planteadas por el Departamento ante el DNP en relación con las observaciones y hallazgos por insuficiencias y deficiencias técnicas en el proyecto de inversión conocido como VIA DE LA PROSPERIDAD, catalogado por esa entidad como un **proyecto crítico**⁶ al no tener garantizada su sostenibilidad y funcionalidad, lo cual se traduce en un proyecto con un alto riesgo de no cumplir con su alcance y no servir para el propósito para el cual fue aprobado, la suspensión preventiva de los giros abarca los recursos provenientes del sistema general de regalías, es decir sobre los recursos con apropiaciones presupuestales, así como los de la cuenta bancaria provenientes del SGR y los que estuvieran pendiente de giro por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, destinados a la financiación del proyecto descrito, por un valor de setenta y cinco mil doscientos ochenta y cuatro millones cuatrocientos sesenta y un mil quince pesos

⁶ Oficio DNP No. 20174460135901 del 22 de febrero de 2017



(\$75.284.461.015), del Fondo de Desarrollo Regional y del Fondo de Compensación Regional 60%.⁷

1.2.2. Normas violadas

Se estimó que la disciplinada pudo incurrir **en el tipo previsto en el artículo 48 numeral 31 de la ley 734 de 2002** que señala:

Artículo 48. *Faltas gravísimas.* Son faltas gravísimas las siguientes:

31. Participar en la etapa precontractual o en la actividad contractual, (...) con desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal (...) contemplados en la ley.

Lo anterior por desatención de las siguientes disposiciones en la forma descrita en el pliego de cargos en el capítulo relacionado con las normas violadas y el concepto de violación:

- **CONSTITUCIÓN POLÍTICA.** Artículos 2° y 209.
- **LEY 80 DE 1993** por la cual se expide el estatuto general de la contratación de la administración pública. Artículos 3°, 11, 23, 26, numerales 1° 4° y 5°;
- **LEY 42 DE 1993.** Artículo 8o.
- **LEY 489 DE 1998.** Artículos 3° y 4°
- **LEY 1437 DE 2011.** Artículo 3o. numeral 11.
- **LEY 1474 DE 2011.** Artículos 83 y 84.
- **LEY 1530 DE 2012.** Artículo 28. Ejecución de proyectos de inversión
- **DECRETO NUMERO 372 DEL 29 DE JUNIO DE 2012,** por el cual se adopta el manual de contratación del Departamento del Magdalena.
- **DECRETO NUMERO 372 DEL 29 DE JUNIO DE 2012,** por el cual se adopta el manual de contratación del Departamento del Magdalena.
- **DECRETO 414 DEL 12 DE MARZO DE 2013:** Por el cual se reglamenta el Sistema de Monitoreo, Seguimiento, Control y Evaluación -SMSCE- del Sistema General de Regalías -SGR- y se dictan otras disposiciones. Artículo 2 artículo 4. responsabilidad de los órganos y actores del simsce.
- **ACUERDO No. 23 DEL 25 DE MAYO DE 2015 OCAD CARIBE** por medio del cual se adoptan decisiones relacionadas con proyectos de inversión financiados o cofinanciados con recursos del Sistema General de Regalías SGR. Artículo 10:
- **CONVENIO INTERADMINISTRATIVO No. 1266 DE 2012** que tiene por objeto aunar esfuerzos entre el Departamento del Magdalena y el Instituto Nacional de Vías INVIAS con el fin de adelantar los trámites necesarios tendientes al mejoramiento de la vía Salamina – Palermo – Código 2702. CLÁUSULA QUINTA. OBLIGACIONES DEL DEPARTAMENTO.
- **CONVENIO ESPECÍFICO DE COOPERACIÓN No. 649 DE 2013** que tiene por objeto aunar esfuerzos técnicos y financieros para el mejoramiento de la vía Palermo - Sitio Nuevo – Remolino -Guáimaro en el Departamento del Magdalena en el marco del Convenio Interadministrativo No. 1266 de 2012. CLÁUSULA NOVENA. OBLIGACIONES DEL DEPARTAMENTO.

⁷ Ver folio 1184. Oficio DNP 20184460332061 del 25-05-2018



1.2.3. Calificación provisional de la falta disciplinaria, Ilícitud sustancial y culpabilidad

En cuanto a la categoría de la **ilícitud disciplinaria**, según las voces del artículo 5 del estatuto disciplinario, se consideró que el posible desconocimiento de los deberes funcionales a cargo del disciplinable podría ser sustancial e impactar, sin justificación alguna, los principios de **eficacia y eficiencia** que rigen la función pública y respecto del grado de culpabilidad, se consideró que el investigado actuó a título de **culpa gravísima por desatención elemental**. Finalmente fue calificada de manera provisional la **falta disciplinaria como gravísima**

II. ANTECEDENTES

2.1. La noticia, queja o informe que origina la actuación disciplinaria

Con fundamento en el informe de finalización del 21 de marzo de 2017, producido en el proceso preventivo que adelantó la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Preventiva de la Función Pública con el objetivo de «Actuar como tercero imparcial en los acercamientos realizados entre el Instituto Nacional de Vías y la Gobernación de Magdalena para lograr que las partes puedan regularizar o normalizar la ejecución del contrato 617 de 2013» se dio inicio a la presente actuación disciplinaria bajo la radicación IUS-E-2017-519707/IUC-D-2017-956399 por posibles irregularidades en la ejecución del proyecto vía de la prosperidad para el mejoramiento de la carretera Palermo – Sitio Nuevo – Remolino – Guáimaro, en el Departamento del Magdalena.

El 20 de abril de 2017, el Procurador General de la Nación mediante oficio 00134 puso en conocimiento de este Despacho el artículo divulgado en el portal de la Silla Vacía, en el cual se denuncian presuntas irregularidades e inconsistencias de las distintas etapas de la contratación y ejecución de las obras de la vía de la prosperidad para que sean valorados dentro de las diligencias que adelanta esta Delegada sobre dicha temática (folios 153-160)

2.2. Actuaciones procesales.

El 5 de mayo de 2017, esta Delegada ordenó abrir **indagación preliminar**, en averiguación de responsables, al considerar que del material documental que originó la presente actuación disciplinaria se advierte la existencia de posibles irregularidades, al parecer constitutivas de falta disciplinaria, referidas principalmente a la ejecución del contrato 617 de 2013 para el mejoramiento de la vía Palermo- , Sito Nuevo- Remolino - Guáimaro en el departamento del Magdalena, el posible incumplimiento del programa de inversiones del contrato de

10

IUS E-2017-519707 /IUC-D-2017-956399
Auto: Fallo de primera instancia-30-09-2020
Caso: Proyecto Vía La Prosperidad – Gobernación de Magdalena
CJOM/OLSC



obra 617 de 2013 y la omisión de iniciar proceso sancionatorio de imposición de multas al contratista de obra, CONSORCIO RIBERA, no obstante las advertencias efectuadas por el interventor del contrato, CONSORCIO CI sobre la desatención de las obligaciones contractuales (folio 165-167).

En esta decisión se solicitó la colaboración de la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales para que realizara un informe técnico y financiero respecto de la ejecución y cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista en virtud del contrato de obra 617 de 2013, teniendo en cuenta el cronograma de obra establecido, las especificaciones técnicas objeto de la obra, el programa de inversiones del contrato de obra, el avance físico de obra y estado financiero de pagos, el monto total de recursos destinados e invertidos para ejecutar la totalidad de la obra, la definición de estudios y diseños, entre otros aspectos que consideren necesarios, así como frente a las medidas adoptadas por el contratante para el cumplimiento de las obligaciones contractuales y los avances o mejoras obtenidos como consecuencia de estas acciones, si ello ocurrió.

El 30 de junio de 2017 se ordenó la práctica de pruebas de oficio, disponiendo adelantar visitas especiales en la Gobernación de Magdalena, el INVIAS⁸, al Departamento Nacional de Planeación⁹ y a la Contraloría General de la República con el fin de conocer las actuaciones adelantadas en relación con los hechos expuestos por el portal web *Las 2 orillas*¹⁰. Asimismo se libraron oficios con destino a los Tribunales Superiores de Barranquilla¹¹ y Santa Marta¹², Tribunales Administrativos de Magdalena¹³ y Atlántico¹⁴, Corte Constitucional¹⁵ y Consejo de Estado¹⁶ solicitando copia de las decisiones adoptadas en relación la contratación para el mejoramiento de la vía Palermo – Sito Nuevo – Remolino – Guáimaro , en el Departamento del Magdalena, pruebas que fueron realizadas y allegadas al expediente (folios 215-250 c.p.1, cuaderno principal 2, cuadernos anexos 1 al 3 y 7 al 11).

El 28 de julio de 2017 se recibió en este Despacho el expediente IUS-2017-25756 / IUC-D-2017-933772 proveniente de la Procuraduría Segunda Delegada para la Contratación Estatal relacionado por el hallazgo número 6 de la auditoria adelantada por la Contraloría General de la República al proyecto vial La Prosperidad en el cual se advierten posibles irregularidades en la ejecución del contrato 617 de 2013, derivadas de un posible sobrecosto por \$32.616.3 por costos

⁸ Folios 295-348, 484-489, 564-575 c.p.2, 584-608 c.p.3

⁹ Folios 349-483

¹⁰ <https://www.las2orillas.co/revent-escandalo-la-via-la-prosperidad-magdalena/>

¹¹ Folio 522, 558-559, CD folio 563 c.p.2

¹² Folio 523, CD folio 563 c.p.2

¹³ Folio 521, 526-552, 560-562. CD folio 563 c.p.2

¹⁴ Folio 525, CD folio 563 c.p.2

¹⁵ Folio 555, CD folio 563 c.p.2, 576 cp3

¹⁶ Folios 553-554, 557, CD folio 563 cp2, 577 cp3



de transporte de materiales para terraplén. El expediente fue incorporado a esta actuación, según lo ordenado en auto del 4 de agosto de 2017 (folio 38 cuaderno anexo 6).

El 28 de julio de 2017 los profesionales¹⁷ comisionados por el Director Nacional de Investigaciones Especiales rindieron el correspondiente informe técnico y financiero¹⁸, con visto bueno del jefe de esa Dependencia de fecha 11 de septiembre de 2017 y recibido en esta Delegada en esa fecha. (Folios 251-279 y cuadernos anexos 4 y 5).

El 21 de septiembre de 2017 se ordenó abrir **investigación disciplinaria** al señor LUIS MIGUEL COTES HABEYCH en su condición de Gobernador del Departamento del Magdalena para el periodo 2012-2015 y a la señora ROSA COTES DE ZÚÑIGA, en su calidad de Gobernadora del Departamento del Magdalena y ejecutores del proyecto de inversión conocido como VIA DE LA PROSPERIDAD, por las **posibles irregularidades presentadas durante la implementación y ejecución del proyecto para el mejoramiento de la vía Palermo – Sito Nuevo – Remolino – Guáimaro - en el Departamento del Magdalena**, en orden a establecer si durante su gestión incurrieron en actuaciones desapegadas del ordenamiento jurídico, o que hubieren quebrantado los principios de la contratación estatal o la función administrativa, o en detrimento del patrimonio público, o que hubieren buscado favorecer económicamente a un tercero (folios 610-629 c.p.3).

En esta decisión se consideró que en el transcurso de la indagación preliminar se determinó la existencia de hechos adicionales a los referidos en el informe de finalización de la actuación preventiva seguida por la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Preventiva de la Función Pública, que advertía la existencia de posibles irregularidades al parecer constitutivas de falta disciplinaria, referidas principalmente a la ejecución del contrato 617 de 2013 para el mejoramiento de la vía Palermo- , Sito Nuevo- Remolino - Guáimaro en el departamento del Magdalena, proyecto conocido como Vía de la Prosperidad, por consiguiente de acuerdo a lo preceptuado en el inciso 6° del artículo 150 del CDU en concordancia con lo establecido en el artículo 81 ídem, se acotó investigarlos y decidirlos en este expediente, para lo cual la Procuraduría Primera Delegada para la Contratación Estatal y el Procurador Delegado, titular del Despacho, se encuentran ampliamente facultados para asumir la competencia disciplinaria y adoptar las decisiones que correspondan en primera instancia.

Igualmente se ordenó dar traslado a las partes del informe técnico y financiero de obra rendido durante la etapa de indagación preliminar por los profesionales expertos de la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales.

¹⁷ La prueba técnica fue atendida por el ingeniero civil Miguel Angel Soto y la Economista Janeth Cecilia Castillo Mahecha

¹⁸ Recibido el 11 de septiembre de 2017



Los investigados confirieron poder al doctor Jaime Lombana Villalba para que representara sus intereses en este proceso disciplinario, abogado que a su vez designó apoderada suplente, quien se notificó personalmente de la decisión de apertura de investigación y del traslado del informe técnico. Igualmente, la decisión quedó notificada por edicto fijado el 19 de octubre de 2017 y desfijado el 23 de octubre siguiente (folios 631-644 c.p.3)

El 30 de octubre de 2017 se ordenó a la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales aclarar y complementar el informe técnico y financiero de obra elaborado el 28 de julio de 2017, conforme a la solicitud presentada dentro de la oportunidad legal por el apoderado de las partes (folios 645-672 c.p.3)

El 15 de diciembre de 2017 el profesional experto en ingeniería civil Miguel Ángel Soto Roa emitió el informe complementario al informe técnico suscrito el 28 de julio de 2017; y el 22 de diciembre hizo lo propio la economista Yaneth Cecilia Castillo Mahecha respecto de los aspectos de su especialidad, quedando de esta manera atendidos y respondidos los planteamientos presentados por el apoderado y surtido el trámite de la prueba técnica. Lo anterior fue comunicado a los sujetos procesales conforme a lo ordenado en auto del 9 de enero de 2018 (folios 728-737 c.p.3; 1051-1052 c.p.5)

El 16 de noviembre de 2017 se ordenó la práctica de pruebas de oficio (folios 756-771 c.p.4)

El 25 de abril de 2018 se ordenó el traslado del informe técnico rendido el 17 de abril de 2018, por el ingeniero Miguel Ángel Soto Roa con el objeto de *“...determinar si en efecto en el transporte de materiales de terraplén, en el marco del contrato de obra 617 de 2013, se presentó un sobrecosto y por ende se generó un detrimento patrimonial, conforme a lo señalo por la Contraloría General de la República – Delegada para el Sector de Infraestructura- en el hallazgo número 6 del informe de auditoría efectuado a la vía de la prosperidad...”*, dado que este organismo consideró que la existencia de un posible detrimento en cuantía de \$32.616.3 millones de pesos (folios 858-861 c.p.4)

El 2 de febrero de 2018 este Despacho en decisión proferida en el expediente con radicación IUS-E-2017-861126 /IUC-D-2017-1053431 dispuso acumular esa actuación a este proceso disciplinario por considerar que los hechos aludidos en el oficio DG-112006 del 26 de octubre de 2018 de la Dirección del INVIAS en torno a presuntos incumplimientos en la ejecución del contrato 6187 de 2017 guardaban conexidad con los aquí investigados (folios 1073-1081 c.p.5).

El 9 de mayo de 2018 se accedió a la práctica de pruebas solicitadas por el apoderado de los investigados, se ordenaron de oficio otros medios de prueba y se remitió a la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales la solicitud de aclaración y complementación presentada por la defensa respecto del informe



técnico rendido el 17 de abril de 2018, la cual fue atendida el 14 de junio de 2018 y comunicadas a las partes conforme a lo ordenado por auto del 27 de junio siguiente (folios 1083-1095 y 1470-1480, 1659-1660 c.p.5 y 7).

El 7 de mayo de 2018 se recibieron las diligencias con radicación IUS-E-2018-062843 / IUC-D-2018-1084180 provenientes de la Procuraduría Regional del Magdalena relacionadas con irregularidades advertidas por la Subdirección de Control de la Dirección de Vigilancia de las Regalías del Departamento Nacional de Planeación, las cuales fueron incorporadas a este proceso disciplinario dada la conexidad con los hechos aquí investigados (folios 1481-1492 c.p.7).

El 12 de junio de 2018 se ordenó de oficio pruebas complementarias a las ordenadas por auto del 9 de mayo de 2018 (folios 1494-1498 c.p.7).

El 2 de agosto de 2018 se profiere auto por el cual se insiste en la práctica de las pruebas ordenadas por auto del 12 de junio de 2018 y se accede a la recepción de los testimonios solicitados por la defensa (folios 1708-1711 c.p.8).

El 21 de agosto de 2018 ante los nuevos elementos probatorios practicados y recaudados, este Despacho ordenó de oficio nuevas pruebas (folios 1777-1778 c.p.8).

El 28 de septiembre de 2018 se dispuso el **cierre de la investigación disciplinaria** cuya apertura fue ordenada por auto del 21 de septiembre de 2018, etapa instructiva en la cual se practicaron las pruebas requeridas de oficio y a petición de parte, se sometieron a contradicción los dictámenes, informes y conceptos técnicos allegados al plenario y se acumularon procesalmente otros expedientes dada la conexidad con los hechos investigados. La decisión fue comunicada a los sujetos procesales, notificada por estado fijado el 4 de octubre de 2018 y contra ésta no se interpuso recurso de reposición, según constancia secretarial expedida el 17 de octubre siguiente, quedando en firme el 9 de octubre hogaño (folios 2136-2144 c.p.10).

El 19 y 20 de septiembre de 2018, los investigados Luis Miguel Cotes Habeych y Rosa Cotes de Zúñiga, rindieron versión libre y espontánea dentro del término probatorio de la investigación disciplinaria, aportaron documentos, los cuales se incorporaron al expediente para su valoración junto con los aportados por el apoderado el 19 de septiembre de 2018 (ver folios 1898 a 2132 c.p.10).

El **31 de mayo de 2019** se profirió pliego de cargos en contra de los disciplinables Luis Miguel Cotes Habeych y Rosa Cotes de Zúñiga, como ejecutores del proyecto de inversión pública conocido como vía de la prosperidad por la posible incursión en la falta gravísima descrita en el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002 a título de culpa gravísima por desatención elemental (folios 2161 a 2376, cuaderno 10).



El 26 de junio de 2019, dentro del término probatorio establecido en el artículo 166 de la Ley 734 de 2002 se radicaron los descargos de los disciplinados, incluida solicitud de pruebas, petición de nulidad y aporte de documentos. El memorial de descargos obra en folios 2380 a 2468 y los documentos allegados en los folios 2469 a 3390 cuadernos 11, 12 y 13

El 15 de octubre de 2019 se resolvió negativamente la solicitud de nulidad contra el auto de cargo, decisión notificada en debida forma y contra la cual no se interpuso recurso de reposición (folios 3417 a 3422 c.p.14)

El 15 de octubre de 2019 se accedió a la práctica de las pruebas solicitadas por la defensa y las ordenadas de oficio por el Despacho (folios 3409 a 3416 c.p.14)

El 18 de noviembre y 13 de diciembre de 2019 se ordenan pruebas de oficio por parte del Despacho con el fin de precisar, complementar o dar alcance a las decretadas el 15 de octubre de 2019 (folio 3536 y 3610 c.p.14)

El 30 de enero de 2020 se profiere auto ordenando traslado para alegatos de conclusión, notificado en debida forma, y el 25 de febrero de 2020, dentro de la oportunidad legal, el apoderado de los disciplinables presentó descargos (folios 3705 y 3720 a 3773 c.p. 15)

2.3. La competencia disciplinaria.

De conformidad con lo dispuesto en el literal c), del numeral 1° del artículo 25 del Decreto Ley 262 de 2000, en concordancia con el inciso cuarto, del artículo 19 de la Resolución Número 017 de 2000, proferida por el Procurador General de la Nación, este Despacho es competente para conocer en primera instancia los procesos disciplinarios que se adelanten contra los Gobernadores de Departamento.

De igual manera el 19 de abril de 2017, el Procurador General de la Nación mediante Resolución Número 128 asignó en la PROCURADURÍA PRIMERA DELEGADA PARA LA CONTRATACIÓN ESTATAL el conocimiento del expediente con radicación IUS-E-2017-519707 / IUC-D-2017-956399, y en consecuencia designó al titular del Despacho de esta Delegada como **funcionario especial**, quien actuará en los términos del numeral 19 del artículo 7° del Decreto Ley 262 de 2000 (folios 161-164 c.p.1).



2.4. Examen de garantías procesales y de defensa.

El Procurador General de la Nación, FERNANDO CARRILLO FLÓREZ, mediante circular 05 del 1 de septiembre de 2020 dispuso lo siguiente frente a la COMPETENCIA DISCIPLINARIA DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN LUEGO DE LA EXPEDICIÓN DE LA SENTENCIA DE LA CORTE IDH - CASO GUSTAVO PETRO CONTRA EL ESTADO COLOMBIANO

CONSIDERACIONES

El derecho disciplinario es una manifestación del ius puniendi estatal, que basado en el modelo de Estado Social de Derecho adoptado por el constituyente, tiene como objetivo principal ejercer un control respecto a la ejecución de las funciones públicas, para que estas se ajusten a los principios de eficiencia, moralidad, economía, transparencia y eficacia y así garantizar el cumplimiento de los fines esenciales del Estado.

Sobre el particular, la Corte Constitucional en sentencia C-028 de 2006 señaló:

“El ejercicio de la potestad disciplinaria es una de las más importantes manifestaciones del ius puniendi estatal, la cual tiene como objetivo fundamental prevenir y sancionar aquellas conductas que atenten contra el estricto cumplimiento de los deberes que se imponen a los servidores públicos u obstaculicen el adecuado funcionamiento de la administración pública, es decir, la potestad disciplinaria corrige a quienes en el desempeño de la función pública contraríen los principios de eficiencia, moralidad, economía y transparencia, entre otros, que necesariamente deben orientar su actividad.

(...) Así las cosas, al lado de la potestad de poder y organización propia de la administración pública, surge indispensablemente la existencia de una potestad disciplinaria, esto es, sancionadora, que se erija como una forma de corrección que redunde en beneficio de la comunidad o, en otras palabras, en el cumplimiento de los fines del Estado.

Es pertinente aclarar que la potestad disciplinaria no es un fin en sí mismo, sino que encuentra su razón de ser en el adecuado desarrollo de los cometidos estatales. Recordemos que el artículo 1 de la Carta Fundamental asigna al Estado colombiano el carácter de Estado Social de Derecho, por lo que resulta apenas obvio que una organización que se erige sobre el cumplimiento de determinadas funciones públicas, para efectos de la consecución de determinados fines sociales, forzosamente deba establecer los instrumentos idóneos para garantizar que dichas labores sean desarrolladas en correcta forma.

Es entonces en dicho marco, es decir, en el ámbito del Estado Social de Derecho, en el que debe analizarse el ejercicio de la potestad disciplinaria, pues la misma se constituye en un elemento de crucial importancia para efectos de la



consecución de los fines estatales, entre los que se destacan asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.”

El artículo 118 de la Constitución Política estableció que el Ministerio Público es ejercido por el Procurador General de la Nación, los procuradores delegados y los agentes del Ministerio Público ante las autoridades jurisdiccionales, a ellos les corresponde: i) la guarda y promoción de los derechos humanos, ii) la protección del interés público y iii) la vigilancia de las funciones públicas, lo cual se armoniza con lo ordenado en el artículo 124 superior, que establece que la ley debe determinar la responsabilidad de los servidores públicos (arts. 6 y 121) y la forma de hacerla efectiva.

Igualmente, la Carta Fundamental en el artículo 277 encomendó a esa institución: (i) vigilar el cumplimiento de la Constitución y las leyes; (ii) vigilar por el ejercicio eficiente y diligente de las funciones administrativas; (iii) ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas, inclusive las de elección popular; iv) ejercer preferentemente el poder disciplinario; v) adelantar las investigaciones correspondientes y, vi) imponer las respectivas sanciones conforme a la ley.

Así mismo, la Constitución Política en el artículo 278, señala la facultad del Procurador General de la Nación para “(...) desvincular del cargo, previa audiencia y mediante decisión motivada, al funcionario público que incurra en alguna de las siguientes faltas: infringir de manera manifiesta la Constitución o la ley; derivar evidente e indebido provecho patrimonial en el ejercicio de su cargo o de sus funciones (...)”

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte IDH, a través de sentencia del 8 de julio de 2020, en el caso Petro Urrego vs. Colombia, notificada al Estado colombiano el 19 de agosto de 2020, indicó que las funciones descritas en los artículos 277 y 278 de la Constitución Política son compatibles con la Convención Americana de Derechos Humanos; al respecto señaló:

“112. En el presente caso, el Tribunal constata que el artículo 277.6 de la Constitución Política de Colombia faculta al Procurador para “ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, inclusive las de elección popular; ejercer preferentemente el poder disciplinario; adelantar las investigaciones correspondientes e imponer las respectivas sanciones conforme a la ley”. Por su parte, el artículo 278 del texto constitucional establece que el Procurador ejercerá directamente la función de “1. Desvincular del cargo, previa audiencia y mediante decisión motivada, al funcionario público que incurra en alguna de las siguientes faltas [...]”. **La Corte observa que el primer período del inciso 6º del artículo 277 y el numeral primero del artículo 278 de la Constitución de Colombia admiten la posibilidad de ser interpretados de modo compatible con la Convención Americana y con el modelo de Estado de derecho establecido por el artículo 1º de la propia Constitución.**” (Resaltado propio)

Dentro del Sistema Internacional de Derechos Humanos, se encuentran la Convención Interamericana contra la Corrupción, aprobada por la Ley 412 de 1997 y declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-397 de 1998; y la Convención de



las Naciones Unidas contra la Corrupción adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, aprobada por la Ley 970 de 2005 y declarada exequible por la referida Corte en sentencia C-172 de 2006, disposiciones normativas que en su conjunto señalan la obligación del Estado de promover y fortalecer los mecanismos de control a través de órganos superiores para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción.

La Convención Interamericana contra la Corrupción, al referirse a la aplicación de la misma a actos de corrupción estableció:

“La presente Convención es aplicable a los siguientes actos de corrupción: a. El requerimiento o la aceptación, directa o indirectamente, por un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para sí mismo o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas; b. El ofrecimiento o el otorgamiento, directa o indirectamente, a un funcionario público o a una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para ese funcionario público o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas; c. La realización por parte de un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas de cualquier acto u omisión en el ejercicio de sus funciones, con el fin de obtener ilícitamente beneficios para sí mismo o para un tercero; d. El aprovechamiento doloso u ocultación de bienes provenientes de cualesquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo; y e. La participación como autor, co-autor, instigador, cómplice, encubridor o en cualquier otra forma en la comisión, tentativa de comisión, asociación o confabulación para la comisión de cualquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo (...).”

En cuanto a los efectos sobre el patrimonio del Estado, estableció que “(...) *para la aplicación de esta Convención, no será necesario que los actos de corrupción descritos en la misma produzcan perjuicio patrimonial al Estado.*”

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, respecto a la corrupción y de la necesidad que exista un control que evite y sancione su configuración, señaló en la Resolución No. 1 de 2018, lo siguiente:

“La corrupción tiene un impacto grave y diferenciado en el goce y ejercicio de los derechos humanos por parte de grupos históricamente discriminados, tales como las personas en situación de pobreza, las mujeres, los pueblos indígenas, los afrodescendientes, personas migrantes y las personas privadas de libertad y afecta de forma especialmente profunda a quienes son objeto de trata y tráfico de personas como los migrantes, niñas, niños y mujeres.

La corrupción tiene múltiples causas y consecuencias y en su desarrollo participan numerosos actores, tanto estatales como entidades privadas y empresas y por



ello se requiere el establecimiento de mecanismos efectivos para erradicarla con el fin de garantizar los derechos humanos.

La falta de transparencia de la gestión pública facilita la corrupción e impide el control ciudadano y el escrutinio de la prensa sobre asuntos críticos como la contratación pública y la gestión del presupuesto, en particular sobre gastos en infraestructura y programas sociales; las actividades de lobby; el conflicto de interés y sistemas de empleo público, así como el financiamiento de los partidos políticos y de las campañas políticas.

Que bajo el marco jurídico interamericano, los Estados tienen el deber de adoptar medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter para garantizar el ejercicio de los derechos humanos frente a las vulneraciones y restricciones que produce el fenómeno de la corrupción.” (Negrillas fuera de texto).

La Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, en su artículo 8 referente a los “Códigos de Conducta para funcionarios públicos¹⁹” indicó:

“1. Con objeto de combatir la corrupción, cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, promoverá, entre otras cosas, **la integridad, la honestidad y la responsabilidad entre sus funcionarios públicos.** 2. En particular, cada Estado Parte procurará aplicar, en sus propios ordenamientos institucionales y jurídicos, **códigos o normas de conducta para el correcto, honorable y debido cumplimiento de las funciones públicas (...)** 6. Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, **medidas disciplinarias o de otra índole contra todo funcionario público que transgreda los códigos o normas establecidos de conformidad con el presente artículo”.** (Negrillas fuera del texto).

Que el Conpes 167 de 2013 denominado: “Estrategia Nacional de la Política Pública Integral Anticorrupción”, estableció:

“La corrupción se puede entender como un fenómeno cíclico que se autorrefuerza y en donde sus causas y consecuencias se alimentan mutuamente. Factores como la desigualdad social, los inadecuados diseños institucionales, los incentivos perversos para el oportunismo, la impunidad frente a las prácticas corruptas, y la aceptación social de la corrupción son, en diferentes momentos,

¹⁹ El artículo 2° de la Convención anotada indica que por “funcionario público” se entenderá: i) toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un Estado Parte, ya sea designado o elegido, permanente o temporal, remunerado u honorario, sea cual sea la antigüedad de esa persona en el cargo; ii) toda otra persona que desempeñe una función pública, incluso para un organismo público o una empresa pública, o que preste un servicio público, según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte; iii) toda otra persona definida como “funcionario público” en el derecho interno de un Estado Parte. No obstante, a los efectos de algunas medidas específicas incluidas en el capítulo II de la presente Convención, podrá entenderse por “funcionario público” toda persona que desempeñe una función pública o preste un servicio público según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte;



simultáneamente causas y consecuencias del fenómeno. A partir de la revisión del estado del arte y los análisis recientes sobre el fenómeno, la corrupción se entiende como “el uso del poder para desviar la gestión de lo público hacia el beneficio privado”²⁰ Esto implica que las prácticas corruptas son realizadas por actores públicos y/o privados con poder e incidencia en la toma de decisiones y la administración de los bienes públicos.

La corrupción, por tanto, es un fenómeno complejo y multidimensional que incide negativamente en los ámbitos económico, social, cultural, político y ético de una sociedad; que además afecta las condiciones de vida de los ciudadanos y sus capacidades para el Desarrollo Humano.²¹ Su complejidad radica en que todas sus dimensiones son interdependientes; por ejemplo, las prácticas de corrupción en las esferas política o económica tienen consecuencias directas a nivel social en la provisión de bienes y servicios que garantizan el bienestar de la población”.

El artículo 48 numeral 1° de la ley 734 de 2002 señala como falta gravísima: *“Realizar objetivamente una descripción típica consagrada en la ley como delito sancionable a título de dolo, cuando se cometa en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo, o abusando del mismo.”*

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de las comunidades afrodescendientes desplazadas de la cuenca del río Cacarica (operación génesis) vs. Colombia, haciendo referencia a las sentencias de los casos de la “Masacre de Mapiripán” Vs. Colombia y Masacre de Santo Domingo vs. Colombia indicó respecto a la importancia del derecho disciplinario concomitante con el derecho penal, lo siguiente:

“395. Respecto de los procedimientos en el ámbito disciplinario, el Tribunal ha considerado que los mismos pueden ser valorados en tanto el examen contribuya al esclarecimiento de los hechos siendo decisiones relevantes, además, por el valor simbólico del mensaje de reproche que puede significar ese tipo de sanciones para funcionarios públicos y miembros de instituciones públicas. A su vez, en tanto tiende a la protección de la función administrativa y se orienta esencialmente a la corrección y control de los funcionarios públicos, una investigación de esta naturaleza puede complementar pero no sustituir a cabalidad la función de la jurisdicción penal (...)”

²⁰ Esta definición de trabajo fue elaborada por el equipo técnico del Pnud, y se basa en la definición propuesta por el Pnud a nivel global y en la revisión de literatura adelantado dentro del proceso de diagnóstico la Política Pública Integral Anticorrupción.

²¹ De acuerdo con la definición del Pnud (<http://www.pnud.org.co/sitio.shtml?apc=aAa020081--&volver=1>), el Desarrollo Humano “busca garantizar el ambiente necesario para que las personas y los grupos humanos puedan desarrollar sus potencialidades y así llevar una vida creativa y productiva conforme con sus necesidades e intereses. Esta forma de ver el desarrollo se centra en ampliar las opciones que tienen las personas para llevar la vida que valoran, es decir, en aumentar el conjunto de cosas que las personas pueden ser y hacer en sus vidas. Así el desarrollo es mucho más que el crecimiento económico, este es solo un medio uno de los más importantes para expandir las opciones de la gente.



El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, M.P. William Hernández Gómez en sentencia del 23 de julio de 2020 dentro del expediente No. 11001032500020170007300 (0301-2017), demandante: Samuel Moreno Rojas vs. Procuraduría General de la Nación, notificada el 20 de agosto del año en curso, expuso:

“Por el contrario, a raíz de los mencionados efectos y del plazo concedido, el Consejo de Estado concluyó que, mientras que se adoptan los ajustes en el ordenamiento interno, la competencia de la Procuraduría General de la Nación para destituir e inhabilitar servidores públicos de elección popular se mantiene incólume. (...)

Al respecto, la Sala destaca lo señalado por la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción y la Convención Interamericana contra la Corrupción, instrumentos normativos que permiten considerar que en asuntos como los que fueron objeto del proceso disciplinario las autoridades administrativas sí puedan restringir los derechos políticos, siempre y cuando se observen las garantías judiciales, conforme a lo señalado en el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos.”

La Corte IDH en los puntos resolutive de la sentencia citada, indicó:

“8. El Estado adecuará, en un plazo razonable, su ordenamiento jurídico interno a los parámetros establecidos en la presente Sentencia, en los términos de lo dispuesto en el párrafo 154 de la presente Sentencia (...)

10. El Estado, dentro del plazo de un año contado a partir de la notificación de esta Sentencia, rendirá al Tribunal un informe sobre las medidas adoptadas para cumplir con la misma, sin perjuicio de lo establecido en el párrafo 150 de la presente Sentencia.

11. La Corte supervisará el cumplimiento íntegro de esta Sentencia, en ejercicio de sus atribuciones y en cumplimiento de sus deberes conforme a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y dará por concluido el presente caso una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en la misma.”

Así las cosas, conforme a lo expuesto por la Corte IDH y el Consejo de Estado, es convencional, constitucional y legalmente válida la competencia disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación en relación con los servidores públicos de elección popular, mientras se realizan las reformas al ordenamiento jurídico que resulten pertinentes, en las condiciones previstas en dichas sentencias.

Que el Procurador General de la Nación como supremo director del Ministerio Público, con la presente circular analiza y formula lineamientos de interpretación mientras se expiden las reformas al ordenamiento jurídico ordenadas por la Corte IDH y en acatamiento de las decisiones de esa Corte y del Consejo de Estado;



RESUELVE

PRIMERO. Los servidores de la Procuraduría General de la Nación con funciones disciplinarias, adelantarán el proceso disciplinario contra servidores públicos de elección popular, así:

1.1 Cuando se trate de posibles faltas gravísimas que impliquen destitución e inhabilidad general, siempre y cuando: i) estas conductas tengan relación con hechos o asuntos constitutivos de corrupción en aplicación de los instrumentos internacionales de lucha contra la corrupción vigentes señalados en la parte motiva de esta circular o ii) se encuadre la conducta objetivamente en una descripción típica consagrada en la ley como delito sancionable a título de dolo, previa denuncia o traslado a las autoridades penales para actuar en el ámbito de sus competencias.

1.2 En los restantes procesos que no correspondan a las conductas antes descritas, podrán imponerse sanciones distintas a la destitución e inhabilidad general, mientras se realizan los ajustes normativos que ordenó la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del 8 de julio de 2020.

PARÁGRAFO. En todos los casos el operador disciplinario deberá garantizar la observancia del debido proceso y los derechos de contradicción y defensa.

SEGUNDO. Radicar en las próximas semanas una iniciativa legislativa para impulsar en el Congreso de la República los ajustes normativos puntuales dispuestos por la Corte IDH y la Sala Plena del Consejo de Estado, en las pluricitadas sentencias. **TERCERO.**

La presente circular rige a partir de la fecha de su publicación.

PUBLÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

FERNANDO CARRILLO FLÓREZ
Procurador General de la Nación

Así las cosas, y revisada la actuación procesal se observa que se han respetado y atendido las garantías del debido proceso y contradicción que les asiste a los disciplinables en condición de gobernadores del Magdalena elegidos por voto popular.

Como ya se anotó en precedencia, este despacho es el competente para el conocimiento de los hechos investigados y definir la responsabilidad disciplinaria de la conducta cuestionada de los señores ex gobernadores del departamento del Magdalena.

De la decisión de apertura de investigación disciplinaria fueron notificados en debida forma quienes designaron como apoderado principal al jurista JAIME LOMBANA

22

IUS E-2017-519707 /IUC-D-2017-956399
Auto: Fallo de primera instancia-30-09-2020
Caso: Proyecto Vía La Prosperidad – Gobernación de Magdalena
CJOM/OLSC



VILLABA, abogado que a su vez designó apoderado suplente y dependiente judicial, éste último revisaba de manera constante el expediente como consta en las actas de revisión de procesos disciplinarios.

Todas las pruebas solicitadas fueron decretadas y practicadas, y en las diligencias testimoniales estuvieron los apoderados suplentes a quienes se les garantizó su derecho a interrogar y contra interrogar. Incluso en la fase de juzgamiento, se concedieron los plazos legales para atender la imputación disciplinaria (cargos) y con ocasión de la solicitud de pruebas de descargos volvieron a decretarse todos los testimonios ya practicados en la instrucción con el fin que un nuevo apoderado suplente, distinto a los anteriores, pudiera precisar aspectos o darles alcance a otros. Los documentos aportados por la defensa fueron incorporados al proceso y todos, valorados probatoriamente.

Se dio oportunidad para interponer recursos contra las decisiones proferidas, derecho ejercido y en efecto sus alegaciones tuvieron respuesta debidamente sustentada y fundada. Asimismo, se expidieron las copias requeridas por la defensa algunas entregadas de manera física y otras virtualmente como consta en el expediente.

Igualmente, los sujetos procesales tuvieron oportunidad de presentar descargos, alegatos, los cuales han sido estudiados y atendidos por este Despacho. Igualmente, los disciplinables rindieron versión libre y espontánea, habiéndolo solicitado y dado el despacho la oportunidad para ello.

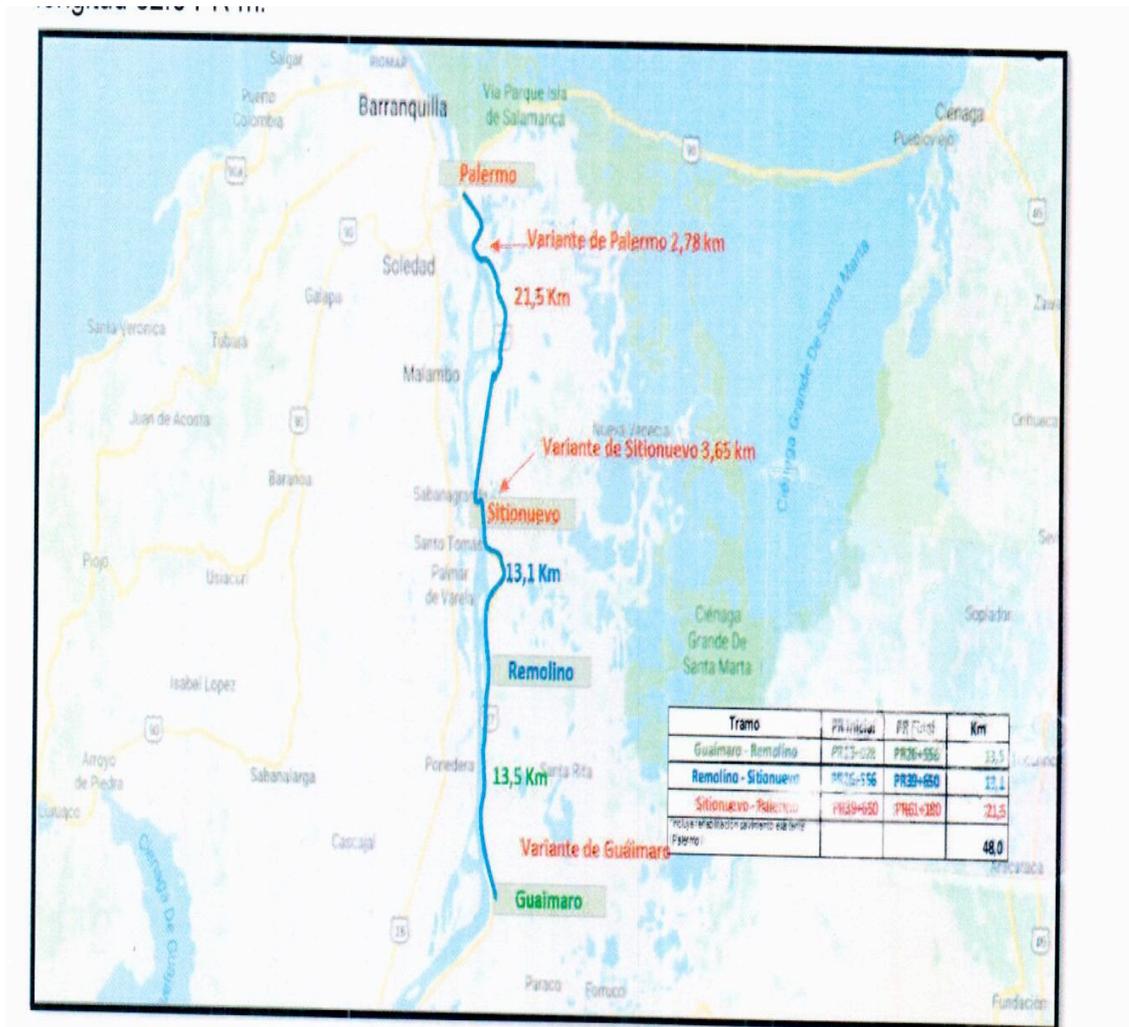
De manera que, no existiendo vicio alguno de nulidad o transgresión de las garantías procesales y defensa de los disciplinables, se procederá a definir lo que corresponda a la luz de la normatividad vigente, especialmente regida por la Ley 734 de 2002.

III. DESCRIPCIÓN, MATERIALIZACIÓN Y AVANCE DEL PROYECTO “VIA DE LA PROSPERIDAD”

3.1. DESCRIPCIÓN GENERAL Y LOCALIZACIÓN DEL PROYECTO²²

El proyecto de infraestructura conocido como VÍA DE LA PROSPERIDAD, fue **declarado de importancia estratégica para el país**, en el documento CONPES 3742 del 15 de abril de 2013, y corresponde al mejoramiento del tramo Guáimaro, Remolino- Sitio Nuevo – Palermo, con una intervención de 52.6 Km, que se conectará con la transversal del Magdalena (Fundación – Pivijay – Salamina)

²² Fuente: Informe interventoría número 7 -enero a junio de 2015



El proyecto tiene como objeto el “MEJORAMIENTO DE LA VÍA SALAMINA- SITIO NUEVO-PALERMO, EN EL DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA – TRAMO GUÁIMARO -REMOLINO-SITIO NUEVO-PALERMO”.

La vía se localiza en terreno plano correspondiente a la llanura de la margen derecha del río Magdalena y forma parte del ecosistema de la Ciénaga Grande.

Corresponde a una vía nacional a cargo del INVIAS, identificada con nomenclatura RUTA 27 dividida en dos sectores 2701 (Plato-Salamina y 2702 (Salamina - Palermo) ubicada en su totalidad en el departamento del Magdalena.

Se requiere adelantar actividades de mejoramiento de la vía, con el fin de mejorar el nivel de servicio y por ende la movilidad en la interconexión entre los municipios y los centros urbanos como Santa Marta y Barranquilla, asegurando el desarrollo local, regional y nacional. La vía se localiza en el departamento del Magdalena a una longitud 52.6 PR m.



El trazado actual de vía se localiza en el departamento del Magdalena y se encuentra al borde de la margen Este del río Magdalena; la longitud contratada para mejoramiento, es de 52,6 kilómetros divididos en 4 tramos como se muestra a continuación:

Tramos del Sector del Proyecto Palermo - Sitio nuevo Remolino – Guaimaro

No.	TRAMOS	ESTADO ACTUAL	ALCANCE DEL PROYECTO	LONGITUD (Km)
1	Palermo - Sitio Nuevo	Afirmado	Mejoramiento	22.8
2	Variante Palermo	Afirmado	Mejoramiento	3.1
3	Sitio Nuevo - Remolino	Afirmado	Mejoramiento	12
4	remolino - Guaimaro	Afirmado	Mejoramiento	14.7

52.6

Las actividades ejecutadas dentro del Contrato de obra, a las cuales se le realizará supervisión, comprenden:

Se intervendrá una longitud aproximada de 52,6 kilómetros distribuida en los tramos Palermo-Sitio nuevo (22,8 km), Variante Palermo (3,1 km), Sitio nuevo-Remolino (12,0 km) y Remolino - Guaimaro (14,7 km). Las obras consisten principalmente en aumentar el nivel actual de la vía para impedir los problemas de inundación en la misma y la colocación de una capa asfáltica, como parte de una estructura adecuada, incluyendo la construcción de puentes, compuertas o viaductos que permitan el flujo natural entre el río y las ciénagas, lo cual se logrará mediante la optimización del trazado de la vía existente, utilizando el máximo la infraestructura existente y mejorando su diseño geométrico. Se adelantarán actividades de explanación, terraplén, Pedraplén, mejoramiento de subrasante, subbase y base granular, pavimento flexible, obras de drenaje, construcción de puentes, canalización de aguas negras, transporte de materiales, señalización y gestión predial y social.

Igualmente, el Contratista de obra cuenta con un plazo de tres (3) meses para realizar la revisión de los Estudios y Diseños, según lo estipulado en el Pliego de Condiciones, en simultaneidad con la ejecución de las obras preliminares del Contrato. De la revisión de estos diseños el Constructor emitirá las posibles observaciones, las cuales serán revisadas por los Especialistas de la Interventoría y de ello se emitirá Informe correspondiente donde se dará concepto a lo manifestado por el Contratista.

De acuerdo con los consignado por la interventoría “La vía se encontraba en ciertos sectores con materiales granulares conformada por una estructura de terraplén hecho con prestamos laterales con espesores variables. El ancho de la calzada varía entre 2.6 y 10 metros aproximadamente. Teniendo en cuenta los resultados obtenidos a partir de la auscultación visual, los diferentes tramos se encuentran en mal estado, presentando una superficie totalmente deteriorada, ya que se presentan escapes y deformaciones en los terraplenes, dificultando la movilidad entre las poblaciones.

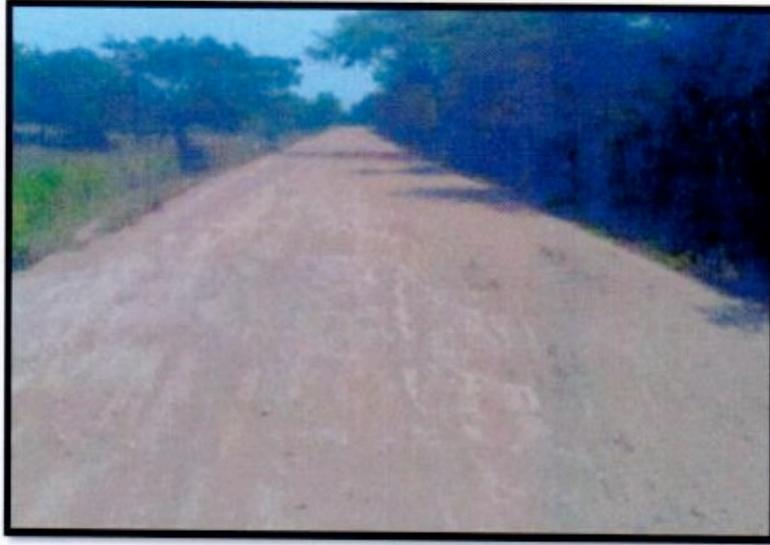


Foto 2.1 PR34+700 (Guáimaro-Remolino).



Foto 2.2 PR52+680 (Palermo-Sitio Nuevo).

También dentro del Tramo Palermo-Sitionuevo, existe un segmento de vía que actualmente se encuentra adyacente a la margen del río Magdalena, lo que por condiciones de estabilidad para la vía del proyecto implicaría retirarse de la margen del río en una distancia segura. Tal situación fue considerada en los estudios de la VIALIDAD LTDA mediante la construcción de un tramo de vía denominado variante de PALERMO comprendido entre el PR55+600 al PR58+500. La fotografía que se presenta a continuación muestra el estado actual del tramo existente que se encuentra a un costado del río Magdalena.



Foto 2.7 Sector de pérdida de banca por erosión fluvial del tramo Sitionuevo – Palermo. PR55+600 al PR58+500, futura variante de Palermo.

En los **estudios previos** de la licitación pública LP-DM*-007-2012 se anotó el **objeto** así:

El objeto de las obras a contratar es el “MEJORAMIENTO DE LA VIA SALAMINA-SITIONUEVO-PALERMO, EN EL DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA- TRAMO GUÁIMARO -REMOLINO-SITIONUEVO-PALERMO”

En cuanto al **alcance** señaló:

El proyecto vial total, comprende la intervención de la vía (llamada de la PROSPERIDAD) desde Palermo, en Sitio Nuevo, hasta Plato, pasando por Salamina. Se hará en dos fases, la primera comprende el MEJORAMIENTO DE LA VIA SALAMINA- SITIO NUEVO-PALERMO-, que se ejecutará en DOS (2) TRAMOS, el primero que es objeto de esta convocatoria, corresponde al TRAMO GUÁIMARO REMOLINO-SITIO NUEVO-PALERMO, con una intervención de 52,6 KM, que se conectarán con la transversal del Magdalena (Fundación-Pivijay-Salamina); y el segundo desde GUÁIMARO hasta Salamina en 14 Km aproximadamente. El primer tramo cuenta con estudios y diseños en FASE III realizados por el INVIAS según comunicación DT-ATL 37236 del INVIAS, el segundo se encuentra en diseño por parte de esta misma entidad para definir su costo y cierre financiero. No obstante dentro del alcance del objeto a contratar, se ha de considerar a cargo del Contratista que resulte seleccionado, la



obligación de revisar y ajustar aquellos estudios y diseños técnicos entregados al Departamento por el INVIAS, los cuales acompañan este estudio previo como anexos al mismo, y permanecerán disponibles en la entidad para su consulta.

Respecto a los estudios técnicos, se indicó:

El INSTITUTO NACIONAL DE VIAS-INVIAS, contrató los estudios y diseños y/o actualización de los mismos para la realización de las obras, en sendos contratos No.3434 de 2008 y 1873 de 2007, que concluyeron con la entrega de los siguientes estudios y diseños, que permitieron considerar la viabilidad técnica del proyecto en FASE 3:

- Estudio de Tránsito, Capacidad y Niveles de Servicio
- Estudio de Trazado y Diseño Geométrico
- Estudio de Geología para Ingeniería y Geotecnia
- Estudio de Suelos para Diseño de Fundaciones de Puentes, Obras de Arte y Estructuras de Contención
- Estudio de Estabilidad y Estabilización de Taludes
- Estudio Geotécnico para el Diseño de Pavimento
- Estudio de Hidrología, Hidráulica y Socavación
- Estudio Estructural para el Diseño de Puentes
- Componente Ambiental
- Señalización
- Evaluación Económica

Sustentan igualmente estos estudios previos

- Estudio de tránsito
- Ensayos de laboratorio,

Diseño de pavimento - Estudio de impacto ambiental EIA de la variante Palermo, que involucra un corredor vial nuevo - Estudio socio económico - Presupuesto detallado - Análisis de precios unitarios - Especificaciones técnicas de construcción Todos los documentos relacionados y demás que anteceden y acompañan como anexos, diseños y estudios previos, a este documento, se encuentran y mantendrán disponibles en medio físico en la entidad para su consulta por cualquier interesado. En desarrollo del contrato se deben cumplir las Especificaciones Generales de Construcción señaladas en el pliego de condiciones y documentos adjuntos como anexos técnicos.



Este proyecto se encuentra concebido en el **Plan de Desarrollo del Departamento del Magdalena²³ 2012- 2015 “Construyendo Respeto por el Magdalena”**, respecto del cual el Luis Miguel Cotes Habeych, gobernador del Magdalena para el periodo enero 2012 a diciembre de 2015, hizo las siguientes anotaciones:

Los beneficios para el departamento son muy importantes, la construcción, rehabilitación y mantenimiento del corredor Vial que comunica al Departamento del Magdalena Sur – Norte, promoverá:

- La vía será el eje que integrará el desarrollo de la región, deberemos aprovechar para reubicar los corregimientos, los hospitales, escuelas en alto riesgo y la reconstrucción de puentes e infraestructuras.
- Generará nuevos polos desarrollo al habilitar más de 350 mil hectáreas para Producción.
- Con la construcción de la vía – dique protegerá las zonas aledañas al río Magdalena de las recurrentes inundaciones en época invernal y en los tramos de viaducto permitirá el flujo natural entre el río y las ciénagas para la recuperación de flora y fauna nativas, el diseño considera la construcción de reservorios para aprovechamiento de los excesos de agua del invierno en verano.
- El agua deberá ser nuestro aliado en la construcción de los reservorios, distrito de riego y las infraestructuras complementarias para desarrollar el potencial económico de la región.
- La obra valorizará el valor del m² de la tierra.
- Aportaría cerca de \$1.2 billones anuales al PIB del departamento y generar más de 50 mil nuevos empleos entre directos e indirectos.

En cuanto a la denominada primera etapa de la vía de la prosperidad consignó:

La carretera Plato - Palermo corresponde a la primera etapa de la denominada **Vía de la Prosperidad**, en su segunda etapa comunicará a Plato con El Banco.

²³ El doctor Fabio Alejandro Manjarres Pinzón, gerente de proyectos de la gobernación de Magdalena y supervisor del contrato 617 de 2013, atendiendo el requerimiento enviado por esta Procuraduría Delegada, el 15 de junio de 2018 por el cual se solicitaba “Remitir copia digitalizada, en medio magnético, del Plan de Desarrollo Departamental 2012 – 2015 y 2016-2019 en el cual se incluyan los programas de infraestructura estratégica para el Departamento y concretamente el mejoramiento de la vía Palermo – Sitio Nuevo – Remolino – Guáimaro , conocida como vía de la Prosperidad”, dio respuesta mediante el oficio E-2018-012610 del 27 de junio de 2018, envió los Planes de Desarrollo del Departamento del Magdalena 2012- 2015 “Construyendo Respeto por el Magdalena” y 2016-2019 “Magdalena Social, ¡Es la vía!, y puntualizó: “En los contenidos de los anteriores documentos, se incluyen, las estrategias y acciones para el proyecto vial Palermo – Sitio Nuevo – Remolino – Guáimaro , conocido como Vía de la Prosperidad” (ver folios 1516-1517, 1664-1665 y DVD en folio 1667 del cuaderno principal 7).



- La vía Plato-Palermo corresponde a una Vía Nacional (Ruta 27), identificada según nomenclatura del INVIAS, con los números 2701 (Plato – Salamina) y 2702 (Salamina – Palermo) y se ubica en su totalidad en el Departamento del Magdalena.
- La vía se localiza en terreno plano correspondiente a la llanura de la margen derecha del Río Magdalena, forma parte del ecosistema de la Ciénaga Grande
- Esta vía está incluida en el Plan de Gobierno 2008 – 2011, en el numeral 3.1 (Modelo subregional de Competitividad) literal b, donde dice: “...y paralela al río Magdalena Palermo – Plato. Está incluida en el Plan Nacional de Desarrollo, 2010 – 2014 “Prosperidad para Todos” y está en el plan desarrollo departamental Construyendo Respeto por el Magdalena, 2012 – 2015.
- Las obras de drenaje serán diseñadas en forma tal que en la épocas de alto estiaje no permitan el paso de las aguas del río hacia la llanura lateral
- Necesariamente existirán sectores que deberán reubicarse y la rediseñarse dado los altos índices de riesgo y el costo de las obras
- Velocidad de diseño: 80 kph
- Calzada de dos carriles bidireccional
- Corona de pavimento 10.90 metros
- En las ciénagas y caños se repartirá la comunicación natural con el Río Magdalena
- Los propietarios de los predios requeridos compensarán las franjas por **la contribución por valorización**, se exceptúan los predios de menos de 25 hectáreas:

Presenta una inversión estimada, en “estudios, diseños y construcción” de \$1.405.312 millones de pesos.

Tabla 32. Inversiones por tramos del proyecto Vía de la Prosperidad

VIA PROSPERIDAD	LONGITUD	INVERSION \$Mill	FASES
Palermo – Intercambio	6	33.448	
Intercambio - Sitio Nuevo	24,5	155.037	
Sitio Nuevo – Salamina	41	339.255	527.739,28
Salamina – El Piñón	11,4	82.688	
El Piñón-Pedraza	28,2	200.013	
Pedraza – Heredia	19,6	139.114	
Heredia - Real del Obispo	13,5	132.548	
Real – Plato	29,2	323.209	877.572,56
Total Inversión	173,4	1.405.312	

Agrega que:

La vía se construirá por fases, la primera será el tramo entre Palermo – Salamina, el cual se encuentra diseñado en Fase 3, una extensión de 71,5 kilómetros, demanda una inversión de \$528 mil; la segunda fase será el trayecto Salamina – Plato (102 Km) los



cuales se encuentran en fase diseño y requiere una inversión estimada de \$878 mil millones.

La estructuración de la Primera fase se definió construir los tamos de Palermo – Salamina, para conectar con la transversal del Magdalena que igualmente esta diseñada en fase 3, son 76, 1 km, que consolidarían el primer corredor de la prosperidad que interconecta la zona norte y parte centro del departamento, mejorando la competitividad de una amplia zona agrícola y pecuaria, en donde se han instalado importantes empresas para la producción de biocombustibles.

Las fuentes para financiación para el Tramo 1, serán: el 50% de las regalías asignadas al departamento por los Fondos de Desarrollo Regional y de Compensación Regional de los años 2012 – 2015 y recursos de INVIAS.

El tramo 2, Salamina-Plato se estructurará como un contrato plan en el que confluyan diferentes fuentes como cofinanciadoras de los programas que integraremos al paso de la vía, distritos de riego, reservorios, reubicaciones de corregimientos, plantas de beneficio animal, puertos.

El 28 de agosto de 2012 mediante oficio, radicación ante el INVIAS 87753 el gobernador del Magdalena solicitó la celebración del convenio interadministrativo que le permita al departamento intervenir el sector Salamina –Palermo, el cual hace parte del tramo 2702 de la ruta 2700 a efectos de invertir recursos del Sistema General de Regalías, asignados al departamento a través de fondos de compensación regional y desarrollo regional (ver considerando número 7 del convenio 1266 de 2012, folio 14 c.a. 9)

El 10 de septiembre de 2012, el Departamento del Magdalena presentó el proyecto alusivo al mejoramiento de la vía Palermo – Sitio Nuevo –Remolino – Guáimaro ante el Órgano Colegiado de Administración y Decisión Región Caribe – OCADCARIBE, el cual fue viabilizado y autorizada su financiación con recursos del Sistema General de Regalías según consta en el Acta No. 002 de la fecha referida.

El 17 de septiembre de 2012 se celebró el **convenio interadministrativo marco No. 1266 de 2012 -convenio sin recursos-** con el objeto de *«Aunar esfuerzos ente el Departamento del Magdalena y el Instituto Nacional de Vías, INVIAS-, con el fin de adelantar los trámites necesarios tendientes al mejoramiento de la vía Salamina-Palermo – Código 2702»*. El convenio fue suscrito entre Carlos Alberto Rosado Zúñiga Director General de INVIAS y LUIS MIGUEL COTES HABEYCH, Gobernador del Departamento del Magdalena.

El 19 de octubre de 2012, el Órgano Colegiado de Administración y Decisión OCAD Región Caribe, mediante el **Acuerdo 001**, dispuso impartir aprobación para la financiación del proyecto de inversión del sector de infraestructura vial, que se encuentra en fase III *Mejoramiento de la vía Salamina – Guáimaro – Remolino – Sitio Nuevo (Palermo)* presentado **por la ETC Magdalena, a quien designa como EJECUTOR DEL PROYECTO** (ver artículo 4° del Acuerdo).

31



Ahora bien, de acuerdo con el artículo 28 de la Ley 1530 de 2012 y el artículo 4 del Decreto 414 de 2013 **las entidades públicas designadas como ejecutoras deben garantizar la correcta ejecución de los recursos asignados al proyecto de inversión**, así como el suministro y registro de la información veraz, oportuna e idónea, para realizar el monitoreo, seguimiento, control y evaluación de los recursos del SGR, en las condiciones, instrumentos y herramientas, definidos para tal efecto por el Departamento Nacional de planeación en circulares 03 de 2012, 62 y 63 de 2013, y SMSCE 001 y 002 de 2012 y las Resoluciones 1789 y 2620 de 2013 y demás normas que las modifiquen, adicionen o sustituyan

El **6 de marzo de 2013** el CONFIS da el aval fiscal para que el INVIAS continúe ante el DNP y el CONPES los trámites de declaratoria de importancia estratégica para el país el desarrollo del “Mejoramiento de la vía Salamina – Guáimaro – Remolino –Sitio Nuevo –Palermo, Departamento del Magdalena”, con el plan de inversiones por valor de \$266.900 millones de pesos, discriminados de la siguiente manera en las vigencias fiscales 2014 (\$70.000), 2015 (70.000) decisión comunicada a la Ministra de Transporte por el secretario ejecutivo del Consejo Superior de Política Fiscal, según oficio con radicación 2-2013-008969 del 18 de marzo de 2013²⁴.

El **15 de abril de 2013** en el documento **CONPES 3742 de 2013 se declaró la importancia estratégica del proyecto “Mejoramiento de la vía Palermo – Sitio Nuevo – Remolino – Guáimaro , en el Departamento del Magdalena”**, considerando la convergencia de los intereses sectoriales del **Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014 “Prosperidad para todos”** y regionales del Plan de Desarrollo del Departamento del Magdalena “Respeto por el Magdalena”, con el fin de articular y presentar esfuerzos para la gestión conjunta del desarrollo de la Región Caribe, principalmente los temas de competitividad, reducción de la pobreza, la integración regional, la reducción de las distancias económicas y sociales y mejorar la movilidad intra e interregional.

El proyecto fue descrito en el documento CONPES 3742 de 2015 en los siguientes términos:

“El proyecto corresponde al trayecto vial que se extiende desde el corregimiento de Palermo, el cual hace parte del municipio de Sitio Nuevo hasta el sitio conocido como Guáimaro en el municipio de Salamina. Es importante señalar que este tramo hace parte de un corredor mas extenso que va hasta la población de Plato y con el cual se integrará una segunda etapa.

²⁴ Ver oficio del DNP 20185100398531 del 27 de junio de 2018 (folios 1689-1691)



[...]

La vía se construirá por etapas, **la primera objeto de la declaratoria de importancia estratégica presentada en este documento, corresponde al trayecto entre Palermo – Guáimaro , el cual se encuentra diseñado en fase III; la segunda etapa será el trayecto Guáimaro – Salamina – Plato el cual se encuentra en diseño de fase III por parte del Instituto Nacional de Vías – Subdirección de apoyo técnico, cuya entrega está programada para el 2013.”** (Negritas fuera del texto original)

El documento CONPES menciona que la primera etapa del proyecto corresponde a una calzada bidireccional que incorpora el manejo hídrico del sector, según los siguientes tramos e inversiones:

Tabla 4 Tramos del proyecto Palermo – Sitio Nuevo – Remolino - Guaimaro

No	TRAMOS	ESTADO ACTUAL	ALCANCE DEL PROYECTO ^a	LONGITUD (Km)	VALOR (millones)
1	Palermo - Sitio Nuevo	Afirmado	Mejoramiento	22,8	\$ 208.280
2	Variante Palermo	Afirmado	Mejoramiento	3,1	\$ 26.900
3	Sitio Nuevo - Remolino	Afirmado	Mejoramiento	12,0	\$ 104.140
4	Remolino - Guaimaro	Afirmado	Mejoramiento	14,7	\$ 127.580
TOTAL				52,6	\$ 466.900

Fuente: Contratos No. 1873 de 2007 INVIAS – INGECCION, Precios actualizados a 2013, Incluye afectación predial Contrato No. 3434 de 2008 INVIAS-LA VIALIDAD, Precios Actualizados a 2013, incluye afectación predial MinTransporte – Invias

Adicionalmente, los tramos entre Palermo - Guaimaro, conectan con la Transversal del Magdalena y consolidarán el corredor que interconecta las zonas norte y centro del departamento, mejorando la competitividad de una amplia zona agrícola y pecuaria, donde los beneficiarios potenciales serían más de 46mil habitantes, de acuerdo con la proyección de población que se observa en la siguiente tabla:

Tabla 5: Población beneficiada en el periodo 2013-2020 (Habitantes)

MUNICIPIO	2013	2015	2020
Remolino	8.265	8.150	7.882
Salamina	7.324	7.089	6.560
Sitio Nuevo	30.884	31.706	33.440
TOTAL	46.473	46.945	47.882

Fuente: Proyecciones De Población 2005 - 2020 Total Municipal Por Área, DANE, 2011.

De acuerdo con estimaciones realizadas¹⁰, las inversiones proyectadas en el presente CONPES impactarán el PIB de los municipios de Remolino, Salamina y Sitio Nuevo en promedio 4.34% entre 2013 y 2016, así mismo, el PIB del departamento del Magdalena en promedio 2.73% entre 2013 y 2016.

Respecto al **alcance del proyecto** se indicó:

“El mejoramiento de la vía incluye dentro de su alcance la pavimentación, rectificación del alineamiento, construcción de puentes y obras de drenaje.”

Como consecuencia de esta declaratoria, **el Gobierno Nacional previó aportes hasta por doscientos sesenta y seis mil novecientos millones de pesos m/cte (\$266.900.000.000) de la Nación**, a través del Ministerio de Transporte –INVIAS,

Por su parte la Gobernación de Magdalena solicitó recursos al ‘Órgano Colegiado de Administración y Decisión OCAD- Región Caribe- el cual mediante Acuerdo 001

33

IUS E-2017-519707 /IUC-D-2017-956399
 Auto: Fallo de primera instancia-30-09-2020
 Caso: Proyecto Vía La Prosperidad – Gobernación de Magdalena
 CJOM/OLSC



del 19 de octubre de 2012 viabilizó y aprobó el proyecto de mejoramiento de la vía Palermo – Sitio Nuevo – Remolino – Guáimaro – **para comprometer recursos del sistema general de regalías por un monto de 200.000 millones de pesos.**

En consecuencia, el valor total ascendería a la suma de \$466.900.000.000.

Mediante acta No. 008 de sesión del OCAD CARIBE, del **15 de abril de 2013**, a la que asistió el gobernador del Magdalena Luis Miguel Cotes, se deja constancia que se hicieron algunos ajustes a los proyectos, que no son sustanciales ni afectan el alcance de los mismos, sino que son necesarios para contar con la coherencia de todos los soportes de cada proyecto y así tener éxito en el desembolso de los recursos. Concretamente frente al proyecto de la ETC Magdalena antes referido, se indicó que el nombre el proyecto presenta diferencias en el Acuerdo, el valor del proyecto no coincide con el aprobado y se deben ajustar los valores y el flujo financiero. Igualmente se solicitó modificar el Acuerdo 006 del 8 de julio de 2013 en el sentido relacionar de todas las fuentes de financiación del proyecto *Mejoramiento de la vía Salamina (Guáimaro) – Remolino - Sitio Nuevo (Palermo) en el departamento del Magdalena, Caribe*, código BPIN 2013000020048, incluyendo así los recursos con cargo al presupuesto general de la nación por \$266.900.000.000. La solicitud fue aprobada por los miembros del OCAD.

En el Acuerdo 23 OCAD CARIBE del **25 de mayo de 2015** se corrigió el artículo primero del Acuerdo 006 del 8 de julio de 2013 respecto a la aprobación del flujo de recursos para el proyecto de inversión, que incluye, además de las vigencias fiscales 2013 al 2015, la del 2016.

Mediante oficio E-2017-011385 del 13 de julio de 2017, el jefe de la oficina jurídica en respuesta a la solicitud de esta Procuraduría Delegada adjunto un CD contentivo del informe de empalme entre las dos administraciones departamentales, **informe de gestión 2012 - 2015** y copia del Decreto No. 539 del 27 de octubre de 2015, por el cual se designa el equipo de trabajo para el informe de gestión y proceso de empalme (ver folios 1, 5-13 y CD en folio 14)

En el numeral 3 del acta central de empalme entre los doctores Luis Miguel Cotes Habeych y Rosa Cotes de ZÚÑIGA, se consignó:

Como asuntos estratégicos de gobierno que deben ser continuados por la nueva Administración se destacan:

3.1 Continuar con proyectos de infraestructura iniciados en construcción y en tramitación, así como del resorte del Gobierno Nacional

- Vía de la Prosperidad

IUS E-2017-519707 /IUC-D-2017-956399
Auto: Fallo de primera instancia-30-09-2020
Caso: Proyecto Vía La Prosperidad – Gobernación de Magdalena
CJOM/OLSC

34



- Minca – La Tagua
- Proyecto Fundación – Pivijay – Salamina
- Continuación obras Plan Vial del Norte
- Seguimiento a proyecto de Alianza Pública Privada de doble calzada Ciénaga – Barranquilla
- Proyecto de variante sur de Ciénaga
- Inversiones del sector eléctrico para mejorar la calidad y cobertura

En el **Plan de Desarrollo del Departamento del Magdalena 2016-2019 “Magdalena Social ¡Es la Vía!**, de la gobernadora Rosa Cotes de Zúñiga, en el objetivo estratégico No 4 (Construir los fundamentos de una economía, diversificada, innovadora e incluyente), en el eje estratégico de factores básicos y avanzados, programa infraestructura de soporte económico, se incluye la Vía de la Prosperidad (páginas 252 y 253)

En efecto allí, se consignó como uno de los objetivos: “Terminar la Vía de la Prosperidad entre Palermo y Salamina, armonizando su construcción con los requerimientos ambientales de la zona y realizar la gestión ante el Gobierno Nacional, para su apoyo económico a una segunda Fase entre Salamina y Plato, al igual que respecto a la financiación y/o cofinanciación (incluyendo a los municipios), para el mejoramiento de la red vial terciaria, priorizando tramos relacionados con el macroproyecto de Agua para la Paz, las conexiones con la red que se muestra en el mapa a continuación y, en el Sur, teniendo en cuenta, trayectos como Santa Bárbara de Pinto – Plato”

A continuación, se presenta un resumen descriptivo del valor del proyecto, tomando como fuente el informe financiero elaborado por la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales de la Procuraduría General de la Nación.

“El valor total del proyecto incluido la interventoría se presupuestó en \$466.900 millones de pesos. Así las cosas, se tiene, que de estos recursos se destinó la suma de \$432.010.178757,42 para realizar el contrato 617 de 2013, cuyo objeto era aunar esfuerzos técnicos y financieros para el mejoramiento de la vía Palermo –sitio nuevo –el remolino –guáimaro, en el departamento del Magdalena.

En desarrollo del convenio Marco 1266, se suscribió entre el Departamento del Magdalena y el INVÍAS, el convenio específico de Cooperación No. 649 del 31 de mayo de 2013 por medio del cual la nación a través del Ministerio de Transporte- INVÍAS se comprometió a aportar recursos para la ejecución del proyecto por \$266.900.000.000 de las vigencias futuras 2014, 2015 y 2016. (fls. 29 y 30 cuaderno No.1).



Aportes de la Nación.

VIGENCIA	PGN – INVIAS
2014	70.000.000.000
2015	70.000.000.000
2016	126.900.000.000
TOTAL	266.900.000.000

Y el **Departamento del Magdalena** se comprometió a aportar \$200.000.000.000 de recursos provenientes de regalías.

VIGENCAS /FONDO	Fondo de Desarrollo Regional	Fondo de Compensación Regional	Total, fondo de regalías
2013	67.855.625.081	60.030.376.919	127.886.000.000
2014	34.026.820.087	2.390.179.913	36.417.000.000
2015	24.705.320.824	10.991.679.176	35.697.000.000
TOTAL	126.587.765.992	73.412.236.008	200.000.002.000

Para un total de recursos de \$466.900.000 millones de pesos. (fls. 1 a 5 del cuaderno anexo técnico No.1).

3.2. MATERIALIZACIÓN DEL PROYECTO A PARTIR DE LA ASUNCIÓN DE COMPROMISOS CON FUENTE DE RECURSOS PÚBLICOS: PROVENIENTES DEL GOBIERNO NACIONAL Y DEL SISTEMA GENERAL DE REGALÍAS.

Una vez viabilizado y aprobado el proyecto de inversión para el mejoramiento de la vía Palermo Sitio Nuevo Remolino Guáimaro , en el Departamento del Magdalena, por parte del OCAD DEL CARIBE, la materialización y realización se lleva a cabo mediante 3 actuaciones adelantadas por la Gobernación de Magdalena como **ejecutor del proyecto**:

1. La **licitación pública LP-DM-07-2012**, cuyo aviso de convocatoria pública se hizo el 18 de diciembre de 2012 a través del SECOP. la apertura del proceso contractual se llevó a cabo el 11 de junio de 2013 y la adjudicación el 12 de agosto de 2013.
2. El **convenio específico de cooperación número 649** del 31 de mayo de 2013, suscrito entre el INVIAS y la gobernación de Magdalena.
3. El **contrato de obra 617 del 4 de octubre de 2013** celebrado entre la gobernación de Magdalena y el Consorcio Ribera Este, con plazo de 35

36



meses, que de acuerdo al modificatorio número 6 del 25 de septiembre de 2018, previo al cierre de la investigación disciplinaria, el plazo de ejecución fue prorrogado hasta el 15 de julio de 2018, empero consultado el SECOP I²⁵, se advierte se encuentra publicado el modificatorio número 7 del 13 de julio de 2013, que amplía el plazo de ejecución hasta del 16 de julio al 30 de noviembre de 2018; y el modificatorio 8 del 26 de noviembre de 2018, por el cual se prorroga el hasta el 31 de diciembre de 2018, **documentos éstos que si bien es cierto se conocen con posterioridad al cierre de la investigación disciplinaria y no forman parte del acervo probatorio, solo de relacionan de manera indicativa para dar cuenta cronológica del proceso de contratación.**

4. La nueva licitación pública LP-DM-04-2018 para continuar con el proceso constructivo del mejoramiento de la vía Palermo-Sitio Nuevo – Remolino-Guáimaro que fuera objeto de la licitación pública LP-DM-07-2012.

Así las cosas, estamos ante una situación fáctica que involucra varias vigencias cuyos hechos continuados, datan del año 2012 y se estructuran principalmente en los años 2013 al 2017, **de manera que para el momento de la apertura de investigación disciplinaria, esto es el 21 de septiembre de 2017 la acción disciplinaria estaba vigente**, acorde con lo establecido en el artículo 132 de la Ley 1474 de 2011, que modifica el artículo 30 de la Ley 734 de 2002.

3.2.1. LICITACIÓN PÚBLICA LP-DM-07-2012²⁶

El 18 de diciembre de 2012 el gobernador del Magdalena, Luis Miguel Cotes Habeych, emite al aviso de convocatoria pública para el proceso de licitación pública LP-DM-007-2012 cuyo objeto es el “Mejoramiento de la vía Salamina – Sitio Nuevo – Palermo en el Departamento del Magdalena: Tramo Guiamaro – Remolino – Sitionuevo- Palermo” y se publica en conjunto con los estudios previos y el proyecto de pliego de condiciones.

El 11 de junio de 2013 se expide la Resolución 545 por medio de la cual se da apertura al proceso licitatorio y se publica el pliego de condiciones definitivo. Entre el 13 y 15 de junio se publican los anexos al pliego de condiciones como volúmenes y tomos de estudios y diseños, resumen ejecutivo de canteras, estudios de geología, geotécnica, hidrología, tránsito, descripción y especificación de materiales y actividades, formatos de presentación de ofertas y otros, etc. El 18 de junio se realiza la visita al sitio de la obra. El 20 de junio se realiza la audiencia de aclaración del pliego de condiciones. Entre el 24 y el 26 de junio se publican documentos

²⁵ <https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=12-1-86265>

²⁶ <https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=12-1-86265> en conjunto con acta de visita del 11 de julio de 2013 e información en medios magnéticos visibles en los folios 195 al 211 del cuaderno anexo 1, pruebas allegadas en debida forma durante la indagación preliminar.



técnicos adicionales. El 2 de julio se publican las respuestas a las observaciones presentadas en la audiencia de aclaración del pliego de condiciones, a las observaciones presentadas durante el plazo de la licitación pública, al igual que los presupuestos definitivos.

El 25 de junio de 2013 el gobernador Luis Miguel Cotes Habeych expidió la adenda 1; el 4 de julio, la adenda número 2; el 9 de julio, la adenda número 3 (por parte del gobernador encargado) y documentos adicionales.

El 10 de julio se publican las respuestas a las observaciones de la Procuraduría General y a otras observaciones. El 12 de julio se publica “Documento de aclaración y precisión a los pliegos de condiciones, sus anexos y formularios; la respuesta a observaciones; el estudio previo consolidado y la Resolución número 670 del 8 de julio de 2013 por la cual se aclara y corrige la Resolución 545 del 11 de junio de 2013 por la cual se ordena la apertura del proceso de licitación pública.

El 16 de julio de 2013 se publica el acta de cierre y presentación de ofertas del 15 de julio de 2013. El 24 de julio de 2013 se expide y publica la Resolución 720 por la cual se reprograma la fecha del traslado del informe de evaluación y el 25 de julio, la Resolución 732 que aclara la Resolución 720. El 30 de julio se publica el informe de evaluación.

El 12 de agosto de 2013 se lleva a cabo la audiencia de adjudicación y se expide por parte del gobernador del Magdalena, Luis Miguel Cotes Habeych, la Resolución 768 por la cual se adjudica el contrato objeto de la licitación pública LP-DM-07-2012 para el mejoramiento de la vía Palermo – Sitio Nuevo - Remolino – Guáimaro en el Departamento del Magdalena al proponente consorcio Ribera Este por un valor de \$432.010.178.757, 42 y un plazo de 35 meses para su ejecución. El 14 de agosto de 2013 se publican las observaciones al informe de evaluación presentadas por los proponentes y veedurías.

El 10 de octubre de 2013 se publica el contrato de obra número 617 celebrado el 4 de octubre de 2013 entre el gobernador del Magdalena, Luis Miguel Cotes Habeych y el representante del Consorcio Ribera Este, Gary Eberto Espitia.

3.2.2. CONVENIO ESPECÍFICO DE COOPERACIÓN 649 DE 2013

El **31 de mayo de 2013** entre los señores Leonidas Narvárez Morales, en su condición de Director de INVIAS y LUIS MIGUEL COTES HABEYCH, Gobernador del Departamento del Magdalena, suscribieron el **convenio específico de cooperación número 649 derivado del convenio interadministrativo número 1266 de 2012**, con el objeto de «Aunar esfuerzos técnicos y financieros para el mejoramiento de la vía Palermo –Sitio Nuevo – Remolino – Guáimaro , en el Departamento del Magdalena, en el marco del convenio interadministrativo No.



1266 de 2012.» por valor de \$466.900 millones, y plazo de ejecución hasta el 31 de diciembre de 2016.

En el contrato se señala que *“La intervención que se pretende, hace parte de la primera etapa o fase de la denominada “Via de la Prosperidad”, la cual se encuentra debidamente viabilizada en el Banco de Proyectos con el Código PBIN 2012000900005.*

Los recursos por valor de \$266.900 millones provienen del Gobierno Nacional – INVIAS y por la suma de \$200.000 millones del Sistema General de Regalías – OCAD REGIONAL CARIBE, los cuales propenderán por el mejoramiento de la vía con la construcción de una calzada bidireccional, la cual incorpora el manejo hídrico del sector, de conformidad con lo señalado en el documento CONPES 3742 de 2013, para los siguientes tramos que se encuentran en afirmado y con una longitud total de 52,6 km: i) Palermo – Sitio Nuevo, longitud 22.8 km, valor \$208.280 millones. 2) Variante Palermo, longitud 3.1 km, valor \$26.900 millones. 3) Sitio Nuevo Remolino, longitud 12.0 km, valor \$104.140. 4) Remolino – Guáimaro, longitud 14.7 km, valor \$127.580 millones.

En la cláusula décima del contrato se establece que el INVIAS vigilará el cumplimiento de las obligaciones y compromisos pactados a través del Director Territorial Atlántico quien éste designe como gestor técnico del convenio. Igualmente señala que la Red Nacional de Carreteras designará a su vez un gestor técnico el proyecto, de conformidad con la reglamentación interna de la entidad. Así mismo indica que El DEPARTAMENTO vigilará el cumplimiento de las obligaciones y compromisos pactados en el convenio a través de la persona que se designe para tal efecto. Frente a controversias en la vigilancia y control de la ejecución del convenio señala que *“En caso de presentarse controversias entre si por parte de los gestores, EL DEPARTAMENTO o el Interventor, serán dirimidas por el Subdirector de la RED NACIONAL DE CARRETERAS del INSTITUTO. En caso de no llegarse a un acuerdo, se acudirá al Secretario General Técnico del Instituto, cuya decisión será definitiva.”*

El **8 de agosto de 2013** el Director del INVIAS y el Viceministro de Infraestructura del Ministerio de Transporte, mediante oficio DG 42006 dirigido al doctor LUIS MIGUEL COTES HABEYCH, Gobernador del Magdalena, le informan sobre la decisión de terminar el convenio 649 de 2013 y como consecuencia de ello le solicita la revocatoria directa del acto de apertura de la licitación LP-D;-07-2012 y en subsidio la declaratoria desierta de la mencionada licitación basado en que el proceso de selección del contratista adolece de reglas claras, objetivas e imparciales que permiten que los intereses participen en igualdad de condiciones. Esto acogiendo también las observaciones de la Procuraduría General de la Nación, como así se lo hicieron saber al mandatario en oficio DG 3904 del 25 de julio de 2013, como quiera que el principio de selección objetiva está comprometido en dicha licitación (folios 190-199 c.a. 13).



Fundamento principalmente su petición en advertir situaciones que afectan la publicidad, objetividad y transparencia del proceso licitatorio por (i) publicación de los avisos de convocatoria, desatendiendo los intervalos de tiempo señalados en el numeral 3° del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 224 del Decreto 19 de 2012; (ii) realización de modificaciones sustanciales a los estudios previos con posterioridad al acto de apertura del proceso de selección; (iii) realización de la audiencia de aclaraciones y revisión de la asignación de riesgos previsible realizada un día después del vencimiento del plazo previsto en la ley; (iv) modificaciones al pliego de condiciones, las cuales se introducen nuevas reglas bajo la manifestación de simples aclaraciones o precisiones en formatos y formularios anexos, desconociendo que éstos son parte integral del pliego de condiciones y por ende aplica la exigencia de ser modificados mediante adendas.

El **7 de octubre de 2013**, entre el director del INVIAS y el señor LUIS MIGUEL COTES HABEYCH se suscribió la **modificación número 1 al convenio específico No. 649 de 2013** mediante la cual se dispuso que el valor total de la interventoría ascendería a \$26.582.000.000, y se hicieron cambios en la forma de efectuar los giros y transferencias en cada vigencia (fl. 169 c.a. 13)

El **29 de diciembre de 2014** entre el Director de Contratación del INVIAS, en representación de la entidad y el señor LUIS MIGUEL COTES HABEYCH, Gobernador del Magdalena se suscribió la **modificación No. 2 al convenio No 649 de 2013** respecto a la forma como se realizarán los giros de recursos por parte del INVIAS en las vigencias 2014, 2015 y 2016 (folio 156 c.a. 13)

El **28 de diciembre de 2016**, entre el Director de Contratación del INVIAS y la señora ROSA COTES DE ZÚÑIGA, Gobernadora del Departamento del Magdalena se suscribió el **adicional 1 y modificadorio 3** al convenio principal de cooperación No. 649 de 2013, teniendo en consideración que la suspensión de 1 año aproximadamente del contrato con ocasión de la medida provisional ordenada en virtud de la acción de tutela promovida, influyó en un desfase referente al plazo contractual del convenio con relación al plazo del contrato de obra.

En este documento **se prorrogó el plazo del convenio del 31 de diciembre de 2016 hasta el 13 de noviembre de 2017, se impusieron nuevas obligaciones para el Departamento** principalmente atinentes a la regularización de la ejecución del contrato 617 de 2013, definir metodologías para llevar a cabo la totalidad de los estudios y diseños del contrato de obra, revisar las condiciones de ejecución del contrato en torno al inicio de procesos administrativos sancionatorios contra el contratista, revisar el tema de gestión predial y las distancias de acarreo de materiales y costos, insistir en el cumplimiento de obligaciones a cargo del Departamento y respuestas de fondo a requerimientos del INVIAS, así como disposiciones respecto al giro de recursos por el INVIAS al Departamento



condicionado al cumplimiento de las nuevas obligaciones impuestas (folios 125-126 c.a. 13).

El **25 de septiembre de 2017** entre el Director General del INVIAS y la doctora ROSA COTES DE ZÚÑIGA, Gobernadora del Departamento del Magdalena se suscribió el **adicional número 2 y modificadorio 4** al convenio principal de cooperación No. 649 de 2013 **por el cual se prorrogó el plazo del convenio del 13 de noviembre al 15 de julio de 2018** en virtud de que el Departamento Suscribió el otro si No. 6 del contrato de obra No. 617 de 2013 para lograr la regularización del contrato precisando el alcance del objeto contractual a través de cual se ejecutarán los tramos de Palermo – Sitio Nuevo y la construcción del puente caño clarín, excluyendo los tramos Sitio Nuevo - Remolino – Guáimaro y las variantes de Palermo y Sitio Nuevo, de manera que se ajusta el valor del contrato en \$109.851.745.540,42 al pasar de \$432.010.178.757,42, inicialmente contratados a \$322.158.433.217,00 (folios 46-47 c.a. 13 y folios 815-818 y cd 819 c.p.4)

El **22 de noviembre de 2017** se suscribe entre el Director General del INVIAS y la señora ROSA COTES DE ZÚÑIGA la **modificación número 5** al convenio específico 649 de 2013 respecto a la cláusula segunda, valor y aportes y a la cláusula novena, obligaciones del Departamento para la adjudicación de los procesos contractuales de la consultoría y ejecución de obras de las variantes de Palermo, Sitio Nuevo y el tramo Sitio Nuevo – Remolino – Guáimaro. (folios 41-42 c.a. 13)

El **15 de abril de 2019** entre el Director de Contratación del INVIAS y la señora ROSA COTES DE ZÚÑIGA, gobernadora del departamento del Magdalena suscribieron la **modificación número 6** al convenio específico 649 de 2013 en el cual, entre otros, se modificó el parágrafo de la cláusula segunda, valor y aportes, y dispuso como obligación para el departamento “efectuar la publicación de prepliegos del proceso contractual de la consultoría para la elaboración de los estudios y diseños definitivos (fase 3) de las variantes Palermo y Sitio Nuevo, incluido licenciamiento ambiental, dentro del mes siguiente a la suscripción de la presente modificación.”

3.2.3. CONTRATO DE OBRA 617 DE 2013.²⁷

El **12 de agosto de 2013**, el gobernador Luis Miguel Cotes Habeych profirió la Resolución 768 por medio de la cual se adjudicó al Consorcio Ribera Este el contrato objeto de la licitación para el mejoramiento de la vía Palermo – Sitio Nuevo – Remolino – Guáimaro en el Departamento del Magdalena, no obstante las observaciones y recomendaciones que la Procuraduría General a través de la Delegada para la Vigilancia Preventiva de la Función Pública con el Grupo de Asesores en Minas, Hidrocarburos y Regalías, le hiciera al Gobernador del

²⁷ <https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=12-1-86265>



Magdalena relacionadas con la licitación pública y la solicitud del INVIAS de dar por terminado el convenio No. 649 de 2013 y pedir la revocatoria de la licitación pública o subsidiariamente se declara desierta, decisión que de contemplar alguna irregularidad disciplinaria ya fue objeto de pronunciamiento en el expediente disciplinario adelantado en esta entidad bajo el radicado IUS-2013-129728, como ya se expuso en esta providencia.

El CONSORCIO RIBERA ESTE fue constituido el 24 de junio de 2013 por la CONSTRUCTORA FG S.A con NIT 800.209.530-3 (20%), CONSULTORES DEL DESARROLLO S.A. – CONDESA S.A con NIT 800.165.708-6 (10%), COMPAÑÍA DE INGENIERÍA NEGOCIOS Y SERVICIOS S.A COINSES S.A con NIT 900.047.321-7 (35%) y ASSIGNIA INFRAESTRUCTURA S.A SUCURSAL COLOMBIA con NIT 900.291.240-3 (35%)

El **4 de octubre de 2013** se suscribió el **contrato de obra número 617-2013**, entre Miguel Cotes Habeych, Gobernador del Departamento del Magdalena y Gary Eberto Espitia Camargo, representante del Consorcio Ribera Este.

El **objeto** del contrato fue definido así:

PRIMERA: OBJETO: EL CONTRATISTA de manera independiente, se obliga a ejecutar para el Departamento del Magdalena el **MEJORAMIENTO DE LA VÍA PALERMO – SITIO NUEVO – REMOLINO – GUIAMARO** cuyas cantidades de obra y precios unitarios se encuentran en cuadro inserto a este contrato en la cláusula QUINTA.

El alcance del contrato fue señalado en el parágrafo primero de la cláusula primera del contrato:

PARAGRAFO PRIMERO. ALCANCE DEL OBJETO CONTRACTUAL: EL CONTRATISTA se obliga para con el **DEPARTAMENTO** a ejecutar la obra señalada indicada en la presente cláusula. Para lo anterior, deberá administrar y dirigir el desarrollo del mismo bajo su responsabilidad administrativa, técnica y económica, para lo cual suministrará directa o indirectamente los medios, materiales, equipo y personal necesario a precios del mercado, financiando las obras con sus recursos, para tal efecto, tendrá en cuenta los desembolsos programados y las cantidades de obras, estas cantidades son aproximadas y están calculadas por la entidad según los planos diseños e información técnica entregada por el INVIAS en los contratos No. 3434 de 2008 y 1873 de 2007, suministrados como soportes para la LP-DM-07-2012. Por lo tanto, se podrán aumentar, disminuir o suprimir durante la ejecución de la obra y sus variaciones no viciarán ni invalidarán este contrato y el contratista las asume como parte integral del proyecto el cual está obligado a desarrollar en su totalidad, sin perjuicio de los reconocimientos económicos a que haya lugar o a los acuerdos



sobre precios, obras e ítems. **PARÁGRAFO SEGUNDO:** EL DEPARTAMENTO podrá a su juicio y para evitar la paralización y la afectación grave del servicio público que se pretende satisfacer con el objeto contrato, disponer sobre la interpretación del contrato y la realización de modificaciones a las mismas u ordenar la ejecución de las obras no previstas pero comprendidas dentro de su objeto, conforme al procedimiento previsto para la interpretación y modificación unilaterales de los contratos administrativos en la Ley 80 de 1993, artículos 15 y 16 o suscribir contratos adicionales cuando dichas modificaciones impliquen variación al plazo o al valor del convenido de conformidad con lo dispuesto en la cláusula de los contratos adicionales. (Subrayado fuera del texto original)

El valor del contrato, las especificaciones y cantidades fue establecido en la cláusula quinta.

QUINTA. VALOR DEL CONTRATO. Para todos los efectos legales y fiscales las partes han fijado el valor del presente contrato en la suma de CUATROCIENTOS TREINTA Y DOS MIL DIEZ MILLONES, CIENTO SETENTA Y OCHO MIL SETECIENTOS CINCUENTA Y SIETE PESOS CON 42 CVS (**\$432.010.178.757,42**) incluido el AIU, que corresponde a la obra a ejecutar según el siguiente cuadro de ítems y actividades (...)"

El **plazo** del contrato fue definido en la cláusula sexta:

SEXTA: PLAZO DE EJECUCIÓN DE LA OBRA: El plazo del presente contrato será de hasta treinta y cinco (35) meses, contados a partir del acta de inicio del mismo. En todo caso en el evento de que el plazo del presente contrato requiera ampliar su término, éste se extenderá hasta tanto se ejecuten totalmente las tareas contratadas previa autorización del DEPARTAMENTO. **PARÁGRAFO:** El CONTRATISTA se obliga a iniciar la ejecución de las obras a partir del día hábil siguiente a la suscripción del acta de iniciación.

En la cláusula decima primera se refiere a la vigilancia y control del contrato a través de una interventoría externa, señalando que el Departamento designará un supervisor que vele por sus intereses sin que se contraponga a las obligaciones del interventor que prevalecerán en todo caso.

En efecto la interventoría se lleva a cabo mediante el contrato 3795 (concurso de méritos) CMA-SGT-SRN-127-2013 por valor de \$17.511.675.780, celebrado entre INVIAS y Consorcio ICI, conformado por las empresas COPEBA LTDA 40% (colombiana), ICEACSA CONSULTORES SUCURSAL COLOMBIA 30% (española), GEOTECNIA Y CIMENTOS INGEOCIM LTDA 30% (colombiana).



El **4 de octubre de 2013** se suscribe el otro si 1 al contrato 617 de 2013 en el cual se precisan y aclaran las normas que facultan al gobernador del Magdalena para suscribir el bilateral, así como frente al giro del pago anticipado, la constitución del patrimonio autónomo y el ítem número 56 del cuadro de ítems y cantidades que se identifica como *Relleno con material clasificado (relleno para estructuras)*

El **31 de diciembre de 2013** se suscribe el acta de inicio del contrato 617 de 2013 firmada por Luis Miguel Cotes Habeych, gobernador del departamento, Gary Eberto Espitia Carmargo, representante legal del contratista consorcio Ribera Este y Andrea del Pilar Peña Sánchez, representante legal del interventor, Consorcio ICI.

El **16 de enero de 2014** (en el acta se escribió año 2013) se reunieron los señores LUIS MIGUEL COTES HABEYCH, Gobernador del Departamento del Magdalena, actuando como contratante, GARY EDEBERTO ESPITIA CAMARGO, representante legal del Consorcio Ribera Este y actuando como contratista, y ANDREA DEL PILAR PEÑA SANCHEZ, representante legal del CONSORCIO ICI, en calidad de interventor, con el fin de **SUSPENDER LA EJECUCIÓN Y PLAZO DEL CONTRATO 617 DE 2013**, por valor de \$432.010.178.757,42 y plazo de ejecución 35 meses, dejando constancia de lo siguiente:

- “Que el día 31 de diciembre de 2013, luego de surtidas todas las etapas previas, y de la designación de la interventoría por el INSTITUTO NACIONAL DE VIAS –INVIAS-, en el marco de los convenios 1266 de 2012 y 640 de 2013 se suscribió acta de INICIO del contrato para la ejecución del mismo.
- Que la honorable Corte Constitucional mediante auto de fecha 13 de enero de 2014 (*nota al margen de este Despacho: La decisión de la Corte Constitucional está fechada el 19 de diciembre de 2013, magistrado ponente Gabriel Eduardo Mendoza Martelo*) como medida provisional, dentro de la Revisión de la Acción de Tutela T-34130835 instaurada por INVIAS contra el Departamento del Magdalena ORDENÓ al Departamento y al Contratista, la suspensión inmediata de la ejecución del contrato.
- Que en aras de dar estricto cumplimiento al mandato de la Corte, hasta tanto se produzca la decisión de fondo en sede de revisión, las partes RESUELVEN SUSPENDER LA EJECUCION DEL CONTRATO No. 617 del 4 de octubre de 2013, a partir de la fecha.”

El **29 de diciembre de 2014**, mediante acta suscrita por LUIS MIGUEL COTES HABEYCH, Gobernador del Departamento del Magdalena, JAVIER DIAZ BUEN DIA, representante del consorcio Ribera Este, contratista y Andrea del Pilar Peña Sánchez, representante del Consorcio ICI, interventor, dispusieron **REINICIAR el contrato de obra 617 de 2012**, señalando que el 19 de diciembre de 2014 tuvieron conocimiento de la decisión de fondo proferida por la Corte Constitucional en la

44



acción de tutela que había dispuesto como medida provisional suspender la ejecución del contrato. **La fecha de vencimiento del contrato de acuerdo con el plazo estipulado de 35 meses para su ejecución sería el 12 de noviembre de 2017**

El **17 de abril de 2015** las partes suscriben el otro si No. 2 con el fin de aclarar que el Departamento del Magdalena es el beneficiario o asegurado de los amparos contenidos en la póliza.

El **28 de abril de 2015**, se firma el acta de aprobación de ajustes de estudios y diseños, con observaciones, aprobación que se en el proceso constructivo y cobra importancia, como se analiza en el acápite alusivo al análisis de los estudios y diseños empleados para la ejecución proyecto.

El **17 de diciembre de 2015** las partes acuerdan ajustar y modificar el contenido de la cláusula séptima respecto de la forma de pago del valor al contratista incluido el pago anticipado del 15%.

El **22 de febrero de 2016** entre Rosa Cotes de Zúñiga, gobernadora del Magdalena y Gary Eberto Espitia Camargo, representante legal del consorcio Ribera Este suscriben el otro sí No. 4 por el cual aclaran que para dar aplicación a la provisión estimada para ajustes de obra contenida en la cláusula quinta del contrato 617 se tomará el procedimiento establecido por el INVIAS en el formato MSE-FR-08-01 y su respectivo instructivo.

El **16 de junio de 2016** entre las partes suscriben el otro si No. 5 al contrato 617 de 2013 por el cual se modifica el inciso d) de la cláusula décima quinta para amparo la vigencia del amparo de la devolución del pago anticipado, el cual quedará así: *“d) Devolución del pago anticipado: por la cuantía equivalente al 100% del monto que el contratista reciba a título de pago anticipado para la ejecución y su vigencia se extenderá hasta la liquidación del contrato.”*

El **25 de septiembre de 2017** se suscribe entre Rosa Cotes de Zúñiga, gobernadora del Magdalena y Gary Eberto Espitia Camargo, representante legal del Consorcio Ribera Este el otro si modificatorio número 6 por el cual se ajusta el alcance del contrato, se prorroga el plazo de ejecución, se ajusta el valor del contrato, la forma de pago y modificaciones de la garantía.

Allí se señala que el Departamento del Magdalena en cumplimiento a los literales a) y c) de la cláusula segunda del modificatorio número 3 al convenio 649 de 2013 que condicionó por parte del INVIAS el giro de recursos a esa entidad territorial hasta tanto se produjera la regularización de la ejecución del contrato 617 de 2013, desde el mes de enero de 2017 emprendió acciones tendientes a lograr el cumplimiento de las obligaciones contraídas en dicho convenio, y producto de ellas y especialmente de la mesa de trabajo llevada a cabo el 12 de septiembre de 2017

45

IUS E-2017-519707 /IUC-D-2017-956399
Auto: Fallo de primera instancia-30-09-2020
Caso: Proyecto Vía La Prosperidad – Gobernación de Magdalena
CJOM/OLSC



en Bogotá se sentaron las bases del acuerdo para la denominada **regularización tendientes a ajustar el alcance y valor del contrato.**

Se acuerda entre las partes las siguientes **exclusiones** de la vía Palermo – Sitio Nuevo – Remolino – Guáimaro.

1. Excluir las obras, estudios y diseños de las variantes de Palermo y Sitio Nuevo
2. Excluir las obras y pavimentación del tramo 1B
3. Excluir las obras y pavimentación del tramo 2 A (PR 34+500 al PR 36+000)
4. Excluir las obras, estudios y diseños del tramo Sitio Nuevo Remolino Guáimaro

En consecuencia, **las partes se comprometen a ejecutar las siguientes obras** que corresponden al **mejoramiento del tramo inicial entre Palermo y Sitio Nuevo**, en los siguientes segmentos:

1. Ejecutar la pavimentación del tramo PR 39+650 al PR 55 +600
2. Ejecutar la pavimentación del tramo PR 58+384 al PR 60 + 213
3. Ejecutar la pavimentación del tramo PR 60 + 880 al PR 61 + 180
4. Construcción del puente caño clarín

En el párrafo primero de la cláusula primera señala que “De acuerdo con el valor establecido para el ítem de ajuste de estudios y diseños en el contrato de obra No. 617 de 2013 por valor de TRESCIENTOS TREINTA Y NUEVE MILLONES TRESCIENTOS OCHENTA Y SEIS MIL TRESCIENTOS OCHENTA PESOS CON OCHO CENTAVOS (\$339.386.380,08) correspondientes a los 49 kilómetros, el DEPARTAMENTO realizará el pago proporcional de esta actividad para los 19.9 kilómetros de ajustes ejecutados por el contratista y aprobados por la interventoría consorcio ICI, lo cual corresponde a un valor de \$137.832.828.”

El valor total para ejecutar acordado fue de \$322.158.433.217,00 es decir \$109.851.745.540 menos respecto del valor inicial del contrato por \$432.010.178.757,42, que incluye las cantidades de obra a ejecutar de acuerdo con los diseños definitivos, como también actividades ya ejecutadas y aprobadas por la interventoría e ítems y provisiones contractuales definidas, según lo señalado en la cláusula tercera que ajusta la cláusula quinta del contrato 617 de 2013.

También se estableció que **hasta el 15 de julio de 2018** será el tiempo establecido para que el contratista ejecutara la obra.

En la cláusula séptima se hizo alusión al tema del transporte de materiales indicando: “La controversia relacionada con la modificación de las cantidades de transporte de material en el ítem *transporte de materiales provenientes de la excavación, canales y préstamos para distancias mayores de 1.000 metros* y el reconocimiento de la distancia a las fuentes de materiales, será dirimido a instancia del Tribunal de Arbitramento,

46



que será llevado por el Departamento del Magdalena en el momento procesal que corresponda.”

El **13 de julio de 2017** las partes suscriben el modificadorio número 7 al contrato 617 de 2017, luego de producida la regularización del contrato y adquiridos compromisos de finalización de la obra, hasta el 15 de julio de 2018. Mediante ese documento contractual amplían el plazo hasta el 30 de noviembre de 2018 para realizar las siguientes actividades:

- a. Gestión predial: cuatro (4) meses contados a partir del 16 de julio de 2018;
- b. Actividades de compensación ambiental: cuatro (4) meses, contados a partir del 16 de julio de 2018.
- c. Retranqueo de redes eléctricas tramo 1B PR 39+650 al PR 41+500 dos (2) meses contados a partir del 16 de julio de 2018.
- d. Alcance físico de obra: tres (3) meses contados a partir del 16 de julio de 2018, el cual incluye la terminación de las siguientes obras: (i) construcción del puente de caño clarín; (ii) mejoramiento de 18.08 km y culminación de la corona de terraplén del tramo 1 B, (iii) meta física de pavimentación de 16.23 km y demás obras complementarias.

Adicionalmente, se dispuso REINCORPORAR al contrato 617 de 2013 la suma de TRESCIENTOS SESENTA Y CUATRO MILLONES OCHOCIENTOS TRECE MIL QUINIENTOS PESOS (**\$364.813.500,00**) por concepto de actividades de gestión predial, que incrementa el valor acordado en el modificadorio número 6 al pasar de \$322.158.433.217,00 a **\$322.523.246.717**, de manera que la reducción del contrato inicial por valor de \$432.010.178.757,42 ya no sería de \$109.851.745.540 sino de \$109.486.932.040,42

El **26 de noviembre de 2018** las partes acuerdan prorrogar el plazo de ejecución hasta el 31 de diciembre de 2018 y se modifica la cláusula quinta del contrato de obra, cuadro de ítems y cantidades y redistribuir el presupuesto de los siguientes ítems “i) ítem: *Provisión estimada para ajustes PAGA: \$2.610.848.244.60*, ii) *Provisión para otras obras complementarias y adicionales \$2.576.020.986.90*” dejando constancia que estas modificaciones no implican adición presupuestal del contrato. Igualmente se indica que estas actividades complementarias son para garantizar el funcionamiento, tránsito y movilidad entre los tramos intervenidos Palermo – Sitio Nuevo.

El **29 de diciembre de 2018** las partes suscribieron el **modificadorio número 9** al contrato 617 de 2013, en el cual Rosa Cotes de Zúñiga firma en condición de gobernadora del Magdalena. Acordaron **prorrogar nuevamente el plazo de ejecución del contrato hasta el 30 de abril de 2019**, “con el fin de culminar de manera efectiva, cabal y definitiva los procesos de obras y actividades relativas a: a) obras de acceso norte y sur del puente del caño El Clarín; b) gestión predial e instalación de cercas de alambre de púas; c) mantenimiento de las 12.000 especies

47



forestales sembradas en cumplimiento del plan de establecimiento y compensación forestal, d) mejoramiento del tramo erosionado ubicado entre el PR55+600 al PR 58+500 Palermo -Sitio Nuevo; e) empalme de la intersección de la vía Ciénaga – Barranquilla.”

El 30 de abril de 2019, Rosa Cotes, gobernadora del Magdalena y el representante del contratista Ribera Este, suscribieron el **modificadorio número 10** por el cual se **prorrogó nuevamente el plazo de ejecución hasta el 31 de octubre de 2019**, y se adicionaron otras actividades como i) pavimentación y señalización correspondientes al tramo 1B entre Palermo y Sitio Nuevo, que se encontraba a nivel de corona de terraplén entre el PR39+650 al PR41+500 incluyendo el mejoramiento del PR39+403 al PR39+650, correspondiente al acceso a la cabecera municipal de Sitio Nuevo; y ii) rehabilitación de la estructura de pavimento existente entre el PR60+322 al PR60+880 del tramo Palermo- Sitio Nuevo como una obra de carácter complementario, razón por la cual se adicionó el contrato en \$8.807.806.018, 91, según lo indica la cláusula segunda.

El 30 de octubre de 2019 se suscribe por parte de Rosa Cotes, gobernadora del Magdalena y el contratista consorcio Ribera Este el **modificadorio número 11** del contrato 617 de 2013 por el cual se amplía el plazo de ejecución hasta el **10 de diciembre de 2019** y se ajusta nuevamente el alcance del contrato como lo establece la cláusula segunda:

CLÁUSULA SEGUNDA. Ajustar las obras previstas en el acceso Norte del Puente Caño El Clarín (Palermo) como alcance del objeto contractual del contrato de obra No. 617 de 2013 por lo cual EL CONTRATISTA ejecutará únicamente las siguientes intervenciones: i) pavimentación a nivel de carpeta asfáltica hasta la abscisa PR61+102 al PR61+170 (68 m). **Parágrafo 1:** Para todos los efectos se excluye de cualquier intervención el PR61+170 al PR61+232 (852m) ubicado en el acceso norte del puente caño el Clarín (Palermo). **Parágrafo 2:** El valor de las actividades desafectadas y/o excluidas en el acceso norte del puente caño Clarín corresponde a la suma de \$1.072.466.430.94. **Parágrafo 3.** Mediante acta modificativa de obra se ajustarán los ítems y cantidades y las actividades se pagarán proporcionalmente a la ejecución, estableciéndose como valor final, las cantidades de obra realmente ejecutadas y recibidas a satisfacción.

Asimismo, se incluyeron actividades de mejoramiento como obras de carácter complementarias y adicionales al contrato de obra 617 de 2013 para garantizar el funcionamiento, tránsito, conexión y movilidad entre los tramos intervenidos Palermo -Sitio Nuevo cuyo valor se estimó en \$2.176.484.321.23, acorde con lo estipulado en la cláusula cuarta.

El 10 de diciembre de 2019 se suscribió el acta de terminación del contrato 617 de 2013, cuya fecha de inicio fue el 31 de diciembre de 2013 y de acuerdo con el plazo originalmente concebido de 35 meses debía finiquitarse en noviembre de 2016, sin embargo, el plazo total de ejecución de 71 meses 10, que al descontar la suspensión

48

IUS E-2017-519707 /IUC-D-2017-956399
Auto: Fallo de primera instancia-30-09-2020
Caso: Proyecto Vía La Prosperidad – Gobernación de Magdalena
CJOM/OLSC



que tuvo la obra por situaciones especialmente jurídicas y de litigios en estrados judiciales del 16 de enero de 2014 al 29 de diciembre de 2014, se tendría que la obra se ejecutó en 60 meses aproximadamente frente a los 35 inicialmente planeados.

Otro aspecto para destacar corresponde al valor del contrato que inicialmente fue estipulado en \$432.010.178.757.42 y finalmente como consecuencia de la reducción en el alcance de la meta, y otras modificaciones aludidas en los otros síes, modificatorios y adicionales al contrato de obra, el valor ejecutado fue de \$330.875.314.909.39.

Y en cuanto a la obra ejecutada se tiene que en el acta de terminación y entrega fue descrita así:

DESCRIPCION GENERAL DE LA OBRA EJECUTADA

Localización y longitud de la meta física ejecutada

El proyecto corresponde a una vía nacional categoría primaria a cargo del INVIAS identificada nomenclatura RUTA 27 dividida en dos sectores, 2701 (Plato – Salamina) y 2702 (Salamina Palermo) ubicada en su totalidad en el departamento del Magdalena.

El proyecto ejecutado corresponde a 18.20 kilómetros de mejoramiento de vía a nivel de capa asfáltica en zonas inundables por parte del río Magdalena.

Téngase presente que la obra inicialmente fue concebida inicialmente para una longitud aproximada de 52.6 kilómetros, para los tramos de Palermo -Sitio Nuevo (22.8 km), Sitio Nuevo-Remolino (12.0 km) y Remolino -Guáimaro (14.7 km) incluyendo la variante de Palermo (3.1. Km) que finalmente concluyeron en 18.20 km, asociados al primero de los tramos Palermo-Sitio Nuevo.

3.2.4. NUEVOS PROCESOS CONTRACTUALES PARA CULMINAR EL PROYECTO VIA DE LA PROSPERIDAD.

Por auto del 12 de junio de 2018 y en consideración al modificadorio 6 al contrato 617 de 2013, suscrito el 25 de septiembre de 2018 con plazo, de ejecución para ese momento hasta el 15 de julio de 2018, se solicitó a la gobernación de Magdalena informar si se han iniciado trámites precontractuales para el mejoramiento de la carretera conocida como vía de la prosperidad en los tramos Sitio Nuevo – Remolino – Guáimaro (folio 1496, 1516,1517)

El 27 de junio de 2018 con radicado E-2018-012610, el gerente de proyectos de la gobernación de Magdalena informó que desde el 11 de mayo de 2018 se encuentra publicado el proceso de contratación bajo la modalidad de selección de contratista de Licitación pública **LP-DM-004-2018** cuyo objeto es el “MEJORAMIENTO DE LA

49

IUS E-2017-519707 /IUC-D-2017-956399
Auto: Fallo de primera instancia-30-09-2020
Caso: Proyecto Vía La Prosperidad – Gobernación de Magdalena
CJOM/OLSC



CARRETERA PALERMO – SALAMINA SECTOR PALERMO –SITIO NUEVO – REMOLINO, CODIGO 2702 DESDE EL PR 34+500 AL PR 36+000 Y EL PR 39+650 AL PR 41+500, EN EL DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA” por valor de \$28.760.636.717,00. Estado actual del proceso. **DESCARTADO.**” (folio 1665)

Adicionalmente informa:

“...conjuntamente con el INVIAS, el Departamento del Magdalena se encuentra adelantando la fase de proyección de los documentos para iniciar los procesos de contratación bajo la modalidad de selección del contratista de Concurso de Méritos para: (i) La consultoría de los estudios y diseños en Fase III, más el licenciamiento de las Variantes de Palermo y Sitio Nuevo, en el marco de la llamada “Vía de la Prosperidad”; y ii) La consultoría de los estudios y diseños en Fase I, más el licenciamiento del tramo Sitio Nuevo – Remolino – Guáimaro , en el marco de la llamada “Vía de la Prosperidad””

Se consultó el siguiente link para revisar los documentos del proceso licitatorio: <https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=18-21-2999> en el cual se observa que el proceso se encuentra en estado “DESCARTADO” desde el 21 de diciembre de 2018.

Detalle del Proceso Número: LP-DM-004-2018	
MAGDALENA - GOBERNACIÓN	
Información General del Proceso	
Tipo de Proceso	Licitación obra pública
Estado del Proceso	Descartado
Asociado al Acuerdo de Paz	No
Régimen de Contratación	Estatuto General de Contratación
Grupo	[F] Servicios
Segmento	[72] Servicios de Edificación, Construcción de Instalaciones y Mantenimiento
Familia	[7214] Servicios de construcción pesada
Clase	[721410] Servicios de construcción de autopistas y carreteras
Detalle y Cantidad del Objeto a Contratar	MEJORAMIENTO DE LA CARRETERA PALERMO - SALAMINA, SECTOR PALERMO – SITIONUEVO – REMOLINO, CÓDIGO 2702, DESDE EL PR34+500 AL PR36+000 Y EL PR39+650 AL PR41+500, EN EL DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA
Cuantía a Contratar	\$ 28.760.636,717
Moneda de Pago	Peso Colombiano
Tipo de Contrato	Obra
Ubicación Geográfica del Proceso	
Departamento y Municipio de Ejecución	Magdalena : Salamina, Sitionuevo, Remolino
Departamento y Municipio de Obtención de Documentos	Magdalena : Santa Marta
Dirección Física de Obtención de Documentos del Proceso	Carrera 1C No. 16-15 Palacio Tayrona Piso 2 Oficina de Contratación
Departamento y Municipio de Entrega Documentos	Magdalena : Santa Marta
Dirección Física de Entrega de Documentos del Proceso	Carrera 1C No. 16-15 Palacio Tayrona Piso 1 Ventanilla Unica
Cronograma del Proceso	
Fecha y Hora de Apertura del Proceso	22-10-2018 10:00 a.m.

Entre los documentos allí publicados reposan 2 avisos de convocatoria pública, el primero, del 11 de mayo de 2018 establecía como fecha para presentar observaciones al proyecto de pliego de condiciones, hasta el 28 de mayo de 2018 y fecha de apertura de la licitación el 29 de mayo de 2018. El segundo, publicado el 9 de octubre de 2018, señalaba como fecha “aproximada” para la apertura y publicación de los pliegos de condiciones, el 22 de octubre de 2018.

50

IUS E-2017-519707 /IUC-D-2017-956399
Auto: Fallo de primera instancia-30-09-2020
Caso: Proyecto Vía La Prosperidad – Gobernación de Magdalena
CJOM/OLSC

Procuraduría Primera Delegada para la Contratación Estatal.
Carrera 5 No. 15-80 piso 11. PBX 5878750 Exts. 11126. Bogotá
www.procuraduria.gov.co contratacionestatal1@procuraduria.gov.co



Entre los documentos publicados reposan los estudios previos, el proyecto de pliego de condiciones y presupuesto oficial. En los estudios previos se refiere a los mismos antecedentes que suscitaron la celebración del contrato 617 de 2013 y a su modificatorio número 6 del 25 de septiembre de 2017 en el cual se hacen unas exclusiones respecto de los tramos y actividades de obra a ejecutar.

“Mediante Otro Si Modificatorio No. 6 al Contrato de Obra No. 617 de 4 de octubre de 2013, y con el fin de regularizar algunas situaciones de orden técnico, administrativo y financiero, se realizaron unos ajustes al alcance del objeto, el valor y el plazo del acuerdo de voluntades en cita.

En ese sentido, se convino de mutuo acuerdo entre el contratista y el Departamento del Magdalena, excluir del Contrato de Obra No. 617 de 4 de octubre de 2013, las variantes de Palermo y Sitio Nuevo, la pavimentación del tramo 1B (PR 39+650 – PR 41+500) y el tramo 2A (PR34+500 al PR36+000) y el tramo Sitio Nuevo – Remolino – Guáimaro, comprometiéndose a ejecutar la pavimentación que corresponde a los segmentos: a) PR39+650 al PR55+600. b) PR58+384 al PR60+213 y c) PR60+880 al PR61+180 y la construcción del Puente Cano Clarín. De acuerdo con las exclusiones de obra realizadas, el valor del contrato No. 617 de 4 de octubre de 2013 fue ajustado a la suma de \$322.158.433.217.00, así mismo su plazo de ejecución fue extendido hasta el 15 de julio de 2018.

Así las cosas, el presente estudio previo corresponde a la necesidad de la administración departamental de llevar a cabo el proceso de contratación para la pavimentación del tramo 1B (PR 39+650 – PR 41+500) y el tramo 2A (PR34+500 al PR36+000) de la vía Palermo – Sitio Nuevo del Departamento del Magdalena, con el fin de seguir avanzando en la ejecución del proyecto de infraestructura vial denominado “Mejoramiento de la vía Salamina – Palermo”, hasta la culminación.

El Departamento del Magdalena con los recursos disponibles pretende ejecutar el **MEJORAMIENTO DE LOS TRAMOS 1B (PR 39+650 – PR 41+500) Y 2A (PR 34+500 – PR 36+000) DE LA VÍA PALERMO - SITIONUEVO EN EL DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA**, con el resultante reflejo en el bienestar para los usuarios, para lo cual se adelantaran las obras prioritarias que tengan mayor impacto en el mejoramiento del servicio, de tal forma que se garantice una operación segura, contribuyendo así a la generación de empleo y a la dinámica de comercialización de los productos a través del transporte adecuado de los mismos, y en definitiva, mejorar la calidad de vida de la población.



El presupuesto estimado del proceso de contratación ascendería a VEINTIOCHO MIL SETECIENTOS SESENTA MILLONES SEISCIENTOS TREINTA Y SEIS MIL SETECIENTOS DIECISIETE PESOS CON 29/100 M/CTE (28.760.636.717,29)

De acuerdo con la información remitida por el gerente de proyectos de la gobernación de Magdalena, mediante oficio E-2019-020969 del 28-11-2019 se encuentra publicado el proceso contractual CD-DM-006-2019 que quedó en fase de recibir de observaciones, luego de la publicación de los estudios previos, el aviso de convocatoria y el proyecto de pliego de condiciones. Estado: Descartado. (folio 3570-3571 y CD en folios 3572 y 3573)

El objeto de este proceso era la “CONSULTORÍA DE ESTUDIOS Y DISEÑOS A NIVEL FASE III PARA LA CONSTRUCCIÓN DE LAS VARIANTES DE PALERMO (PR55+400 – PR58+380) Y SITIONUEVO (PR35+960 – PR39+650) EN EL DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA, INCLUIDO LA OBTENCIÓN DE LAS LICENCIAS RESPECTIVAS” con un presupuesto estimado de \$2.949.241.152.

Detalle del Proceso Número: CM-DM-006-2019

MAGDALENA - GOBERNACIÓN

Información General del Proceso	
Tipo de Proceso	Concurso de Méritos Abierto
Estado del Proceso	Descartado
Asociado al Acuerdo de Paz	No
Régimen de Contratación	Estatuto General de Contratación
Grupo	[F] Servicios
Segmento	[81] Servicios Basados en Ingeniería, Investigación y Tecnología
Familia	[8110] Servicios profesionales de ingeniería
Clase	[811015] Ingeniería civil
Detalle y Cantidad del Objeto a Contratar	CONSULTORÍA DE ESTUDIOS Y DISEÑOS A NIVEL FASE III PARA LA CONSTRUCCIÓN DE LAS VARIANTES DE PALERMO (PR55+400 – PR58+380) Y SITIONUEVO (PR35+960 – PR39+650) EN EL DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA, INCLUIDO LA OBTENCIÓN DE LAS LICENCIAS RESPECTIVAS
Cuantía a Contratar	\$ 2.949,241,152
Moneda de Pago	Peso Colombiano
Tipo de Contrato	Consultoría
Ubicación Geográfica del Proceso	
Departamento y Municipio de Ejecución	Magdalena : Salamina, Sitionuevo
Departamento y Municipio de Obtención de Documentos	Magdalena : Santa Marta
Dirección Física de Obtención de Documentos del Proceso	Carrera 1C No. 16-15 Piso 2 Palacio Tayrona - Oficina de Contratación
Departamento y Municipio de Entrega Documentos	Magdalena : Santa Marta
Dirección Física de Entrega de Documentos del Proceso	Carrera 1C No. 16-15 Piso 1 Palacio Tayrona - Ventanilla Única - Oficina de Archivo Correspondencia
Cronograma del Proceso	
Fecha y Hora de Apertura del Proceso	10-09-2019 09:00 a.m.
Fecha en que se Descartó el Proceso	30-12-2019 03:31 p.m.
Datos de Contacto del Proceso	
Correo Electrónico	procesoscontratacion@magdalena.gov.co
Documentos del Proceso	

52

IUS E-2017-519707 /IUC-D-2017-956399
 Auto: Fallo de primera instancia-30-09-2020
 Caso: Proyecto Vía La Prosperidad – Gobernación de Magdalena
 CJOM/OLSC

Procuraduría Primera Delegada para la Contratación Estatal.
 Carrera 5 No. 15-80 piso 11. PBX 5878750 Exts. 11126. Bogotá
www.procuraduria.gov.co contratacionestatal1@procuraduria.gov.co



IV. PRUEBAS QUE FUNDAMENTAN EL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

La relación detallada de algunas pruebas allegadas al proceso, dada su extensión, se encuentran en documento anexo a la decisión de cargos, y otras expuestas a lo largo de la decisión, sin embargo se presenta una descripción general de algunas visitas, informes y documentos obtenidos, dada la magnitud del proyecto que abarca varias vigencias y dos administraciones departamentales así como varios hitos y situaciones, sin que por ello deba interpretarse que corresponden a las únicas analizadas para proferir el fallo de instancia, pues todas las pruebas fueron examinadas y valoradas en su conjunto como se observa en esta providencia, que comprende el material documental, técnico, testimonial, magnético acopiado al expediente, tanto decretado de oficio o a petición de parte.

Ahora bien, los documentos obrantes en el proceso, su decreto y práctica se realizó en vigencia de las etapas procesales y con las formalidades legales establecidas, que corresponden a aquellos asociados con la formación, planeación, y/o estructuración del proceso de contratación, la celebración de los acuerdos de voluntades y su ejecución, los cuales provienen directamente de las fuentes productoras de los mismos como el Instituto Nacional de Vías – INVIAS- la Gobernación de Magdalena, el Departamento Nacional de Planeación, la Contraloría General de la República, el Consorcio Interventor ICI, OCAD Regional Caribe, la Sociedad Colombiana de Ingenieros, la Sociedad de Ingenieros del Atlántico, el Tribunal de Arbitramento Consorcio Ribera Este vs Gobernación de Magdalena, especialmente, y a través de ellos se establecen los hechos cuestionados.

Los 2 informes técnicos de obra que reposan en el proceso fueron realizados por parte del ingeniero civil MIGUEL ANGEL ROA SOTA y el informe técnico financiero por la economista, JANNETH CECILIA CASTILLO MAHECHA, respectivamente, profesionales de la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales, con formación académica y experiencia en la materia, para absolver los cuestionarios planteados en esta investigación, y muestran la ocurrencia de los supuestos fácticos que darán lugar al reproche disciplinario; igualmente exponen la metodología utilizada y la forma en que procesaron la información para sustentar las conclusiones, basadas en una motivación razonable frente a cada uno de los interrogantes planteados y fueron sometidos a la contradicción que ordena la Ley, respecto de los cuales se obtuvieron las respectivas respuestas a las solicitudes de aclaración y complementación del apoderado de los investigados, generándose las correspondientes complementaciones, adiciones y aclaraciones.

De igual manera, se encuentra acreditado procesalmente que los dictámenes periciales rendidos por los ingenieros civiles ORLANDO SANTIAGO CELY de la Sociedad Colombia de Ingenieros, a solicitud de la Gobernación de Magdalena, y Willington Vergel Galván de la Sociedad de Ingenieros del Atlántico por petición del

53



contratista Consorcio Ribera Este y el concepto técnico emitido por el ingeniero civil ALFONSO TIQUE ANDRADE, allegados al proceso, fueron sometidos a contradicción a través de la recepción de sus testimonios de los expertos, quienes depusieron en torno a las conclusiones esbozadas en sus informes, respecto a los temas allí plasmados y que también interesan a esta investigación, dando respuesta a al interrogatorio formulado por la defensa y este Despacho, explicando y soportando de esta manera sus afirmaciones, estudios y análisis técnicos efectuados.

De manera que se encuentra asegurada la eficacia probatoria de la prueba técnica, previa a la valoración y apreciación que corresponda realizar por parte de este Despacho.

Respecto a los hallazgos, conclusiones y valoraciones anotadas por la Contraloría la Contraloría General de la República en su informe de auditoría, se encuentran los soportes allegados al proceso, tanto como resultado de la visita especial que este Despacho hiciera a esa entidad para obtener los papeles y documentos de trabajo que fundamentaron sus evidencias como los obtenidos directamente por esa Delegada a través de las visitas especiales realizadas, aspectos éstos que permiten efectuar la valoración probatoria respectiva frente a los hechos irregulares que se cuestionan, destacando que el análisis que aquí se hace girará en torno a la responsabilidad disciplinaria y no fiscal.

Ahora bien en cuanto a los testimonios recibidos en el proceso, solicitados en su gran mayoría por la defensa estos se analizarán teniendo en cuenta el conocimiento que tengan en relación con los hechos que suscitan esta investigación disciplinaria y la forma de adquirirlo, dada su participación o vinculación en alguna de las fases o etapas del proyecto, así como la coherencia, objetividad y contundencia de sus afirmaciones acordes con el material probatorio arrojado al proceso, destacando que los análisis y apreciaciones jurídicas son exclusivos y del resorte del juez, en tanto que los estudios, observaciones, conceptos y conclusiones técnicos corresponden a los profesionales especializados en las materias de ingeniería civil o ciencias económicas o financieras, según el caso, dado el conocimiento y experticia que éstos tienen en esas áreas especializadas y que escapan al conocimiento jurídico del operador disciplinario.

4.1. DEL INFORME DE FINALIZACIÓN DE LA ACTUACIÓN PREVENTIVA QUE ORIGINA EL PROCESO DISCIPLINARIO Y SUS SOPORTES DOCUMENTALES.

4.1.1. Informe del proceso preventivo correspondiente a los radicados 308778-2016/ 349348-2016 / 349531-2016 / 389075-2016 / 18023-2017 / 26108-2017 / 24955-2017 / E-2017-519707 adelantado por la Procuraduría Delegada Preventiva para la Función Pública con el objetivo de «Actuar como tercero imparcial en los acercamientos realizados entre el Instituto Nacional de Vías y la Gobernación de



Magdalena para lograr que las partes puedan regularizar o normalizar la ejecución del contrato 617 de 2013» cuyo objeto es el «mejoramiento de la vía Palermo – Sitio Nuevo – Remolino – Guáimaro , en el Departamento del Magdalena», conocido como Proyecto Vial de la Prosperidad, junto con los soportes documentales de la gestión adelantada a través de las mesas de trabajo de trabajo realizadas, como actas de reunión, informes, oficios de solicitud y respuesta (folios 1-152 c.p. 1 y 490-50 c.p2).

4.2. PRUEBAS ALLEGADAS EN LA ETAPA INSTRUCTIVA

En la etapa de indagación preliminar, acorde con lo ordenado en los autos del 5 de mayo de 2017, 30 de mayo de 2017 (folios 165 a 167, 215 a 218 c.p1).

Igualmente durante la etapa de investigación disciplinaria se practicaron las pruebas decretadas por autos del 21 de septiembre de 2017, 30 de octubre de 2017, 16 de noviembre de 2017, 25 de abril de 2017, 9 de mayo de 2018; 30 de mayo de 2018, 12 de junio de 2018; 2 de agosto de 2018, 21 de agosto de 2018, (folios 610 a 629, 667 a 672 c.p.3; 756 a 771 c.p.4, 858 a 861 c.p.4; 1083 a 1095 c.p.5; 1444 c.p. 6; 1494-1525 c.p. 7; 1708 a 1711, 1777 a 1778 c.p.8)

4.2.1. Informe técnico y financiero rendido por los profesionales expertos de la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales respecto de la ejecución y cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista en virtud del contrato de obra 617 de 2013, teniendo en cuenta el cronograma de obra establecido, las especificaciones técnicas objeto de la obra, el programa de inversiones del contrato de obra, el avance físico de obra y estado financiero de pagos, el monto total de recursos destinados e invertidos para ejecutar la totalidad de la obra, la definición de estudios y diseños, entre otros aspectos que consideren necesarios, así como frente a las medidas adoptadas por el contratante para el cumplimiento de las obligaciones contractuales y los avances o mejoras obtenidos como consecuencia de estas acciones, si ello ocurrió (folios 251-279 c.p1, soportes documentales en folios 174-250 c.p.1, 484-489 c.p.2 y cuadernos anexos 4 y 5)

4.2.2. Actas de visita especial adelantadas en la Gobernación de Magdalena, realizada los días 11, 12 y 13 de julio de 2017, con el fin de obtener la documentación que corresponda en relación con el proyecto denominado Vía de la Prosperidad, incluidas las acciones adelantadas por la Gobernación de Magdalena frente a los posibles incumplimientos del programa de inversiones del contrato 617 de 2013 y la presunta omisión de iniciar proceso sancionatorio de multa al contratista CONSORCIO RIBERA ETE, no obstante las advertencias efectuadas por el interventor del CONSORCIO ICI (cuadernos anexos 1, 2 y 3)

4.2.3. Acta de visita especial al Grupo de Control Disciplinario Interno del INVIAS, de fecha 1° de agosto de 2017, con el fin de verificar los expedientes que se originaron con fundamento en la remisión de hallazgos con incidencia disciplinaria



de la auditoria especial efectuada por la Contraloría Delegada para el Sector de Infraestructura Física, Telecomunicaciones, Comercio Exterior y Desarrollo Regional al proyecto vial de la Carretera La Prosperidad (folios 295-297 y soportes documentales en los folios 298-319 c.p.2)

4.2.4. Acta de visita especial realizada en la Dirección General y Subdirección Red Nacional de Carreteras del INVIAS, de fechas 1° 2 y 18 de agosto de 2017, con el fin de verificar las actuaciones realizadas por esta entidad en relación con el proyecto vial conocido como VIA DE LA PROSPERIDAD, principalmente frente a situaciones que han generado atrasos en su ejecución (folios 320-322, 323-336 y soportes documentales en los folios 337 -348; folios 564-575, 578-608 c.p.3 y soportes documentales en los cuadernos anexos 8, 9, 10 y 11)

El 1 y 2 de agosto de 2017 se adelantó visita especial ante el INVIAS con el fin principal de conocer las situaciones que han generado atrasos en la ejecución de la obra conocida como vía de la prosperidad, solicitando, entre otros, poner a disposición actas de reuniones o comités y en general la documentación existente relacionada con las actuaciones suscitadas frente al proyecto.

En esta visita, se escuchó la exposición y presentación del proyecto vía de la prosperidad, por parte de los funcionarios del INVIAS, cuyas memorias se adjuntan en los folios 337 a 347 y CD en folio 348 c.p.2,

En la visita del 18 de agosto de 2017, se da continuidad a la iniciada el 1° y 2 de agosto. Se revisan las AZ 1, 2 y 3 del convenio específico 649 de 2013, solicitando copias de documentos en la forma indicada en el acta, cuyo requerimiento fue atendido mediante el oficio DG-102336 del 29 de agosto de 2017 (ver folios 564 a 575 y 584 a 591. CD folio 592)

A continuación, se describen de manera detallada documentos obtenidos a través de las visitas especiales aludidas, que dan cuenta principalmente de la estructuración del proyecto y situaciones presentadas durante su ejecución.

4.2.5. Oficio Secretaría de Infraestructura de la Gobernación de Magdalena del 29 de mayo de 2012. Mediante la comunicación del 29 de mayo de 2012 y radicada en el INVIAS, el 15 de junio de 2012, con el número 60248, el Dr. Carlos Nery Lopez Toncel, secretario de infraestructura de la gobernación de Magdalena, le solicita al Ing. Miguel García Sierra que le entregue información sobre los estudios, diseños y presupuestos de la vía entre Palermo y Salamina, en el departamento del Magdalena, contratados por el INVIAS. En esta misiva le indica expresamente que requiere la información con “de manera urgente con el fin de revisar y actualizar el presupuesto.” (Negritas fuera del texto original).

4.2.6. Oficio INVIAS DT-ATL-29202 del 15 de junio de 2012. El 15 de junio de 2012 el Ing. Miguel Garcia Sierra, Director Territorial Atlántico del INVIAS, en respuesta



al oficio del 29 de mayo de 2012 del Dr. Carlos Nery López Toncel le envía "...5 CD con los estudios, diseños y presupuestos de la vía Palermo – Sitio Nuevo – Remolino – Guáimaro, incluyendo la variante Palermo que permitirá alejar la vía del río Magdalena..."

4.2.7. Oficio INVIAS DT-ATL-37236 del 31 de julio de 2012. El 31 de julio de 2012 el Director Territorial Atlántico del INVIAS, en comunicación dirigida al Dr. Luis Miguel Cotes Habeych, gobernador del Magdalena, le informa que atendiendo la solicitud telefónica de su secretario de información, le certifica que consultado el sistema del Instituto Nacional de Vías, que contiene la base de datos SICO, **los diseños entregados por las firmas consultoras INGEOCIM LTDA y LA VIABILIDAD LTDA, objeto de los contratos 3434 de 2008 y 1873 de 2007, respectivamente, cumplen y tienen viabilidad técnica de los proyectos en fase 3.**

Por solicitud telefónica del Secretario de Infraestructura de la Gobernación del Magdalena me permito certificar que Consultando el Sistema del Instituto Nacional de Vías, que contiene la base de datos SICO, se verificó que el INSTITUTO suscribió y ejecutó el contrato No. 3434 del 23 de Diciembre de 2008, la firma consultora fue La Viabilidad Limitada y su objeto fue la "Actualización y Complementación de los Estudios y Diseños del Sector Sitio Nuevo – Remolino – Guáimaro, incluyendo Puentes, Ruta 27 Tramo 02 y Estudios y Diseños de la Variante entre el PR 56 a PR 58 del Sector Palermo – Sitio Nuevo Ruta 27 Tramo 02, Departamento del Magdalena", así como el contrato No. 1873 de 2007, con la firma consultora Ingeocim Ltda., con el siguiente objeto "Actualización de los Estudios y Diseños de Pavimentación de 24 km de la carretera Palermo-SitioNuevo código 2702, 11 km de la carretera Plato-Tenerife y 4.5 km de la vía Piñón-Tenerife, código 2701, en el Departamento del Magdalena". Los diseños cumplen y tienen viabilidad técnica de los proyectos en fase 3.

Adicionalmente le indica que la Viabilidad Limitada e Ingeocim Ltda cumplieron con el alcance planteado en el objeto del contrato, realizaron el adecuado planteamiento, programación y conducción de los estudios, de acuerdo con lo indicado por el INVIAS.

Finalmente le informa que la gobernación de Magdalena solicitó copia del proyecto para gestionar recursos y poderlo ejecutar, entregándole copias en medio digital, por parte de la territorial Atlántico.

4.2.8. Convenio interadministrativo 1266 de 2012.

4.2.9. Documento Conpes 3742

4.2.10. Convenio específico 649 de 2013

4.2.11. Oficio INVIAS DG 39494 del 25 de julio de 2013. El 25 de julio de 2013 los doctores Leonidas Narvaez Morales, Director General del Invias y Javier Alberto Hernández López, viceministro de infraestructura del Ministerio de Transporte, le informan al Dr. Luis Miguel Cotes Habeych, gobernador del Magdalena que

57



comparten las observaciones que realiza la Procuraduría General de la Nación respecto del proceso de contratación por licitación pública y le manifiesta su preocupación por que a pesar de ello la entidad siguió con el proceso de selección sin tomar las medidas solicitadas, o al parecer fuera de los términos; además por cuanto en un proceso de tal magnitud solamente se presentaron 3 proponentes, destacando que los pliegos tipo del INVIAS si permiten la pluralidad de oferentes. De ahí que le solicitan adoptar las medidas para salvaguardar el cumplimiento de las normas de contratación estatal.

4.2.12. Oficio INVIAS DG 42006 del 8 de agosto de 2013. El 8 de agosto de 2013 el Director General del INVIAS en comunicación dirigida al Dr. Luis Miguel Cotes Habeych, le informa sobre la decisión adoptada relacionada con la terminación del Convenio 649 de 2013 y como consecuencia le solicita la revocatoria directa del acto de apertura de la licitación LP-DM-07-2012, y en subsidio de ello, la declaratoria de desierta de la mencionada licitación, al considerar que la gobernación de Magdalena no adelantó el proceso contractual acorde con la reglamentación legal, situación que generaría serios riesgos, de firmarse el contrato.

Consideró que la gobernación de Magdalena no hizo las publicaciones en el SECOP de los avisos de convocatoria no atendiendo los intervalos establecidos en el numeral 3° del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 224 del Decreto 19 de 2012. Que el 12 de julio de 2013, con posterioridad al acto de apertura de la licitación, se hicieron cambios sustanciales que afectan los estudios previos, los cuales obedecieron a las modificaciones introducidas en la Adenda No. 3 al pliego de condiciones. Que la audiencia de aclaración y revisión de la asignación de riesgos previsible se llevó a cabo un día después del vencimiento del plazo previsto en la Ley. Que se expidieron adendas al pliego de condiciones por fuera del término máximo permitido por la ley, a través de las cuales hubo modificaciones sobre la minuta del contrato, formato de presentación de ofertas, formato de hoja de vida de los especialistas, matriz de riesgo ajustada CONPES. Que el día hábil anterior al cierre de la licitación se publicó un documento denominado aclaración al pliego de condiciones, no obstante ser realmente una adenda que lo modifica etc, entre otras.

- 4.2.13. Modificación No. 1 al Convenio 649 de 2013.
- 4.2.14. Auto No. T-4130835 de la Corte Constitucional.
- 4.2.15. Modificación No. 2 al Convenio 649 de 2013.
- 4.2.16. Modificación No. 3 al Convenio 649 de 2013.
- 4.2.17. Acta de aprobación de estudios y diseños del 28 de abril de 2015.

4.2.18. En la visita especial realizada al INVIAS el 1 y 2 de agosto de 2017 se pusieron a disposición las siguientes carpetas contractuales,: (i) Del convenio marco 1266 de 2012 (2 carpetas de yute); (ii) Del convenio 649 de 2013 (1 carpeta de yute y 3 AZ); Del contrato de interventoría número 3795 de 2013 (3 carpetas de Yute y 9 AZ), las cuales fueron revisadas en la forma y con las anotaciones descritas en las



respectiva acta (ver folios 323-347 c.p.2 y 592-602 c.p.3; cuadernos anexos 8, 9, 10).

El anexo número 8 al expediente corresponde a la carpeta No. 1 del Convenio 1266 de 2012. El anexo número 9 corresponde a la carpeta No. 2 del Convenio 1266 de 2012; el anexo número 10 corresponde a la carpeta No 1 del Convenio 649 de 2013.

4.2.19. Visita especial al Tribunal de Arbitramento: (acta de visita folios 1138-1144 y cd en folio 1147 c.p. 6). El 18 de mayo de 2018, en cumplimiento a lo ordenado en el auto del 9 de mayo de 2018 que dispuso la práctica de pruebas requeridas de oficio y a petición de parte se practicó visita especial en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá con el fin de conocer el trámite, actuaciones y decisiones proferidas en el proceso arbitral convocado por el Consorcio Ribera Este Contra el Departamento del Magdalena, relacionado con la vía de la prosperidad, y especialmente determinar si se ha surtido la contradicción del dictamen técnico rendido por el ingeniero civil Orlando Santiago Cely de la Sociedad Colombiana de Ingenieros, aportado al expediente disciplinario por el apoderado de los investigados.

En esta visita se determinó que existe el proceso con número de caso 5358 que corresponde al arbitraje Consorcio Ribera Este contra el Departamento del Magdalena, el cual, para el momento de la visita (18-05-2018) se encuentra pendiente de dar traslado a la parte convocada – Departamento del Magdalena- de la reforma a la demanda. Los trámites principales surtidos correspondieron a la presentación de la demanda, instalación del tribunal de arbitramento del 30 de octubre de 2017, traslado de medidas cautelares, negociación de medidas cautelares principales y subsidiarias, contestación de la demanda y aporte de pruebas, entre ellas el dictamen pericial emitido por el ingeniero Orlando Santiago Cely de la Sociedad Colombiana de Ingenieros, traslado de la excepciones, reforma a la demanda y solicitud de decreto de prueba del dictamen pericial que se encuentra en elaboración por parte de la Sociedad de Ingenieros del Atlántico.

En esta decisión el convocante, Consorcio Ribera Este, a través de a su apoderado el doctor Gustavo Quintero Navas solicitó que se declare, principalmente, el incumplimiento por parte de la Gobernación de Magdalena del contrato 617 de 2013. Asimismo que se declare el rompimiento de la ecuación contractual a favor del Consorcio Ribera Este en razón de la ejecución por parte del contratista de obras no pagadas por el Departamento del Magdalena y solicitadas por el contratista, igualmente por la mayor permanencia de la obra a partir del 1 de marzo de 2017, también por la ejecución de mayores cantidades de obra que no se han podido ejecutar. De igual manera se solicitó que se declare la ilegalidad de la multa impuesta al Consorcio Ribera Este por parte del Departamento del Magdalena, en la suma de \$15.616.000.000,00, según la Resolución 0822 del 11 de junio de 2017. En consecuencia, pidió que se condene al Departamento por daño emergente en las sumas de \$25.333.357.867,19 y \$375.410.176.7. Igualmente requirió condenas



por lucro cesante y daño inmaterial en cuantía de 100 salarios mínimos mensuales legales.

Por su parte la Gobernación de Magdalena como convocada, a través de su apoderado el doctor Gonzalo Suárez Beltrán en contestación a la demanda se opuso a todas las pretensiones de la Demanda. Entre otras consideraciones adujo que si bien es cierto a través del convenio 649 de 2013 el INVIAS se comprometió a contratar la interventoría y el Departamento del Magdalena la obra, y que el primero tenía la obligación de *“la entrega de los Estudios y Diseños en fase III para la ejecución del proyecto”*, según el numeral 3 de la cláusula octava del convenio, *“no es óbice para advertir que de conformidad con el numeral 2.2 de los estudios previos de la contratación existía a cargo del contratista la siguiente obligación: “No obstante dentro del alcance del objeto a contratar, se ha de considerar a cargo del Contratista que resulte seleccionado, la obligación de revisar y ajustar aquellos estudios y diseños técnicos entregados al Departamento por el INVIAS, los cuales acompañan este estudio previo como anexos al mismo, y permanecerán disponibles en la entidad para su consulta.”* Por tanto, el contrato previó a cargo del contratista, hoy convocante, en la cláusula quinta, el ítem de 71 denominado *“ajuste estudios y diseños”*.

Adjunto a esta contestación de la demanda, se aportó el dictamen técnico de la Sociedad Colombiana de Ingenieros, perito, ingeniero Orlando Santiago Cely para demostrar que no hay lugar al reconocimiento de \$25.333.357.867,19. Dictamen que también fue aportado por el apoderado designado por los investigados en este proceso disciplinario, del cual, para la fecha de la visita especial (18-05-2018) no había surtido el trámite de contradicción ordenado por el Código General del Proceso dado que el proceso arbitral, como se indicó se encontraba pendiente para dar traslado a la parte convocada de la reforma a la demanda.

4.2.20. La secretaria del OCAD CARIBE a cargo de la Gobernación de Atlántico, mediante comunicación electrónica atendió el requerimiento enviado por la Procuraduría Primera Delegada para la Contratación Estatal que en cumplimiento a lo dispuesto en auto del 12 de junio de 2018 requirió *“Remitir copia de la solicitud de recursos presentada por la Gobernación de Magdalena para comprometer recursos del Sistema General de Regalías por un monto de \$200.000 millones para el proyecto de mejoramiento de la vía Palermo - Sitio Nuevo – Remolino – Guáimaro , junto con los documentos soportes, así como los documentos emitidos por el OCAD, como actas, observaciones, acuerdos, entre ellos el acuerdo 001 del 19 de octubre de 2012 por el cual se viabilizó, priorizó y aprobó este proyecto.”* (folio 1494 a 1500, 1514, 1522 a 1525. Medios magnéticos anexos en folios 1526 del c.p.7 y 1715 del c.p. 8)

4.2.21. A su turno la secretaria de planeación de la gobernación de Bolívar del 31 de agosto de 2018, que fungió también como secretaria técnica del OCAD CARIBE, remitió *“documentación en medio magnético del proyecto de Mejoramiento*



de la Vía Palermo – Sitio Nuevo –Remolino – Guáimaro, junto con los documentos soporte, los cuales reposan en los archivos digitales de la Secretaria de Planeación. En su oportunidad los archivos físicos fueron entregados a la Gobernación de Magdalena.” (folio 1869, CD folio 1870 c.p.8, anexos en folios 1526 del c.p.7 y 1715 del c.p. 8)

4.2.22. La secretaria de planeación de la gobernación de Bolívar del 31 de agosto de 2018, que fungió también como secretaria técnica del OCAD CARIBE, remite “documentación en medio magnético del proyecto de Mejoramiento de la Vía Palermo – Sitio Nuevo –Remolino – Guáimaro, junto con los documentos soporte, los cuales reposan en los archivos digitales de la Secretaria de Planeación. En su oportunidad los archivos físicos fueron entregados a la Gobernación de Magdalena.” (folio 1869, CD folio 1870 c.p.8.

4.2.23. Mediante el Acuerdo No. 001 del 19 de octubre de 2012 el Órgano Colegiado de Administración y Decisión OCAD Región Caribe, en el artículo cuarto dispuso impartir aprobación para la financiación del proyecto de inversión del sector de infraestructura vial, que se encuentra en fase III Mejoramiento de la vía Salamina – Guáimaro – Remolino – Sitio Nuevo (Palermo) presentado por la ETC Magdalena, a quien se designa como ejecutor del proyecto, con un costo total de \$466.683.000.000,00 y valor a financiar por el SGR de \$200.000.000.000,00.

Ahora bien, de acuerdo con el artículo 28 de la Ley 1530 de 2012 y el artículo 4 del Decreto 414 de 2013 las entidades públicas designadas como ejecutoras deben garantizar la correcta ejecución de los recursos asignados al proyecto de inversión, así como el suministro y registro de la información veraz, oportuna e idónea, para realizar el monitoreo, seguimiento, control y evaluación de los recursos del SGR, en las condiciones, instrumentos y herramientas, definidos para tal efecto por el Departamento Nacional de planeación en circulares 03 de 2012, 62 y 63 de 2013, y SMSCE 001 y 002 de 2012 y las Resoluciones 1789 y 2620 de 2013 y demás normas que las modifiquen, adicionen o sustituyan.

4.2.24. Mediante acta No. 008 de sesión del OCAD CARIBE, del 15 de abril de 2013, a la que asistió el gobernador del Magdalena Luis Miguel Cotes, se deja constancia que se hicieron algunos ajustes a los proyectos, que no son sustanciales ni afectan el alcance de estos, sino que son necesarios para contar con la coherencia de todos los soportes de cada proyecto y así tener éxito en el desembolso de los recursos. Concretamente frente al proyecto de la ETC Magdalena antes referido, se indicó que el nombre el proyecto presenta diferencias en el Acuerdo, el valor del proyecto no coincide con el aprobado y se deben ajustar los valores y el flujo financiero.

4.2.25. A través del Acuerdo número 006 del 8 de julio de 2013 por el cual, en el artículo primero, se aprueba el flujo de recursos del proyecto Mejoramiento de la



vía Salamina (Guáimaro) – Remolino - Sitio Nuevo (Palermo) en el departamento del Magdalena, Caribe, aprobado mediante Acuerdo 001 del OCAD CARIBE. En esta decisión se establecieron los recursos con cargo al FDR (\$126.587.765.992) y al FCR (\$73.412.234.008), por las vigencias fiscales 2013, 2014 y 2015 para un total de \$200.000.000.000,00 del SGR.

4.2.26. Mediante acta No. 008 de reunión del OCAD CARIBE del 15 de abril de 2013, con la participación del Dr. Luis Miguel Cotes, gobernador del Magdalena, se solicitó modificar el Acuerdo 006 del 8 de julio de 2013 en el sentido relacionar de todas las fuentes de financiación del proyecto Mejoramiento de la vía Salamina (Guáimaro) – Remolino - Sitio Nuevo (Palermo) en el departamento del Magdalena, Caribe, código BPIN 2013000020048, incluyendo así los recursos con cargo al presupuesto general de la nación por \$266.900.000.000. La solicitud fue aprobada por los miembros del OCAD.

4.2.27. En el Acuerdo 23 del 25 de mayo de 2015 se corrigió el artículo primero del Acuerdo 006 del 8 de julio de 2013 respecto a la aprobación del flujo de recursos para el proyecto de inversión, que incluye, además de las vigencias fiscales 2013 al 2015, la del 2016.

4.2.28. Oficio del Departamento Nacional del Planeación No. 20185100398531 del 27 de junio de 2018 (folios 1689-1691). A la Secretaría técnica del Consejo Nacional de Política Económica y Social le fue solicitado remitir copia del documento CONPES 3742 del 15 de abril de 2013, en el cual declara la importancia estratégica para el país, para el integración de la región caribe y su desarrollo, el proyecto “Mejoramiento de la vía Palermo Sitio Nuevo – Remolino – Guáimaro en el Departamento del Magdalena”, con los anexos que lo integran y documentos referidos en el pie de página, dependencia que en su respuesta adjunto lo siguiente:

4.2.29. Documento CONPES 3742 del 15 de abril de 2013 “IMPORTANCIA ESTRATEGIA DEL PROYECTO “MEJORAMIENTO DE LA VIA PALERMO – SITIONUEVO – REMOLINO- GUÁIMARO, EN EL DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA”” y sus anexos (contiene aval fiscal, comunicación para confinación SGR y Acuerdo 001 de SGR.

4.2.30. Anexo 1 Oficio Aval Fiscal para la declaratoria de importancia estratégica del programa estratégico de conectividad vial del contrato Plan Boyacá Camino a la Prosperidad y el “Mejoramiento de la Vía Salamina – Guáimaro – Remolino – Sitio Nuevo - Palermo. Departamento del Magdalena”, que corresponde al pie de página 3.

4.2.31. En este oficio, con radicación 2-2013-008969 del 18 de marzo de 2013, el secretario ejecutivo del Consejo Superior de Política Fiscal le informa a la Ministra de Transporte que el CONFIS en la sesión del 6 de marzo de 2013 dio el aval fiscal



para que el INVIAS continúe ante el DNP y el CONPES los trámites de declaratoria de importancia estratégica para el país el desarrollo del “Mejoramiento de la vía Salamina – Guáimaro – Remolino –Sitio Nuevo –Palermo, Departamento del Magdalena”, con el plan de inversiones por valor de \$266.900 millones de pesos, discriminados de la siguiente manera en las vigencias fiscales 2014 (\$70.000), 2015 (70.000) y 2016 (\$126.900).

4.2.32. Anexo 2 – Oficio ST 20122810658031 del 30 de agosto de 2012. Soporte de los aportes de la Nación, para efectos de dar cumplimiento a los artículos 6 y 7 del Acuerdo 06 de 2012 que corresponde con el pie de página 4.

4.2.33. En esta comunicación el Director General del DNP le informa al secretario ejecutivo del OCAD CARIBE que para el proyecto Mejoramiento de la vía Salamina – Guáimaro – Remolino –Sitio Nuevo –Palermo, Departamento del Magdalena”, el gobierno nacional tiene previsto aportes por \$266.900 millones a través del Ministerio de Transporte, al ser considerado el proyecto como de importancia estratégica por impulsar el cumplimiento de los objetivos plasmados en el plan de desarrollo 2010-2014 “Prosperidad para todos”.

4.2.34. Anexo 3 – Acuerdo No. 001 del 19 de octubre de 2012 “Por medio del cual se adoptan los proyectos de inversión aprobados en la sesión No. 002 del OCAD Región Caribe del 10 de septiembre de 2012”, que corresponde al pie de página nro. 6.

4.2.35. Estudio de vocación del conflicto y uso del sentido del suelo en Colombia. IGAAC- CORPOICA que corresponde con el pie de página nro. 7.

4.2.36. Evaluaciones agropecuarias por Consenso 2011. MADR-DPS, que corresponde con el pie de página nro. 8.

En este documento se consideró “... pertinente advertir que, en el ejercicio de tales competencias, actualmente **el CONPES como órgano colegiado no emite actos administrativos aprobatorios de proyectos de inversión, ni autoriza los mecanismos jurídicos de ejecución contractual de los mismos**, de acuerdo con lo indicado por el artículo 110 del Estatuto Orgánico del Presupuesto²⁸ (folio 1689 vuelto).

Igualmente se indica que “... en términos generales, el CONPES despliega una *función principal de asesoría que se materializa en documentos de política que*

²⁸ Decreto 111 de 1996 “Artículo 110. Los órganos que son una sección en el Presupuesto General de la Nación, tendrán la capacidad de contratar y comprometer a nombre de la persona jurídica de la cual hagan parte, y ordenar el gasto en desarrollo de las apropiaciones incorporadas en la respectiva sección, lo que constituye la autonomía presupuestal a que se refieren la Constitución Política y la ley. Estas facultades estarán en cabeza del jefe de cada órgano quien podrá delegarlas en funcionarios del nivel directivo o quien haga sus veces y serán ejercidas teniendo en cuenta las normas consagradas en el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública y en las disposiciones legales vigentes (...)”



constituyen recomendaciones al gobierno nacional; recomendaciones que, salvo expresa disposición legal, no les confiere un carácter decisorio, definitivo, o complementario a la actuación administrativa que las materializa.” (folio 1689 vuelto)

Ahora bien, frente a la asignación de recursos en los proyectos declarados de importancia estratégica señaló que *“En línea con lo anterior, los documentos CONPES que declaran la importancia estratégica no asignan recursos como tal, se elaboran y aprueba luego que el Consejo Superior de Política Fiscal (CONFIS) del Ministerio de Hacienda y Crédito Público emite un aval fiscal (i.e., una autorización de un cupo o techo de recursos que afectan presupuestos futuros, que pueden ser ordinarias o excepcionales según lo definen los artículos 10 y 11 de la Ley 819 de 200329). Lo anterior implica que los documentos CONPES de importancia estratégica son una etapa en el trámite de solicitud de vigencias futuras para proyectos específicos que superan el periodo de Gobierno” (Negritas fuera del texto original – folio 1690).*

En lo atinente al seguimiento del documento CONPES 3742 del 15 de abril de 2013 informa que antes del primer semestre de 2016, el seguimiento de los documentos CONPES no era sistemático, y se definía en las fichas de programación de éstos, dado que eran considerados de trámite. A partir del primer semestre de 2016 se definió que a los documentos CONPES se les realizaría seguimiento a través del formato Plan de Acción y Seguimiento (PAS), de manera semestral, con corte a 30 de junio y 31 de diciembre, de acuerdo con el artículo 2.2.12.4.2 del Decreto 1082 de 2015.

4.2.37. Acta de visita especial realizada en la Subdirección de Control de la Dirección de Vigilancia de las Regalías del Departamento Nacional de Planeación-DNP- con el fin de conocer la información y documentación que fundamentó la medida de suspensión preventiva de los giros del Sistema General de Regalías a la Gobernación de Magdalena (folios 349-350 y soportes documentales en los folios 351-483 c.p.2)

4.2.38. El 11 de julio de 2017 se practica visita especial en la Gobernación de Magdalena con el fin de obtener la documentación que corresponda con relación al proyecto denominado vía de la prosperidad, especialmente en lo atinente a las acciones adelantadas por la Gobernación de Magdalena frente a los posibles incumplimientos del programa de inversiones del contrato 617 de 2013 y la presunta omisión de iniciar proceso sancionatorio de imposición de multas al contratista consorcio Ribera Este, no obstante las advertencias efectuadas por el interventor del contrato CONSORCIO ICI. folios 1-11 c.a. 1).

Como complemento a la finalidad de la visita especial aludida, reposa en el cuaderno anexo número 3 el oficio E- 2017-011385 del 13 de julio de 2017 suscrito

²⁹ “Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de presupuesto, responsabilidad y transparencia fiscal y se dictan otras disposiciones.”



por el Dr. Eduardo Rodríguez Orozco, Jefe de la Oficina Asesora Jurídica por el cual hace entrega de (i) 3 DVD contentivos de los audios y videos del procedimiento administrativo sancionatorio que se adelanta en contra del Consorcio Ribera Este, con ocasión del contrato 617 de 2013; 1 CD contentivo del expediente digitalizado del proceso sancionatorio que se adelanta en contra del Consorcio Ribera Este; (iii) Copia del oficio signado por la Gobernadora, Dra. Rosa Cotes de Zúñiga , dirigido a los doctores Fabio Manjarrés Pinzón, gerente de proyectos y Eduardo Rodríguez Orozco, gerente de la Oficina Asesora Jurídica, para que de manera coordinada atiendan inmediatamente lo relacionado con la solicitud de multa del interventor del contrato 617 de 2013; el oficio corresponde al radicado E-2017-001515 del 9 de febrero de 2017 (ver folios 1 al 3, y medios magnéticos en folios 15 al 18)

4.2.39. Oficios con destino a los Tribunales Superiores de Barranquilla y Santa Marta, Tribunales Administrativos de Magdalena y Atlántico, Corte Constitucional y Consejo de Estado solicitando copia de las decisiones adoptadas en relación la contratación para el mejoramiento de la vía Palermo – Sito Nuevo – Remolino – Guáimaro, en el Departamento del Magdalena y respuestas (folios 521 a 563 c.p.2 y 576-577 c.p.3)

4.2.40. Comunicación de la División de Registro Control y Correspondencia de la Procuraduría General de la Nación respecto de los registros de los procesos disciplinarios adelantados por la entidad que guarden relación con la contratación para el mejoramiento de la vía Palermo – Guáimaro en el Departamento del Magdalena (folios 578-583 y cuaderno anexo 7).

4.2.41. Informes de auditoría especial realizada por la Contraloría General de la República al proyecto de carretera vía de la Prosperidad junto a los soportes documentales de los hallazgos fiscales con incidencia disciplinaria (folios 223-250 c.p.1).

4.2.42. Oficio GPD 140-05-67-16 del 17 de agosto de 2016. folios 1 al 7, incluye cd en folio 4 cp 1. El Dr. Fabio Manjarrés, gerente de proyectos especiales de la Gobernación de Magdalena y supervisor del contrato de obra 617 de 2013, en repuesta a la solicitud de información sobre la ejecución del citado contrato que le hiciera la Dra. Fanny María González Velasco, Procuradora Delegada para la Vigilancia de la Función Pública a la Dra. Rosa Cotes de Zúñiga, Gobernadora del Departamento, refiere en el numeral c) de su oficio, faltantes a los diseños fase III para la ejecución de la obra, en los siguientes términos:

“Respecto a la relación de diseños fase III faltantes para la ejecución total de la obra con porcentaje de avance le informamos que para los tramos entre Sitio Nuevo a Remolino y de allí a Guáimaro (incluidas las variantes de Palermo y Sitio Nuevo) solo definido el trazado se podrá establecer cuáles serán los diseños faltantes para llevarlos a fase III, que en todo



caso corresponderán a los siguientes: (subrayado fuera del texto original)

1. Trazado y diseño geométrico
2. Suelos y fundaciones
3. Estabilidad de taludes y terraplenes
4. Hidrología e hidráulica
5. Diseño de estructuras de drenaje mejor
6. Diseño de señalización y seguridad vial

Si el trazado se mantuviera por el existente, se requerirá complementar los existentes con los siguientes a fase III

1. Trazado y diseño geométrico definitivo (que incluya los ajustes a los existentes)
2. Suelos y fundaciones
3. Estabilidad de taludes
4. Hidrología e hidráulica
5. Diseño de estructuras de drenaje

Se subraya la expresión solo definido el trazado se podrá establecer cuáles serán los diseños faltantes para llevarlos a fase III, pues evidencia que en efecto para el 17 de agosto de 2016, fecha de la misiva, era claro que una obra ya iniciada hace más de 1 año, aún pendía de definición de estudios y diseños, que solo se precisarían hasta que se definiera el trazado final y real de la vía, situación que no compagina con la adecuada planeación de un proyecto de infraestructura, y que en gracia de discusión si la vía de mantuviera con el trazado original, tampoco sería viable su ejecución en la forma diseñada porque como bien lo dice la nota trascrita, se requiere complementar los existentes, complementos que van mas allá de simples ajustes porque afecta volúmenes importantes de geología, estabilidad de taludes, hidrología e hidráulica y estructura de drenajes.

Es por lo anterior que, para agosto de 2016, la Gobernación de Magdalena a través de la Gerencia de Proyectos aún, en una obra pública, de la envergadura acotada en esta decisión, no puede establecer el monto total de los recursos para su ejecución, que claramente requiere de nuevos diseños. Al respecto se consignó en el literal f) de la comunicación aludida:

“En cuanto a la proyección del monto total de los recursos necesarios para ejecutar la totalidad de la obra de acuerdo a los nuevos diseños y toda aquella información que se considere pertinente para establecer el estado real de la ejecución de la obra, no es posible a la fecha estimarlos, por cuanto se hace necesario definir el trazado definitivo que la vía tendrá para proceder a los cálculos de la inversión.”

66



Lo expuesto, evidencia una falla sustancial de planeación en materia de proyectos de infraestructura de obra pública.

4.2.43. Oficio GPD 0630-16 del 16 de septiembre de 2016. (folios 8 al 19. incluye cd en folios 12 y 19 c.p.1)

El Dr. Fabio Manjarrés, gerente de proyectos de la gobernación de Magdalena da respuesta a la comunicación enviada a la Dra Rosa Cotes de Zúñiga, Gobernadora del Magdalena por la Procuradora Delegada para Vigilancia Preventiva de la Función Pública (radicado 145281 del 02-09-2016, folio 20, ambas caras).

En esta comunicación se indaga por aspectos relacionados con las modificaciones al contrato 617 de 2013 en cuanto a la altura de los terraplenes, las obras hidráulicas consideradas en el proyecto, el diagnóstico ambiental de alternativas (DAA) para la variante Palermo, las fuentes de materiales consideradas para el proyecto y el alcance del proyecto en función del presupuesto inicial.

Se procede a destacar las siguientes preguntas y respuestas, dado que en consonancia con lo que se expone en esta decisión, permiten, en este momento, atender el requisito de la formulación de cargos, como lo es la prueba de la existencia objetiva de la falta disciplinaria.

Tema: Modificación altura de terraplenes:

Pregunta Procuraduría: “1. Entendemos que el contrato 617 de 2013 ha sufrido varias modificaciones, principalmente luego de la ola invernal de 2010-2011 y de acuerdo a esto se hicieron modificaciones a los diseños de los terraplenes, incrementando sus alturas originales de diseño. ¿Cómo han impactado en términos de costos y plazo de ejecución estas mayores obras de los nuevos terraplenes?”

Respuesta Gobernación: “En cuanto al ajuste de la altura de los terraplenes, adjunto remitimos documentos que soportan tal decisión, derivada básicamente de la definición de la nueva cota de inundación que determinó la ola invernal 2010.

Las cotas de los terraplenes de los diseños finales, incrementaron aproximadamente 1m la altura de los terraplenes iniciales a la altura del proyecto.

Los costos para esta actividad, en el primer tramo que se está interviniendo entre Palermo y Sitio Nuevo incrementaron los ítems 2



(material de terraplén), 3 (conformación de terraplén) y 5 (transporte de material) en total aproximado de \$116.937.560.720.oo.”

En consecuencia, se puede advertir que, como consecuencia de la ola invernal, ocurrida para el año 2010, hubo que definir la cota de inundación de una obra que se planeó con posterioridad a este año, es decir para las vigencias 2012 y 2013 cuya ejecución real empezó en el año 2015. Cota que incidió en la altura de los terraplenes en 1 metro, **incrementó los costos de esta actividad en un total aproximado, estimado para septiembre de 2016, fecha de la comunicación, en la suma de \$116.937.560.720, cuando el valor del contrato de obra 617 de 2013 correspondía a \$432.010.178.757,42**, e impactó económicamente y en esencia los ítems, el material de terraplén, la conformación del terraplén y el transporte del material.

Tema: Fuentes de materiales:

Pregunta Procuraduría: “¿Qué ha hecho la Gobernación como entidad contratante, respecto a las fuentes de materiales para las obras, teniendo en cuenta que en los costos iniciales no se contemplaron las mayores distancias de acarreo que están impactando los costos del proyecto?”

Respuesta Gobernación: “Teniendo en cuenta que el INSTITUTO NACIONAL DE VIAS, en el proyecto que entregó al Departamento en Fase 3, junto con el presupuesto detallado, incluidas las cantidades en las actividades de transporte, **no contempló las mayores distancias de acarreo, que hoy están impactando los costos del proyecto**, el DEPARTAMENTO a través de distintos comités, varios de ellos celebrados en presencia de INVIAS, y el mismo Instituto, solicitamos a la Interventoría y al Contratista, identificar nuevas fuentes de materiales licenciadas y que se encontraban a menor distancia al centro de gravedad del proyecto que permitieran ahorros de estas actividades.

Igualmente se solicitó considerar el transporte multimodal, que **finalmente luego de los estudios que realizó la interventoría con el contratista, llevaron a que se aprobó la inclusión de este ítem nuevo al contrato**, ya que el desplazamiento por el Río, desde unos centros de acopio determinados, disminuyeron las distancias del transporte terrestre. Esta modalidad de transporte se ha venido implementando en la medida en que las condiciones de navegabilidad por el río lo permiten.

Igualmente se han venido trabajando en la provisión de material mezclados en diferentes fuentes, que entre sí compensan menores



distancias al centro de gravedad del proyecto.” – Negritas fuera del texto original-

Nótese que la expresión destaca en negrita que los estudios y diseños fase III junto con el presupuesto que empleó la Gobernación de Magdalena para este proyecto de infraestructura vial **no contempló las mayores distancias de acarreo, que hoy están impactando los costos del proyecto, al punto que los estudios fueron realizados durante la ejecución por parte de la interventoría y el contratista y no antes de iniciar la obra y en todo caso, durante la planeación y estructuración del proyecto.** De manera que insistentemente se reitera que existen evidencias para señalar la desatención de la planeación y por el ende el impacto económico de un proyecto que como se observa en la siguiente pregunta, además de afectar los costos del mismo también perjudicaría el alcance del proyecto.

Tema: Alcance del proyecto:

Pregunta Procuraduría: “Para los diferentes puntos mencionados tales como los mayores terraplenes, obras hidráulicas y cambios de los trazados incluyendo unas nuevas variantes, solicitamos que nos envíe el soporte documental que justifique las modificaciones contractuales que nos entendemos ha habido.”

Respuesta Gobernación: “En cuanto al alcance en kilómetros que se podrían ejecutar con los recursos actuales, no es posible definir en este momento cual sería aquel, por cuanto mientras no se tenga el trazado aprobado para el tramo llamado Variante de Palermo y de Sitio Nuevo, y se tengan diseños definitivos para los tramos entre Sitio Nuevo – Remolino Guiamro, con los ajustes al trazado que se vienen adelantando, no se puede estimar el costal total de la obra.

Esto debido a que el comportamiento geomorfológico, hidráulico y la estabilidad de los suelos, definen entre otras cosas la altura de los terraplenes, las condiciones de mejoramiento del sub rasante y los demás aspectos de **definición de la estructura de pavimento, que tienen impacto directo en los costos de la obra, lo cual determina el costo por KM.**

El Departamento, una vez tenga el presupuesto final consolidado que arrojen los estudios y diseños realizará las actividades internas que nos permitan apropiar recursos, incluyendo la labor interinstitucional con otras entidades (...)

Sea oportuno manifestar que para el Departamento del Magdalena, esta obra es de nuestro mayor interés, por esa razón se dispuso de recursos

69



importantes para apoyar a la Nación en cumplimiento de sus fines, como es, para el caso, intervenir y mejorar una vía a su cargo, y así se continuará haciendo, por cuanto es evidentemente el mejoramiento de la vía Palermo – Sitio Nuevo, Remolino – Guáimaro , **es de vital importancia para el desarrollo de la Región y para la conectividad al interior del país con la reducción de tiempos y costos que ello implica.”**

Realmente comunicaciones y expresiones como las expuestas en precedencia y principalmente las resaltadas llaman la atención de esta Procuraduría Primera Delegada para la Contratación Estatal pues más allá de la palabra, estas encierran una situación fáctica, soportada en los documentos adjuntos allí aludidos, que pone de manifiesto que durante la ejecución de un proyecto de vital importancia para el Departamento, como allí se expone, el cual busca la conectividad de la Región con interior del país, a tres años, aproximadamente, de su planeación, aún no se conozca cuál va a ser el alcance en kilómetros y recursos para el mejoramiento de una carretera, denominada vía de la prosperidad, y esto por cuanto como allí se expresa se deben definir muchos aspectos y variables para determinar los costos que incidirán en los kilómetros a ejecutar. Reiterando una vez más que existen elementos serios, objetivos y fundados para reprochar una falta de planeación y con ello una posible afectación y desatención del principio de economía, fundamentalmente.

4.2.44. Acta número 1 del 3 de diciembre de 2012 de comité operativo del convenio interadministrativo número 1266 de 2012. Asistentes: Por INVÍAS: Miguel García – Director Territorial Atlántico – INVÍAS. Por el Departamento: Luis Miguel Cotes Habeych, gobernador del Magdalena. Carlos Neri López, secretario de Infraestructura. Claudia Janeth Orjuela. Asesora gobernación.

En esta acta se establecen los siguientes compromisos para los partes adquiridos en virtud del convenio interadministrativo No. 1266 de 2012 y se dejan definidos algunos aspectos administrativos y técnicos del convenio así: (...)

OBLIGACIONES DEL DEPARTAMENTO:

- **Elaborar** y publicar **el estudio previo**, considerando las observaciones del INVÍAS y excluir aquellos tramos que se encuentra en ejecución.
- **Elaborar** y publicar **el proyecto de pliego de condiciones**

OBLIGACIONES DEL INVÍAS

- Remitir el CONPES al DNP
- Verificar y conceptuar sobre la necesidad de suscribir un convenio específico para que el Departamento contrate el desarrollo de la obra objeto del convenio Marco 1266 de 2012



- Teniendo en cuenta que actualmente INVIAS ejecuta un contrato que tiene por objeto el Diseño del sector Salamina – Guáimaro y Puente sobre el Caño Clarín y una vez estos estén recibidos por parte del INVIAS se hará entrega de los diseños y presupuestos del sector Guáimaro – Salamina y Puente Caño Clarín, incluyendo sus accesos, para que el Departamento inicie las gestión (sic) administrativas y presupuestales de los recursos adicionales para continuar con el sector Salamina Guáimaro y el Puente Caño Clarín.

4.3. PRUEBAS ALLEGADAS EN DESCARGOS

➤ Documentos aportados por la defensa

4.3.1. Certificación de la gobernación de Magdalena, suscrita por la Dra. Leidy Medina Pavajeau – Jefe Oficina de Contratación. *El apoderado señala que a través de este documento se establece que las personas interesadas en el proyecto tuvieron la oportunidad de acceder a los estudios y diseños pero no advirtieron las inconsistencias de los mismos. (folios 2469-2473)*

4.3.2. Acta de comité No. 8, de fecha 27 de marzo de 2015, convocada por la gobernación de Magdalena. *Con la cual defensa quiere demostrar que solamente hasta marzo 27 de 2015 se advirtieron que los diseños de la obra de la vía de la prosperidad tenían deficiencias. (2474 a 2477)*

De acuerdo con la revisión que se hace del acta de comité se observa que en esta reunión participó el gobernador Luis Cotes, el representante del contratista de obra, Gary Espitia, la representante de la interventoría, Andrea del Pilar Peña, entre otros. Allí se anota que el director administrativo del consorcio manifiesta que **“...se han realizado ocho comités de obra donde se han ventilado temas relacionados con los estudios y diseños en conjunto con la interventoría”**

También se explica que “... en el desarrollo de esa actividad de estudios y diseños se tuvo en cuenta el fenómeno del año 2010 en que se presentaron precipitaciones que modificaron las curvas del cálculo de caudales máximos y, por consiguiente, se hizo necesario recopilar nueva información que permitiera moldear el nuevo diseño de cálculo de la curva de remanso de aguas máximas y definir la cota de diseño que quedó aprobada conjuntamente con la interventoría en el nivel máximo de inundación calculado con base a 18.000m³/seg mas 0.9m. esto arrojará terraplenes en algunos puntos, que superarían los 3 m de alto y, por lo tanto, se hace necesario el cálculo de los posibles asentamientos del suelo de fundación por el peso del terraplén. Esto originó que se tuvieran que realizar los sondeos adicionales para determinar los nuevos parámetros de diseño que dieron tranquilidad a la estabilidad de la estructura y, por consiguiente, se solicitó a la interventoría la modificación del cronograma de entrega de los diseños y estudios definitivos. A esto se le suma que, algunos tomos, como el de



fundaciones para estructuras primarias y secundarias, el de estabilidad y estabilización de taludes para el tramo Palermo – Sitio Nuevo, y el diseño de estructuras, no se encontraran en la información suministrada y tuvieran que hacerse nuevos.” (folio 2475)

De la lectura del acta de comité se advierte que previo a esta reunión de marzo 27 de 2015 se han realizado ocho comités de obra donde se han ventilado temas relacionados con los estudios y diseños en conjunto con la interventoría.

4.3.3. Actas de las mesas de trabajo realizadas con la Procuraduría General de la Nación: (i) Acta del 7 de junio de 2013, en la cual se trataron asuntos concernientes con las observaciones realizadas a la licitación LP-DM-07-12. (ii) Acta del 27 de junio de 2013, en la cual se trataron temas concernientes a las observaciones realizadas al pliego de condiciones de la licitación LP-DM-07-12. (iii) Acta del 3 de julio de 2013, en la cual se relacionan temas concernientes a los criterios de calificación y puntaje, anticipo de pagos, cupo de crédito, manejo y accesibilidad de la información, entre otros. *Indica la defensa que con estas actas se demuestran que las observaciones y recomendaciones que la Procuraduría le hacía a la gobernación jamás versaron sobre los diseños técnicos.* (folios 2478 a 2486)

Revisadas las actas aportadas por la defensa se observan las siguientes anotaciones:

- Se realizaron observaciones al estudio y el pliego definitivo de la licitación (criterios de habilitación y de evaluación, el cumplimiento de los plazos para los TLC, asignación de puntaje en el tema de calidad, anticipo, pago anticipado, riesgo contrato de interventoría, manejo y accesibilidad de la información)
- **Se recuerda que el acompañamiento preventivo que se realiza no implica aval, coadministración o injerencia indebida en la gestión de la entidad contratante.”** (folio 2483)

Significa lo anterior que el acompañamiento que hizo la Procuraduría General de la Nación no tenía por objeto entrar a analizar o estudiar los diseños y estudios y adoptar decisiones al respecto pues escapa de la órbita de sus funciones y competencias como bien lo dejó claro en las actas, recordándole a la gobernación que **el acompañamiento preventivo que se realiza no implica aval, coadministración o injerencia indebida en la gestión de la entidad contratante.**

4.3.4. Oficio DG 42006 de fecha 8 de agosto de 2013, suscrito por Leonidas Narváez Morales, Director General del INVÍAS. *Con este documento la defensa expone que demuestra que la voluntad del INVÍAS de terminar el convenio 649 de 2013 suscrito con la gobernación de Magdalena “jamás fue los asuntos relacionados*



con la actualización de los estudios y diseños de obra, o con problemática relacionadas con estos” (folios 2487 a 2503)

Revisado el oficio aludido se observa que el mismo alude a situaciones presentadas en el desarrollo de la licitación pública, modificaciones al parecer irregulares y sustanciales en el contenido de los requisitos de los estudios previos y pliegos de condiciones que podrían afectar la objetividad e imparcialidad del proceso contractual.

4.3.5. Recurso de Reposición contra el acto administrativo del INVIAS DG 42006 suscrito por el Dr. Luis Ángel Esguerra Marciales (folios 2504 a 2527)

Señala la defensa que mediante este documento denominado recurso de reposición la gobernación del Magdalena da respuesta al oficio del INVIAS que solicita la revocatoria del convenio 649 de 2013 aduciendo que las razones expuestas por el INVIAS no demuestran una problemática de fondo que amerite tal decisión.

4.3.6. Comunicaciones No. DG -44175 del 16 de agosto de 2013, suscrito por el Dr. Leonidas Narvárez Morales (folios 2528-2533)

Mediante este oficio el INVIAS considera improcedente el recurso de reposición presentado por la gobernación frente a su oficio DG-42006, aludido anteriormente

4.3.7. Acta No. 2 del 5 de septiembre de 2013, Mesa de trabajo jurídico INVIAS – Departamento del Magdalena. Acta No. 4 del 25 de septiembre de 2013, mesa de trabajo jurídico INVIAS – Departamento del Magdalena. Acta No. 5 del 4 de octubre de 2013, Mesa de Trabajo jurídico INVIAS – Departamento del Magdalena. *Mediante el aporte de estas actas la defensa indica que con ella se “demuestra que a pesar de haberse realizado sendas mesas de trabajo en donde se discutieron temas relacionados con el convenio 649 de 2013, no se advirtió en ningún momento problemática alguna relacionada con los diseños del proyecto “Vía de la prosperidad” (folios 2534-*

Revisadas las actas se observa que las mesas de trabajo giraron en torno a buscar alternativas jurídicas y soluciones frente a la terminación unilateral del convenio 649 de 2013 planteada por el INVIAS mediante comunicación del 8 de agosto de 2013 y la incidencia en la adjudicación del contrato de obra 617 de 2013. Entre las propuestas que se plantean esta la de celebrar un nuevo convenio con garantías de control para la inversión de los recursos de la nación. En estas reuniones estuvo presente LUIS MIGUEL COTES HABEYCH, gobernador del Magdalena. También se alude a los fallos judiciales en torno a continuación de la contratación derivada de la licitación pública LP-DM-07-2012.

Allí se consigna que *“El Director del Invias pregunta sobre el estado en que se encuentran las licencias permisos y en qué nivel se encuentra el proyecto, a lo que*



se informa que el proyecto, según los estudios y diseños entregados por el INVIAS, se encuentran en nivel 3, sin embargo, está previsto en el pliego de condiciones que deben ser actualizados y ajustados por el CONTRATISTA.” (folio 2539)

De manera que las mesas de trabajo realizadas tenían un objetivo diferente al que pretende hacer ver la defensa, el fin era pronunciarse y analizar soluciones frente a la solicitud de terminación unilateral del convenio 649 de 2013 y no entrar a revisar los estudios y diseños.

4.3.8. Acta del 28 de agosto de 2013 de Modificación y Liquidación del contrato 620 del 2012

4.3.9. Fallo de la sala cuarta de revisión de la Corte Constitucional del 4 de julio de 2014. *La defensa indica que este fallo demuestra que el proceso de licitación no se presentó con irregularidades y que el contrato se firmó de conformidad a la ley, por lo tanto, era menester levantar la medida de suspensión del contrato y darle continuidad. (folios 2542 a 2614).*

Leído el fallo de tutela se advierte que las pretensiones de la acción de tutela instaurada fueron descritas así:

“El consorcio Ribera Este, solicita se ampare su derecho fundamental al debido proceso y, en consecuencia, se ordene dejar sin efectos la decisión mediante la cual el INVIAS terminó, de manera unilateral, el convenio No. 649 de 2013, que suscribió con el departamento del Magdalena para el desarrollo de la licitación pública LP-DM-07-2012 y toda actuación que se haya adelantado con posterioridad.

Concretamente, lo que pide dejar sin efectos es la comunicación DG-42006 del 8 de agosto de 2013, suscrita por el Director General de INVIAS mediante la cual comunicó al gobernador del departamento del Magdalena su decisión de dar por terminado el convenio No. 649 de 2013.”

Entre las consideraciones de la Corte Constitucional se indicó:

“Como fue expuesto en el punto 7.2.3 de esta providencia, la acción de tutela resulta improcedente, como regla general, para controvertir actos administrativos precontractuales o los emitidos en la ejecución o en la liquidación del mismo, porque el ordenamiento jurídico regula medios de defensa idóneos y eficaces ante la propia administración y judiciales para salvaguardar los derechos que puedan resultar afectados.

Es claro para la Sala que el INVÍAS, el Departamento del Magdalena y los integrantes del Consorcio Ribera Este, cuentan con medios de defensa judicial



idóneos para controvertir la legalidad de los actos administrativos y de la actuación objeto de reparo.” (folio 2606)

Por consiguiente, el alto tribunal constitucional declaró la improcedencia de la acción de tutela para dirimir y pronunciarse sobre las pretensiones contractuales, pero no dictamina que el proceso de licitación pública fue ajustado a la ley o se tramitó sin irregularidades como lo indica la defensa.

4.3.10. Fallo de Segunda instancia del 26 de febrero de 2015, Rad. 161-6015 (IUS 2013-129728) de la Procuraduría General de la Nación. *Para la defensa se demuestra con esta decisión que la gobernación bajo el mandato de Luis Miguel Cotes no incurrió en irregularidades durante la etapa de preparación de la licitación y hasta la adjudicación del contrato.*

4.3.11. Acta de aprobación de ajustes de estudios y diseños del 28 de abril de 2015. *Para la defensa se demuestra que efectivamente los estudios y diseños fueron aprobados, con observaciones por parte del interventor y revisados por el contratista durante el proceso constructivo de obra. (folios 2671 a 2672)*

En esta acta se deja constancia que: *“la interventoría recibió, revisó y aprobó los documentos que se relacionan a continuación de acuerdo con las especificaciones técnicas, calidad, normas y lo contemplado en el pliego de condiciones (...). NOTA. LOS AJUSTES DE DISEÑOS Y ESTUDIOS CITADOS ANTERIORMENTE FUERON APROBADOS EN SU TOTALIDAD POR LA INTERVENTORÍA, PERMITIENDO EL INICIO DE LA CONSTRUCCIÓN DE LAS OBRAS PARA EL TRAMO SITIO NUEVO PALERMO, SIN EMBARGO A ELLO QUEDARON PENDIENTES POR ATENDER ALGUNAS OBSERVACIONES MENORES REALIZADAS POR NUESTROS ESPECIALISTAS, LAS CUALES SERÁN RESUELTAS DE MANERA POSTERIOR POR EL CONSTRUCTOR A MANERA DE ANEXOS ACLARATORIOS DEL VOLUMEN DE DISEÑO”.*

4.3.12. Auto del 14 de septiembre de 2016 de la Procuraduría General de la Nación. *Aduce la defensa que se ordenó el archivo definitivo de la actuación disciplinaria en contra de Luis Cotes durante su gobernación, en cuanto a lo relacionado con la inversión del anticipo entregado al contratista y los sobrecostos en la contratación (folios 2673-2676)*

4.3.13. Auto número 299 del 25 de agosto de 2017 de la gerencia departamental del Magdalena de la Contraloría General de la República. *Refiere la defensa que “la Contraloría archivó la investigación preliminar porque se pudo probar que en ningún momento existió, ni actualmente existe, un detrimento al erario generado por las distancias de transporte de material de terraplén y piedra rajón.*

4.3.14. Proceso Arbitral radicado No. 5388 (incluye la demanda y la reforma, los autos y actas emitidas por el Tribunal de arbitramento, centro de arbitraje y conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, y el informe jurídico del estado del proceso) respecto del cual el apoderado indica que “al ser la pretensión de este

75

IUS E-2017-519707 /IUC-D-2017-956399
Auto: Fallo de primera instancia-30-09-2020
Caso: Proyecto Vía La Prosperidad – Gobernación de Magdalena
CJOM/OLSC



proceso la nulidad del acto administrativo que impuso la sanción, esto demuestra que efectivamente si se llevó a cabo un proceso sancionatorio en cabeza de la gobernadora del Magdalena ROSA MARÍA COTES” (folio 2450 y 2769 a 2990)

4.3.15. Documento de política de maduración de proyectos de la Cámara Colombiana de Infraestructura. *Indica la defensa que con este documento se demuestra que la fase III es la última fase de maduración de un proyecto, dentro de la cual, se incluyen los estudios y diseños definitivos, los cuales están respaldados por la ingeniería necesaria, y por eso, es que es posible iniciar un proceso constructivo.* (folios 2677 a 2768)

El documento emitido por la Cámara Colombiana de la Infraestructura se titula “Una política pública: Maduración de proyectos. Matriz de riesgos. Buenas prácticas contractuales.

De la lectura del documento de 92 páginas se destacan los siguientes apartes:

En el capítulo INTRODUCCION se señala que “las deficiencias en la estructuración y confección de los pliegos no radica en la Ley, sino en la inadecuada maduración de los procesos licitatorios”, por ello a renglón seguido agrega que “El actual estatuto de contratación, sienta las bases para la utilización de las matrices, en cuanto **predica para los gerentes públicos, sanos principios de planeación contractual** y distribución oportuna de los riesgos.” (Negritas fuera del texto original- folio 2683, pag. 7)

Y a continuación y en consideración a que la política pública que propone estandarizar la Cámara Colombiana de Infraestructura tiene tres acápites, *i) maduración de proyectos; ii) matriz de riegos y iii) buenas prácticas contractuales*, presenta para cada uno de ellos el referente normativo definido en la Ley 1150 de 2007; y específicamente frente a la maduración de proyectos señala el artículo 8 de la Ley 1150 como base alusivo a la publicación de proyectos de pliegos de condiciones y estudios previos que señala: “Las entidades publicarán los proyectos de pliegos de condiciones o sus equivalentes. **La información publicada debe ser veraz, responsable, ecuánime, suficiente y oportuna.** Junto con los proyectos de pliegos de condiciones **se publicarán los estudios y documentos previos que sirvieron de base para su elaboración.**” (Negritas fuera del texto original- folio 2683, pag. 7)

El capítulo 1 se refiere a la MADURACIÓN DE PROYECTOS, y allí en el acápite 2 se refiere a la etapa de inversión con los componentes 2.1. diseños definitivos (fase III) y 2.2. Ejecución de la etapa de construcción del proyecto.



“2. ETAPA DE INVERSIÓN.

En la etapa de inversión, también llamada de ejecución, se realizarán todas las actividades necesarias para la puesta en marcha del proyecto, es decir, las acciones requeridas para alcanzar los objetivos de proyecto.

La etapa de inversión se inicia con la elaboración de los estudios técnicos y diseños definitivos (fase III) seguido por la contratación del proyecto y finalmente la ejecución física del mismo.

1.1. Diseños definitivos (Fase III)

El diseño definitivo o fase III consiste en la elaboración del proyecto de ingeniería de detalle, con preparación de planos finales para la construcción de las obras, y con un grado de las cuantificaciones de 90% a 100%. La escala mínima de diseños será 1:2000. Esta ingeniería de detalle se debe basar en los aspectos técnicos descritos en los estudios de preinversión.

Un diseño definitivo debe contener:

- i. La ingeniería del proyecto – productos finales en cada uno de los capítulos que componen un informe de ingeniería de transporte, que permita determinar sus componentes y recalcular los costos con mayor precisión.
- ii. El plan de ejecución y la organización administrativa necesaria del proyecto, comprendiendo el plazo de construcción y las metas de avance físico, parciales y total.
- iii. El presupuesto de costos del proyecto, tanto para la ejecución como para la operación, con base en el análisis de precios unitarios de cada componente respecto de las cantidades de obras estimadas.
- iv. La documentación necesaria para la licitación de las obras que incluye las especificaciones generales, administrativas, técnicas y específicas para la ejecución que permitan realizar la supervisión técnica y administrativa en forma adecuada.”

En el capítulo 3 se anotan las buenas prácticas contractuales y se recomiendan políticas frente a diferentes temas, por consiguiente el documento aportado por la defensa debe ser analizado bajo una mirada integral, siendo importante considerar la política recomendada frente a los temas de i) verificación del ciclo de maduración del proyecto y ii) estudios y diseños mínimos, que guardan relación con las materias aquí en debate y permiten tener ampliación de criterios orientadores en la construcción de la decisión final (folio 2732)

Etapa.	Planeación.
Tema:	Verificación del ciclo de maduración del proyecto.
Política recomendada:	



“La entidad responsable deberá verificar el ciclo de maduración del proyecto, es decir, en este punto deberá haber cumplido la etapa de preinversión. La obligación de ejecución de los diseños de detalle a cargo del contratista no exime a la entidad contratante de tener la información suficiente al momento de la iniciación del proceso de selección. Aplica indistintamente para proyectos de obra pública tradicional o aquellos con participación privada (concesión). Para contratos llave en mano se tendrá en cuenta el objeto contractual y las complejidades técnicas del proyecto y en ningún caso como excepción al principio de planeación contractual. Artículo 87 de la Ley 1474 de 2011 (estatuto anticorrupción)

Una vez tomada la decisión por parte de la entidad para adelantar el proyecto deberá iniciarse la etapa de inversión, en la cual se deben acometer, entre otras, las siguientes actividades:

- *Identificación del grupo interno de la entidad encargada de dirigir el proyecto
- *Elaboración del presupuesto, el cual debe ser soportado en los estudios y diseños previos, consultar las condiciones actuales del mercado y acreditarlas. La correcta estimación del presupuesto entregado por la consultoría para desarrollar la obra es fundamental para el cálculo del AIU.
- *Se debe contar con una metodología para la elaboración del presupuesto y evitar dedicaciones irreales. Debe existir correlación entre el alcance solicitado y los recursos asignados. Dedicaciones irreales y recursos insuficientes para los diseños son el primer paso para que una obra fracase.
- *El valor del CDP (certificado de disponibilidad presupuestal) debe ser consecuencia de los resultados de los estudios de preinversión y en ningún caso el presupuesto puede ser definido por este.
- *En consultoría debe haber margen para que no se excluyan todas las propuestas que excedan el presupuesto oficial siempre y cuando no excedan también el CDP. Por tanto, se retirarán de los pliegos expresiones tales como “se rechazarán las ofertas que superen el 100% del presupuesto”.
- *El presupuesto debe revisarse cuando se presente suspensión del proceso. Tal suspensión debe ser absolutamente excepcional y debe proceder por circunstancias imprevisibles que ocurren durante el proceso de selección respectivo.

Comentarios:

La etapa de preinversión del proyecto es aquella en la cual se identifica el problema o la necesidad y se desarrollarán los estudios fase I (prefactibilidad) y fase II (factibilidad) y se recomienda la ejecución o planteamiento de la fase III de estudios y la consecuente construcción del proyecto.

Esta recomendación puede variar si se trata de modalidades de participación privada donde la etapa de planeación corresponde al actor privado.



La etapa de inversión del proyecto iniciará en general con la elaboración de los estudios fase III (diseños definitivos), independientemente de quien sea el responsable de su elaboración o contratación.

Sin embargo, deberá establecerse previamente la decisión sobre la naturaleza jurídica (concesión u obra pública) y la modalidad del contrato (precios unitarios, precio global fijo, llave en mano, etc), de tal forma que se establezca la necesidad de la elaboración de la fase III a cargo de la entidad o del futuro contratista.

Referirse al documento “Ciclo de maduración de proyectos de infraestructura de transporte” (folio 2732, subrayado fuera del texto original)

4.3.16. Respuestas de la gobernación a las observaciones en el proceso licitatorio suscritas por Rodolfo Sossa y Luis Miguel Cotes Habeych. Con estos documentos el apoderado señala que se probará *“que en el trámite de aclaración a las observaciones formuladas por los proponentes de la licitación pública en cuestión, nunca se solicitó aclaración alguna respecto de los estudios que habían sido entregados por el INVIAS y que soportaban técnica la obra objeto del proceso licitatorio”*. (folio 2457 y 2991 a 3390)

4.3.17. Observaciones a los proponentes al pliego de la licitación LP-DM-07-2012, con las cuales el apoderado indica que “por medio de los presentes documentos no se realizaron observaciones relacionadas con los diseños técnicos que soportan la obra” (folio 2466 y 2991 a 3390)

➤ **Documentos solicitados por la defensa y decretados por el Despacho**

4.3.18. Solicitud al CONSORCIO ICI interventor del contrato 617 de 2013, respecto de la siguiente información, cuya respuesta obra en los folios 3554 a 3556, incluido CD.

- i. Se suministren TODAS las pruebas de laboratorios, los estudios, las actas y demás documentación que permita evidenciar de dónde se debían extraer los materiales para lograr las mezclas que cumplieran con las especificaciones técnicas que se requerían por parte del INVIAS.
- ii. Se envíen TODAS las actas, informes y documentación pertinente que permita conocer los atrasos que se presentaron como consecuencia de la desactualización de los estudios suministrados en FASE III
- iii. Se envíen TODOS los informes mensuales de la INTERVENTORÍA dirigidos al INVIAS, donde le pusieron de manifiesto que las fuentes de materiales se encontraban a distancias mucho mayores a las que estaban estimadas en los estudios y diseños primigenios.



- iv. Para que CERTIFIQUE si el material que se extrae y se extraía de LA CANTERA LA FONTANA por sí solo cumplía con los requerimientos técnicos de INVIAS, y si con la sola operación de esta se podía desarrollar el objeto contractual en determinados sectores.

4.3.19. Solicitud a la CORPORACIÓN AUTONOMA REGIONAL DEL ATLÁNTICO para que certifique los siguientes aspectos frente a la CANTERA LA FONTANA, cuya respuesta se encuentra en los folios 3580, 3581, 3620, 3638 a 3651 y 3692 a 3704.

- i. Se encontraba desarrollando actividades de explotación minera entre el 1° de julio de 2015 a febrero de 2016.
- ii. Suministren toda la documentación, esto es, resoluciones, autos y demás que permitan acreditar que se levantó la suspensión que se le había impuesto a la CANTERA LA FONTANA con relación a las actividades de explotación minera.

4.3.20. Solicitud a la GOBERNACIÓN DEL MAGDALENA, al CONTRATISTA RIBERA ESTE y al INTERVENTOR CONSORCIO ICI con la finalidad de que envíen lo siguiente, cuya respuesta se encuentra en los folios 3583 a 3585. 3595 a 3598

- i. Envíen todas las actas de mesas de trabajo en donde se discutieron TODAS y cada una de las condiciones del contrato, y en donde se discutía el reajuste o regularización del contrato 617 de 2013.

4.3.21. Solicitud a la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, DELEGADA PARA EL CONTROL SOCIAL, para que remita la copia de las actas, videos, constancias y documentos que incluyen el acompañamiento que brindó para lograr la regularización del contrato 617 de 2013, durante los años 2016 y 2017, cuya respuesta se encuentra visible en los folios 3622 a 3634

4.3.22. Solicitud la PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, DELEGADA PARA LA FUNCIÓN PREVENTIVA, para que remita la copia de las actas, videos, constancias y documentos que incluyen el acompañamiento que brindó para lograr la regularización del contrato 617 de 2013, durante los años 2016 y 2017, cuya respuesta se encuentra en los folios 3480-3481.

4.3.23. Solicitud al INVIAS y a la DIRECCIÓN REGIONAL DEL INVIAS, para que remita copia o certifique si emitió alguna respuesta sobre el envío por parte de la Gobernación de Magdalena del borrador de pliego de condiciones que sustenta la licitación pública de la cual se derivó el contrato 643 (sic es 617) de 2013. (folios 3546-3547, 3576, 3601 y 3683



➤ **Documentos de oficio decretados por el despacho.**

4.3.24. SOLICITAR A LA INTERVENTORIA CONSORCIO ICI remita copia de la siguiente información cuya respuesta obra en los folios 3554 a 3556, incluido CD.

- a. Informes de interventoría realizados después de la denominada regularización del contrato 617 de 2013.
- b. Acta de terminación del contrato 617 de 2013, en caso de no existir el documento indicar las razones.
- c. Acta de Liquidación del contrato 617 de 2013. En caso de no existir el documento, indicar las razones.
- d. Certifique el estado actual y funcionamiento de la obra y objeto del contrato 617 de 2013.
- e. Presente un informe financiero y de avance y ejecución de la obra objeto del contrato 617 de 2013, después de la denominada regularización del contrato.

4.3.25. Solicitud a la gerencia de proyectos de la gobernación de Magdalena de copia de los siguientes documentos, dado que funge como supervisor del contrato 617 de 2013, cuya respuesta obra en los folios 3570 a 3571 e incluye 2 DVD en los folios 3572 y 3573.

- a. Informes de supervisión realizados después de la denominada regularización del contrato 617 de 2013.
- b. Acta de terminación del contrato 617 de 2013, en caso de no existir el documento indicar las razones.
- c. Acta de Liquidación del contrato 617 de 2013. En caso de no existir el documento, indicar las razones.
- d. Otros síes y modificatorios al contrato 617 de 2013 después de la regularización de este contrato, junto con los soportes de justificación.
- e. Indique el estado actual del nuevo o nuevos procesos licitatorios que ha adelantado la gobernación de Magdalena para continuar con el proyecto de la vía de la prosperidad en los tramos que no quedaron cubiertos por alcance de la regularización del contrato 617 de 2013, o informe cómo serán atendidos.

4.3.26. Solicitud a la Dirección General del INVIAS de copia de los siguientes documentos que reposan en los folios 3544 y DVD en folio 3586

- a. Otros síes y modificatorios al convenio 649 de 2013, suscritos con ocasión y después de la regularización del contrato de obra 617 de 2013 para el mejoramiento de la vía Palermo- Sitio Nuevo – Remolino – Guáimaro en el departamento del Magdalena (vía de la prosperidad)
- b. Acta de terminación del convenio 649 de 2013, en caso de no existir, explicar las razones.
- c. Acta de liquidación del convenio 649 de 2013, en caso de no existir, explicar las razones.
- d. Informes de supervisión del convenio 649 de 2013 realizados después de la regularización del contrato 617 de 2013.



- e. Informe financiero del convenio 649 de 2013, luego de la regularización del contrato 617 de 2013 y estado actual de este convenio.
- f. Informe las acciones o procesos emprendidos para continuar con el cumplimiento del alcance total del proyecto vía de la prosperidad (Mejoramiento de la vía Palermo – Sitio Nuevo – Remolino – Guáimaro en el Departamento del Magdalena, objeto inicial del contrato de obra 617 de 2013 y del convenio 649 de 2013.)

4.3.27. Copia del laudo arbitral proferido en el expediente con radicación 5358, caso Consorcio Ribera Este vs Departamento del Magdalena cuya respuesta obra en los folios 3574, 3603, DVD en folio 3575 y cuaderno anexo 15.

4.3.28. Solicitud de acta de terminación de la obra objeto del contrato 617 de 2013, último informe de supervisión e interventoría y actas de comité de obra celebradas entre noviembre y diciembre de 2019, cuya respuesta obra en los folios 3618 y CD con soportes en cuaderno anexo 18, folios 3686 y DVD en folio 3687, 3689 a 3690 y DVD en folio 3691.

➤ **Testimonios solicitados por la defensa**

4.3.29. Javier Díaz Buendía, director administrativo del Consorcio Ribera Este, folio 3518 y CD en folio 3522; folio 3564 y DVD en folio 3569

4.3.30. Miguel Antonio García Sierra, director territorial Atlántico de Invias, folio 3566 y DVD en folio 3569

4.3.31. Orlando Santiago Cely, ingeniero de la Sociedad Colombiana de Ingenieros, en folio 3577 y DVD en folio 3579.

4.3.32. Alfonso Tique Andrade, ingeniero de la Sociedad Colombiana de Ingenieros en folio 3498 y DVD en folio 3500)

4.3.33. Eduardo Rafael Rodríguez Orozco, jefe de la Oficina Jurídica del Despacho de la Gobernadora del Departamento, folio 3504 y CD en folio 3506.

4.3.34. Leisdy Medina Pavajeau, Jefe de la oficina de contratos del despacho de la gobernadora del departamento, folio 3505 y CD en folio 3506.

4.3.35. Claudia Janeth Orjuela, abogada especialista en gerencia pública en cabeza de la contratación, folio 3521 y CD en folio 3522.

4.3.36. Juan Valentín Briceño Martínez, ingeniero del grupo técnico y jurídico de la gobernación de Magdalena, folio 3567 y DVD en folio 3569.

4.3.37. Walter Alfonso Pautt Torres, ingeniero del grupo técnico y jurídico de la gobernación de Magdalena, folio 3568 y DVD en folio 3569



4.3.38. Fabio Alejandro Majarres Pinzón, gerente de proyectos de la gobernación, folio 3503CD en folio 3506)

4.3.39. Gary Eberto Espitia Camargo, representante legal del consorcio Ribera Este, en folio 3578 y DVD en folio 3579.

4.3.40. Vladimir Cardona Páez, director técnico de interventoría Consorcio ICI, folio 3520 y CD en folio 3522

4.3.41. Ernesto Correa Valderrama, subdirector operativo INVIAS, en folios 3614 y DVD en folio 3615

4.3.42. Hernán Augusto Rojas Silva, asesor del INVIAS en folio 3499, CD en folio 3500)

4.3.43. Rafael Alberto Díaz Granados Vasquez, ostentaba el cargo en el área técnica de la dependencia de contratación estatal de la gobernación en folio 3502 CD en folio 3506.

4.3.44. Carlos Alberto García Montes, director del Invias, folio 3590 y DVD en folio 3615.

➤ **Testimonio solicitado de oficio por el Despacho**

4.3.45. CARLOS NERY LOPEZ TONCEL, quien fungió como Secretario de Infraestructura de la Gobernación de Magdalena, folio 3565 y DVD en folio 3569

V. HECHOS PROBADOS

Los hechos que a continuación se exponen y sustentaron la formulación de los cargos, se encuentran probados y debidamente acreditados en el plenario a través de las pruebas decretadas, practicadas y valoradas, los cuales, frente a su acontecer y descripción objetiva no fueron desvirtuados plenamente mediante las pruebas practicadas con ocasión de los descargos formulados, como se explicará en el análisis de la conducta de cada uno de los funcionarios investigados, dado que éstas tienden a generar explicaciones del proceder de los disciplinados en torno a la tipicidad de la falta disciplinaria, culpabilidad e ilicitud de su comportamiento, que frente a la existencia de las situaciones advertidas por este Despacho y soportadas en el recaudo documental, testimonial y técnico.

Ahora bien, no obstante que el apoderado solicitó en sus descargos nuevamente se escucharán los testimonios de las personas requeridas por él en la investigación



disciplinaria, excepto del ingeniero WILLINGTON VERGEL, quien fue el perito y testigo experto más contundente en sus afirmaciones y dictámenes frente a la gestión y actuación de la gobernación de Magdalena, lo cierto es que pese a participar en tales diligencias un nuevo apoderado suplente, quien tuvo la oportunidad de escuchar directamente todos los testimonios en los que su antecesor había estado, garantizando ampliamente y de sobre manera la garantía de aplicación de los principios de inmediatez de la prueba y contradicción, no se aportaron elementos de juicio que modifiquen o cambien el sentido de sus afirmaciones iniciales, o aporten hechos o declaraciones nuevas, al punto que en los alegatos de conclusión que presentó la defensa no se hizo mayor referencia o acotación a estas declaraciones.

Dicho lo anterior, se procede a relacionar, de manera objetiva, los siguientes hechos, dejando el análisis en torno a la existencia o no de la falta disciplinaria en sus elementos estructurales, tipicidad, culpabilidad, ilicitud sustancial o antijuridicidad para el capítulo correspondiente frente al examen de responsabilidad de cada uno de los servidores públicos investigados.

5.1. PRUEBAS DE LA DEFINICIÓN Y ESTRATEGIA PARA LA IMPLEMENTACIÓN DEL PROYECTO DE INVERSIÓN E INFRAESTRUCTURA PÚBLICA DENOMINADO VÍA DE LA PROSPERIDAD POR PARTE DE LA GOBERNACIÓN DE MAGDALENA

De acuerdo con lo indicado y soportado probatoriamente en el capítulo 4 de esta providencia se encuentra acreditado

- i. Que la iniciativa de llevar a cabo la ejecución y desarrollo del mejoramiento de la vía nacional ruta 27, en el tramo Palermo – Salamina (código 2700), del cual forma parte el sector Palermo- Sitio Nuevo- Remolino- Guáimaro, objeto del contrato de obra 617 de 2013, estuvo **a cargo del gobernador del Magdalena, Luis Miguel Cotes Habeych** quien así lo propuso en su plan de desarrollo “Construyendo respeto por el Magdalena” y solicitó al INVIAS mediante oficio 87753 del 28 de agosto de 2012 la celebración de un convenio interadministrativo en el cual el departamento invertiría recursos del sistema general de regalías, como lo indica el considerando número 7 del convenio 1266 de 2012 suscrito por el mandatario regional.
- ii. Que **Luis Miguel Cotes Habeych en condición de gobernador del Magdalena**, presentó el proyecto alusivo al mejoramiento de la vía Palermo – Sitio Nuevo – Remolino – Guáimaro ante el Órgano Colegiado de Administración y Decisión Región Caribe – OCAD CARIBE según consta en acta No. 002 del 10 de septiembre de 2012, el cual fue aprobado el 19 de octubre de 2012, mediante acuerdo 001, designando en el artículo 4° a la entidad territorial del Magdalena, representada por su gobernador como **EJECUTOR DEL PROYECTO**, denominación que



implica el **deber de garantizar la correcta ejecución de los recursos asignados al proyecto de inversión**, según lo establecido en el artículo 28 de la Ley 1530 de 2012 y el artículo 4° del Decreto 414 de 2013.

- iii. Que este proyecto fue declarado como de importancia estratégica por el Consejo Nacional de Política Económica y Social según el documento CONPES 3742 del 15 de abril de 2013 para obtener la autorización de vigencias futuras de los recursos de la nación en cuantía de \$266.900 millones, que comprometerían varias anualidades, previo aval emitido el 6 de marzo de 2013 por el CONFIS y habida cuenta que ya el OCAD regional caribe había aprobado los recursos del sistema general de regalías con cargo al departamento del Magdalena por un monto de \$200.000 millones, correspondiente a varias vigencias fiscales, según acuerdo 001 del 19 de octubre de 2012, para garantizar una inversión de recursos públicos en el orden de \$466.9000, con las siguientes recomendaciones para el Ministerio de Transporte, INVIAS y el departamento del Magdalena
 - a. Realizar las acciones necesarias para ejecutar el plan de inversiones propuesto en el presente documento y adelantar el trámite correspondiente para la aprobación de vigencias futuras excepcionales requeridas para la total financiación y ejecución del proyecto, con cargo al cupo de inversión del sector transporte, de acuerdo con la distribución y aporte de recursos presentado en el presente documento.
 - b. Realizar las acciones necesarias para contratar y ejecutar las actividades que conforman el proyecto, procurando la optimización de los recursos y del tiempo durante la ejecución de las obras, así como el desarrollo funcional e integral del proyecto.
- iv. Que la gobernadora Rosa Cotes Habeych conocía de la importancia del proyecto, los alcances de éste, recomendado como un asunto estratégico del gobierno departamental según el informe y acta de empalme entre la administración saliente y la entrante, así como la consignación que se hizo en el plan de desarrollo del departamento 2016-2019 “Magdalena Social ¡Es la vía! Teniendo como objetivo “Terminar la vía de la Prosperidad entre Palermo y Salamina, armonizando su construcción con los requerimientos ambientales de la zona y realizar la gestión ante el Gobierno Nacional para su apoyo hacia una segunda fase entre Salamina y Plato (...)”

Así las cosas, para este Despacho y con fundamento en las anteriores consideraciones, acreditadas probatoriamente, puede concluir que los gobernadores cuestionados conocían el proyecto de inversión de infraestructura pública, conocían de la importancia y su alcance y por consiguiente conocían de la

85



obligación que les asistía de **garantizar la correcta ejecución de los recursos asignados al proyecto de inversión y procurar la optimización de los recursos y del tiempo durante la ejecución de las obras, así como el desarrollo funcional e integral del proyecto.**

5.2. PRUEBAS DE LA PARTICIPACIÓN DE LOS GOBERNADORES DEL MAGDALENA EN LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL DEL PROYECTO VÍA DE LA PROSPERIDAD A TRAVÉS DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.

5.2.1. Respeto de Luis Miguel Cotes Habeych

Se encuentra acreditado que **participó en la etapa precontractual y en la actividad contractual de la estructuración y ejecución del proyecto de inversión pública e infraestructura conocido como VÍA DE LA PROSPERIDAD ejecución** a través de la contratación pública adelantada como ejecutor de recursos públicos.

Las principales actuaciones adelantadas por el gobernador del Magdalena que demuestran su **participación en la etapa precontractual respecto de la licitación pública LP-DM-007-2012** se describen así:

- **El 18 de diciembre de 2012, convocó públicamente a los interesados a participar en la licitación pública LP-DM-007-2012** cuyo objeto es el “Mejoramiento de la vía Salamina – Sitio Nuevo – Palermo en el Departamento del Magdalena: Tramo Guáimaro – Remolino – Sitio Nuevo-Palermo” aviso de convocatoria publicado en conjunto con los estudios previos y el proyecto de pliego de condiciones.
- **El 25 de junio de 2013** el gobernador Luis Miguel Cotes Habeych **expidió la adenda** y el 4 de julio, la adenda número 2.
- **El 12 de agosto de 2013** el gobernador del Magdalena, Luis Miguel Cotes **adjudicó, mediante la Resolución número 768, el contrato objeto de la licitación pública LP-DM-07-2012** para el mejoramiento de la vía Palermo – Sitio Nuevo - Remolino – Guáimaro en el Departamento del Magdalena al proponente consorcio Ribera Este por un valor de \$432.010.178.757, 42 y un plazo de 35 meses para su ejecución.

Las principales actuaciones adelantadas por el gobernador del Magdalena que demuestran su **participación en la actividad contractual del bilateral número 617 de 2013** se describen así:

- **El 4 de octubre de 2013** el gobernador del Magdalena, Luis Miguel Cotes Habeych **celebró el contrato de obra número 617** con el señor Gary Eberto Espitia Camargo, representante legal del Consorcio Ribera Este,



- El **31 de diciembre de 2013** Luis Miguel Cotes Habeych, gobernador del departamento **suscribió** el acta de inicio del contrato 617 de 2013 en conjunto con Gary Eberto Espitia Camargo, representante legal del contratista consorcio Ribera Este y Andrea del Pilar Peña Sánchez, representante legal del interventor, Consorcio ICI.
- El **16 de enero de 2014** (en el acta se escribió año 2013) Luis Miguel Cotes Habeych, Gobernador del Departamento del Magdalena, actuando como contratante, **firmó el acta de suspensión de la ejecución y plazo del contrato 617 de 2013**, en asocio con Gary Eberto Espitia Camargo, representante legal del Consorcio Ribera Este y actuando como contratista, y Andrea Del Pilar Peña Sánchez, representante legal del CONSORCIO ICI, en calidad de interventor.
- El **29 de diciembre de 2014** Luis Miguel Cotes Habeych, Gobernador del Departamento del Magdalena, **suscribió el acta de reinició del contrato 617 de 2013**, en compañía de Javier Díaz Buendía, representante del consorcio Ribera Este, contratista y Andrea del Pilar Peña Sánchez, representante del Consorcio ICI, en la cual se estipuló que, de acuerdo al plazo contractual de 35 meses para su ejecución, **la fecha de vencimiento del contrato de sería el 12 de noviembre de 2017**
- El **4 de octubre de 2013** Luis Miguel Cotes Habeych, Gobernador del Departamento del Magdalena, **suscribió el otro si 1 al contrato 617 de 2013** en el cual se precisan y aclaran las normas que facultan al gobernador del Magdalena para suscribir el bilateral, así como frente al giro del pago anticipado, la constitución del patrimonio autónomo y el ítem número 56 del cuadro de ítems y cantidades que se identifica como *Relleno con material clasificado (relleno para estructuras)*
- El **17 de abril de 2015** Luis Miguel Cotes Habeych, Gobernador del Departamento del Magdalena, **suscribió el otro si No. 2** con el fin de aclarar que el Departamento del Magdalena es el beneficiario o asegurado de los amparos contenidos en la póliza.
- El **17 de diciembre de 2015**, Luis Miguel Cotes Habeych, Gobernador del Departamento del Magdalena, **suscribió el Otro si modificadorio No. 3 al contrato**, en el cual las partes acuerdan ajustar y modificar el contenido de la cláusula séptima respecto de la forma de pago del valor al contratista incluido el pago anticipado.

Las principales actuaciones adelantadas por el gobernador del Magdalena que demuestran su **participación en la actividad contractual del convenio específico de colaboración número 649 de 2013** se describen así:

87



- El **31 de mayo de 2013** entre los señores Leonidas Narváez Morales, en su condición de Director de INVIAS y LUIS MIGUEL COTES HABEYCH, Gobernador del Departamento del Magdalena, suscribieron el **convenio específico de cooperación número 649 derivado del convenio interadministrativo número 1266 de 2012**, con el objeto de «Aunar esfuerzos técnicos y financieros para el mejoramiento de la vía Palermo – Sitio Nuevo – Remolino – Guáimaro , en el Departamento del Magdalena, en el marco del convenio interadministrativo No. 1266 de 2012.» por valor de \$466.900 millones, y plazo de ejecución hasta el 31 de diciembre de 2016.

Es importante destacar que El **17 de septiembre de 2012** se celebró el **convenio interadministrativo marco No. 1266 de 2012 - convenio sin recursos**- con el objeto de «*Aunar esfuerzos ente el Departamento del Magdalena y el Instituto Nacional de Vías, INVIAS-, con el fin de adelantar los trámites necesarios tendientes al mejoramiento de la vía Salamina-Palermo – Código 2702*». El convenio fue suscrito entre Carlos Alberto Rosado ZÚÑIGA , Director General de INVIAS y LUIS MIGUEL COTES HABEYCH, Gobernador del Departamento del Magdalena, que tuvo como antecedente importante que motivó el acuerdo, el oficio con radicación ante el INVIAS 87753, del 28 de agosto de 2012, por el cual el gobernador del Magdalena le solicita al Instituto Nacional de Vías la celebración del convenio interadministrativo que le permita al departamento intervenir el sector Salamina –Palermo, el cual hace parte del tramo 2702 de la ruta 2700 a efectos de invertir recursos del Sistema General de Regalías, asignados al departamento a través de fondos de compensación regional y desarrollo regional (ver considerando número 7 del convenio 1266 de 2012, folio 14 c.a. 9)

- El **7 de octubre de 2013**, entre el director del INVIAS y el señor LUIS MIGUEL COTES HABEYCH se suscribió la **modificación número 1 al convenio específico No. 649 de 2013** mediante la cual se dispuso que el valor total de la interventoría ascendería a \$26.582.000.000, y se hicieron cambios en la forma de efectuar los giros y transferencias en cada vigencia (fl. 169 c.a. 13)
- El **29 de diciembre de 2014** entre el Director de Contratación del INVIAS, en representación de la entidad y el señor LUIS MIGUEL COTES HABEYCH, Gobernador del Magdalena se suscribió la **modificación No. 2 al convenio No 649 de 2013** respecto a la forma como se realizarán los giros de recursos por parte del INVIAS en las vigencias 2014, 2015 y 2016 (folio 156 c.a. 13)



Las principales **actuaciones adelantadas** por el señor Luis Miguel Cotes Habeych, en su condición de gobernador del Magdalena ante el Órgano Colegiado de Administración y Decisión **OCAD CARIBE** respecto de su participación como **gestor y ejecutor del proyecto de inversión pública**.

- El **10 de septiembre de 2012**, el Departamento del Magdalena presentó el proyecto alusivo al mejoramiento de la vía Palermo – Sitio Nuevo – Remolino – Guáimaro ante el Órgano Colegiado de Administración y Decisión Región Caribe – OCADCARIBE, el cual fue viabilizado y autorizada su financiación con recursos del Sistema General de Regalías según consta en el Acta No. 002 de la fecha referida.
- El **19 de octubre de 2012**, el Órgano Colegiado de Administración y Decisión OCAD Región Caribe, mediante el **Acuerdo 001**, dispuso impartir aprobación para la financiación del proyecto de inversión del sector de infraestructura vial, que se encuentra en fase III *Mejoramiento de la vía Salamina – Guáimaro – Remolino – Sitio Nuevo (Palermo)* presentado **por la ETC Magdalena, a quien designa como EJECUTOR DEL PROYECTO** (ver artículo 4° del Acuerdo).
- El **15 de abril de 2013**, mediante acta **No. 008 de sesión del OCAD CARIBE**, a la que asistió el gobernador del Magdalena Luis Miguel Cotes, se deja constancia que se hicieron algunos ajustes a los proyectos, que no son sustanciales ni afectan el alcance de estos, sino que son necesarios para contar con la coherencia de todos los soportes de cada proyecto y así tener éxito en el desembolso de los recursos. Concretamente frente al proyecto de la ETC Magdalena antes referido, se indicó que el nombre del proyecto presenta diferencias en el Acuerdo, el valor del proyecto no coincide con el aprobado y se deben ajustar los valores y el flujo financiero. Igualmente se solicitó modificar el Acuerdo 006 del 8 de julio de 2013 en el sentido relacionar de todas las fuentes de financiación del proyecto *Mejoramiento de la vía Salamina (Guáimaro) – Sitio Nuevo (Palermo) en el departamento del Magdalena, Caribe*, código BPIN 2013000020048, incluyendo así los recursos con cargo al presupuesto general de la nación por \$266.900.000.000. La solicitud fue aprobada por los miembros del OCAD.

5.2.2. Respetto de Rosa Cotes de Zúñiga.

Las principales actuaciones conocidas hasta el cierre de investigación disciplinaria, y adelantadas por la gobernadora del Magdalena en la actividad contractual para la ejecución del proyecto vía de la prosperidad se materializan en el convenio específico de cooperación 649 de 2013 y en el contrato de obra 617 de 2013, como se describen a continuación:

89



5.2.2.1. Respeto del convenio 649 de 2013

- El **28 de diciembre de 2016**, entre el Director de Contratación del INVIAS y la señora ROSA COTES DE ZÚÑIGA, Gobernadora del Departamento del Magdalena se suscribió el adicional 1 y modificatorio 3 al convenio principal de cooperación No. 649 de 2013, teniendo en consideración que la suspensión de 1 año aproximadamente del contrato con ocasión de la medida provisional ordenada en virtud de la acción de tutela promovida, influyó en un desfase referente al plazo contractual del convenio con relación al plazo del contrato de obra.

En este documento **se prorrogó el plazo del convenio del 31 de diciembre de 2016 hasta el 13 de noviembre de 2017, se impusieron nuevas obligaciones para el Departamento** principalmente atinentes a la regularización de la ejecución del contrato 617 de 2013, definir metodologías para llevar a cabo la totalidad de los estudios y diseños del contrato de obra, revisar las condiciones de ejecución del contrato en torno al inicio de procesos administrativos sancionatorios contra el contratista, revisar el tema de gestión predial y las distancias de acarreo de materiales y costos, insistir en el cumplimiento de obligaciones a cargo del Departamento y respuestas de fondo a requerimientos del INVIAS, así como disposiciones respecto al giro de recursos por el INVIAS al Departamento condicionado al cumplimiento de las nuevas obligaciones impuestas (folios 125-126 c.a. 13).

- El **25 de septiembre de 2017** entre el Director General del INVIAS y la doctora ROSA COTES DE ZÚÑIGA, Gobernadora del Departamento del Magdalena se suscribió el adicional número 2 y modificatorio 4 al convenio principal de cooperación No. 649 de 2013 **por el cual se prorrogó el plazo del convenio del 13 de noviembre al 15 de julio de 2018** en virtud de que el Departamento suscribió el **otro si No. 6 del contrato de obra No. 617 de 2013 para lograr la denominada regularización del contrato** precisando el alcance del objeto contractual a través de cual se ejecutarán los tramos de Palermo – Sitio Nuevo y la construcción del puente caño clarín, y del cual se excluirían los tramos Sitio Nuevo - Remolino – Guáimaro y las variantes de Palermo y Sitio Nuevo, de manera que se ajusta el valor del contrato en \$109.851.745.540,42 al pasar de \$432.010.178.757,42, inicialmente contratados a \$322.158.433.217,00 (folios 46-47 c.a. 13 y folios 815-818 y cd 819 c.p.4)
- El **22 de noviembre de 2017** se suscribe entre el Director General del INVIAS y la señora ROSA COTES DE ZÚÑIGA la modificación número 5 al convenio específico 649 de 2013 respecto a la cláusula segunda, valor y aportes y a la cláusula novena, obligaciones del Departamento para la adjudicación de los procesos contractuales de la consultoría y ejecución de



obras de las variantes de Palermo, Sitio Nuevo y el tramo Sitio Nuevo – Remolino – Guáimaro . (folios 41-42 c.a. 13)

5.2.2.2. Respeto del contrato 617 de 2013

- El **22 de febrero de 2016** entre Rosa Cotes de ZÚÑIGA, gobernadora del Magdalena y Gary Eberto Espitia Camargo, representante legal del consorcio Ribera Este suscriben el **otro sí aclaratorio No. 4** por el cual aclaran que para dar aplicación a la provisión estimada para ajustes de obra contenida en la cláusula quinta del contrato 617 se tomará el procedimiento establecido por el INVIAS en el formato MSE-FR-08-01 y su respectivo instructivo.
- El **16 de junio de 2016** entre las partes suscriben el **otro si No. 5** modificatorio al contrato 617 de 2013 por el cual se modifica el inciso d) de la cláusula décima quinta para amparo la vigencia del amparo de la devolución del pago anticipado, el cual quedará así: *“d) Devolución del pago anticipado: por la cuantía equivalente al 100% del monto que el contratista reciba a título de pago anticipado para la ejecución y su vigencia se extenderá hasta la liquidación del contrato.”*
- El **25 de septiembre de 2017** se suscribe entre Rosa Cotes de ZÚÑIGA, gobernadora del Magdalena y Gary Eberto Espitia Camargo, representante legal del Consorcio Ribera Este el **otro si modificatorio número 6** por el cual se ajusta el alcance del contrato, se prorroga el plazo de ejecución, se ajusta el valor del contrato, la forma de pago y modificaciones de la garantía.

Allí se señala que el Departamento del Magdalena en cumplimiento a los literales a) y c) de la cláusula segunda del modificatorio número 3 al convenio 649 de 2013 que condicionó por parte del INVIAS el giro de recursos a esa entidad territorial hasta tanto se produjera la regularización de la ejecución del contrato 617 de 2013, **desde el mes de enero de 2017 emprendió acciones tendientes a lograr el cumplimiento de las obligaciones contraídas en dicho convenio**, y producto de ellas y especialmente de la mesa de trabajo llevada a cabo el 12 de septiembre de 2017 en Bogotá se sentaron las bases del acuerdo para la denominada **regularización tendientes a ajustar el alcance y valor del contrato**.

Si bien es cierto el apoderado señala que el término “regularizar” no es una acepción de índole legal, sino que ello “simplemente corresponde a un reajuste en las cláusulas del contrato, que se puede dar en cualquier contrato estatal, al que le sucedan situaciones como las vividas en este caso” tendientes a lograr la correcta ejecución la cual “solo se podría dar si se tenía como premisa que se debían ajustar las cláusulas del contrato con respecto al transporte de material de terraplén y al alcance de la vía” (folio 3768), también lo es que el término fue utilizado por las



partes y registrado o anotado en los modificatorios del convenio 649 de 2013, especialmente el número 3 que generó condicionamientos para el departamento del Magdalena frente a la transferencia de giro de recursos de la nación.

En este modificatorio número 6 al contrato 617 de 2013 se ajustó el alcance del contrato, el cual se redujo frente al inicialmente establecido:

“CLÁUSULA PRIMERA: AJUSTE DEL ACANCE DEL CONTRATO No. 617 DE 2013. De conformidad con lo pactado por consenso entre las partes como alcance del contrato se ejecutará el mejoramiento del tramo comprendido entre Palermo y Sitio Nuevo que corresponde a los siguientes segmentos: a) PR39+650 al PR55+600; b) PR58+384 al PR60+213 y c) PR60+880 al PR61+180 y la construcción del puente Caño Clarín; cuyas cantidades están definidas en el acta de modificación y nuevo programa de inversiones, documento que se suscriben y hacen parte del presente documento. **PARÁGRAFO PRIMERO.** De acuerdo con el valor establecido en el ítem de ajuste de estudios y diseños en el contrato de obra No. 617 de 2013 por valor de TRESCIENTOS TREINTA Y NUEVA MILLONES TRESCIENTOS OCHENTA Y SEIS MIL TRESCIENTOS OCHENTA PESOS CON OCHO CENTAVOS (\$339.386.380.08) correspondiente a los ajustes de 49 kilómetros, el DEPARTAMENTO realizará el pago proporcional de esta actividad para los 19.9 kilómetros de ajustes ejecutados por el contratista y aprobados por la interventoría Consorcio ICI, lo cual corresponde a un valor de \$137.832.828 descontando el valor restante. **PARÁGRAFO SEGUNDO:** Para todos los efectos se entiende excluido del alcance del contrato, la ejecución de las obras del denominado tramo 2 A que va del PR34+500 al PR 36+000 y la ejecución de las obras la pavimentación del denominado tramo 1B estudios y diseños del tramo Sitio Nuevo – Remolino – Guáimaro.” (subrayado fuera del texto)

En cuanto al **plazo de ejecución de la obra**, en la cláusula segunda se indicó que **se prorrogó hasta el 15 de julio de 2018.**

Frente al **valor del contrato este también fue ajustado** como lo indica la cláusula tercera en la suma de trescientos veintidós mil ciento cincuenta y ocho millones cuatrocientos treinta y tres mil doscientos diecisiete pesos cero centavos MI (**\$332.158.433.217.00**), liberando este contrato en cuantía de ciento nueve mil ochocientos cincuenta y un millones setecientos cuarenta y cinco mil quinientos cuarenta pesos con cuarenta y dos centavos **\$109.851.7456.540.42** respecto del valor inicialmente contratado que fue de **\$432.010.178.757.42**

Durante la fase de juzgamiento y con ocasión de las pruebas en descargos se acreditó que, no obstante haberse celebrado el modificatorio número 6 del 25 de septiembre de 2017 a través del cual se determinó ajustar el alcance del contrato o se llevó a cabo la denominada y esperada regularización del contrato que permitiría avanzar la obra en los nuevos términos definidos y con la reducción de kilómetros y actividades a ejecutar, cuyo plazo de ejecución se prorrogó hasta el 15 de julio de 2018, se hicieron modificatorios adicionales, hasta el número 11; de manera que,

92



el plazo de ejecución finalmente se extendió hasta el 10 de diciembre de 2019, es decir 17 meses más (folios 3570 a 37573 y 3686-3687)

- El **13 de julio de 2018**, dos días antes de la finalización acordada luego de la denominada regularización o modificación del alcance del contrato 617 de 2013, se expidió el **adicional número 7**, suscrito por Rosa Cotes de ZÚÑIGA en representación de la gobernación de Magdalena, con el fin de incluir la gestión predial que había sido excluida del alcance del contrato según lo acordado en el modificadorio número 6 del 25 de septiembre de 2017, dejándola en cabeza de la gobernación de Magdalena, y ahora, pasaría nuevamente a cargo del contratista, razón por la cual de la reducción del valor del contrato que se había efectuado, nuevamente se reincorporaría al valor del contrato la suma de trescientos sesenta y cuatro millones ochocientos trece mil quinientos pesos mlc (\$364.813.500,00), de manera que el contrato se prorroga nuevamente, y en esta ocasión hasta el 30 de noviembre de 2018.
- El **26 de noviembre de 2018**, Rosa Cotes gobernadora del departamento del Magdalena suscribe con el consorcio Ribera Este el otro sí número 8 en el cual se le encomendó al contratista realizar las actividades de mejoramiento del tramo ubicado en el PR55+600 al PR58+500 como obras de carácter complementarias y adicionales del contrato principal para garantizar el funcionamiento, tránsito, conexión y movilidad entre los tramos intervenidos Palermo-Sitio Nuevo, igualmente se efectuó una modificación y/o redistribución del presupuesto para financiar las mismas, y se **prorrogó el plazo de ejecución hasta el 31 de diciembre de 2019**.
- El **29 de diciembre de 2018** las partes suscribieron el **modificadorio número 9** al contrato 617 de 2013, en el cual Rosa Cotes de Zúñiga firma en condición de gobernadora del Magdalena. Acordaron **prorrogar nuevamente el plazo de ejecución del contrato hasta el 30 de abril de 2019**, “con el fin de culminar de manera efectiva, cabal y definitiva los procesos de obras y actividades relativas a: a) obras de acceso norte y sur del puente del caño El Clarín; b) gestión predial e instalación de cercas de alambre de púas; c) mantenimiento de las 12.000 especies forestales sembradas en cumplimiento del plan de establecimiento y compensación forestal, d) mejoramiento del tramo erosionado ubicado entre el PR55+600 al PR 58+500 Palermo -Sitio Nuevo; e) empalme de la intersección de al vía Ciénaga – Barranquilla.”
- El **30 de abril de 2019**, Rosa Cotes, gobernadora del Magdalena y el representante del contratista Ribera Este, suscribieron el **modificadorio número 10** por el cual se **prorrogó nuevamente el plazo de ejecución hasta el 31 de octubre de 2019**, y se adicionaron otras actividades como i) pavimentación y señalización correspondientes al tramo 1B entre Palermo y



Sitio Nuevo, que se encontraba a nivel de corona de terraplén entre el PR39+650 al PR41+500 incluyendo el mejoramiento del PR39+403 al PR39+650, correspondiente al acceso a al cabecera municipal de Sitio Nuevo; y ii) rehabilitación de la estructura de pavimento existente entre el PR60+322 al PR60+880 del tramo Palermo- Sitio Nuevo como una obra de carácter complementario, razón por la cual se adicionó el contrato en \$8.807.806.018, 91, según lo indica la cláusula segunda.

- El **30 de octubre de 2019** se suscribe por parte de Rosa Cotes, gobernadora del Magdalena y el contratista consorcio Ribera Este el **modificadorio número 11** del contrato 617 de 2013 por el cual se amplía el plazo de ejecución hasta el **10 de diciembre de 2019** y se ajusta nuevamente el alcance del contrato como lo establece la cláusula segunda:

CLÁUSULA SEGUNDA. Ajustar las obras previstas en el acceso Norte del Puente Caño El Clarín (Palermo) como alcance del objeto contractual del contrato de obra No. 617 de 2013 por lo cual EL CONTRATISTA ejecutará únicamente las siguientes intervenciones: i) pavimentación a nivel de carpeta asfáltica hasta la abscisa PR61+102 al PR61+170 (68 m). **Parágrafo 1:** Para todos los efectos se excluye de cualquier intervención el PR61+170 al PR61+232 852m) ubicado en el acceso norte del puente caño el Clarín (Palermo). **Parágrafo 2:** El valor de las actividades desafectadas y/o excluidas en el acceso norte del puente caño Clarín corresponde a la suma de \$1.072.466.430.94. **Parágrafo 3.** Mediante acta modificativa de obra se ajustarán los ítems y cantidades y las actividades se pagarán proporcionalmente a la ejecución, estableciéndose como valor final, las cantidades de obra realmente ejecutadas y recibidas a satisfacción.

Asimismo, se incluyeron actividades de mejoramiento como obras de carácter complementarias y adicionales al contrato de obra 617 de 2013 para garantizar el funcionamiento, tránsito, conexión y movilidad entre los tramos intervenidos Palermo -Sitio Nuevo cuyo valor se estimó en \$2.176.484.321.23, acorde con lo estipulado en la cláusula cuarta.

- El **10 de diciembre de 2019** se suscribió el acta de terminación del contrato 617 de 2013, cuya fecha de inicio fue el 31 de diciembre de 2013 y de acuerdo con el plazo originalmente concebido de 35 meses debía finiquitarse en noviembre de 2016, sin embargo, el plazo total de ejecución de 71 meses 10, que al descontar la suspensión que tuvo la obra por situaciones especialmente jurídicas y de litigios en estrados judiciales del 16 de enero de 2014 al 29 de diciembre de 2014, se tendría que la obra se ejecutó en 60 meses aproximadamente frente a los 35 inicialmente planeados.

Otro aspecto para destacar corresponde al valor del contrato que inicialmente fue estipulado en \$432.010.178.757.42 y finalmente como consecuencia de la reducción en el alcance de la meta, y otras modificaciones aludidas en los

94



otros síes, modificatorios y adicionales al contrato de obra, el valor ejecutado fue de \$330.875.314.909.39.

Y en cuanto a la obra ejecutada se tiene que en el acta de terminación y entrega fue descrita así:

DESCRIPCION GENERAL DE LA OBRA EJECUTADA

Localización y longitud de la meta física ejecutada

El proyecto corresponde a una vía nacional categoría primaria a cargo del INVIAS identificada nomenclatura RUTA 27 dividida en dos sectores, 2701 (Plato – Salamina) y 2702 (Salamina Palermo) ubicada en su totalidad en el departamento del Magdalena.

El proyecto ejecutado corresponde a 18.20 kilómetros de mejoramiento de vía a nivel de capa asfáltica en zonas inundables por parte del río Magdalena.

Téngase presente que la obra inicialmente fue concebida inicialmente para una longitud aproximada de 52.6 kilómetros, para los tramos de Palermo -Sitio Nuevo (22.8 km), Sitio Nuevo-Remolino (12.0 km) y Remolino -Guáimaro (14.7 km) incluyendo la variante de Palermo (3.1 Km) que finalmente concluyeron en 18.20 km, asociados al primero de los tramos Palermo-Sitio Nuevo.

Así las cosas, para este Despacho y con fundamento en las anteriores consideraciones, acreditadas probatoriamente, se puede concluir que los gobernadores cuestionados participaron en la contratación pública a través de la cual se desarrolló el proyecto vía de la prosperidad mediante los convenios 1266 de 2012, 649 de 2013 y contrato de obra 617 de 2013 en la forma indicada en precedencia.

5.3. PRUEBAS DE LA DEFICIENCIA TÉCNICA EN LA PLANEACIÓN DEL PROCESO CONSTRUCTIVO PARA EL PROYECTO DE INVERSIÓN E INFRAESTRUCTURA CONOCIDO COMO VÍA DE LA PROSPERIDAD Y LA CONTRATACIÓN DE LA OBRA EN 2013 CON ESTUDIOS Y DISEÑOS DESACTUALIZADOS Y SUS IMPLICACIONES, SIN CONSIDERAR LA OLA INVERNAL O FENÓMENO DE LA NIÑA DEL 2010

A partir de la revisión y análisis de las pruebas referidas en esta providencia, se puede concluir que los estudios y diseños empleados para la contratación de la vía de la prosperidad fueron entregados en los años 2008 y 2009, los cuales, si bien es cierto estaban en fase III, acorde para las condiciones de la época, lo cierto es que,

95

IUS E-2017-519707 /IUC-D-2017-956399
Auto: Fallo de primera instancia-30-09-2020
Caso: Proyecto Vía La Prosperidad – Gobernación de Magdalena
CJOM/OLSC



se estableció que para el momento del proceso de contratación 617 de 2013, esto es para los años 2012 y 2013, estaban desactualizados y no eran viables, dado que las condiciones geomorfológicas, hidrológicas e hidráulicas, entre otras, de la zona objeto de intervención habían variado debido a la ocurrencia del fenómeno climático de La Niña o conocido como ola invernal del 2010, que afectaban sustancialmente el trazado inicial de la obra,

Así lo dan cuenta las pruebas técnicas y testimonios arrimados al proceso de quienes tuvieron conocimiento directo de los hechos, bien sea en su condición de interventores, contratistas de obras, funcionarios de la gobernación, del INVIAS y testigos especializados en la materia; medios probatorios practicados con las debidas formalidades y especialmente respetando las garantías de contradicción por parte de la defensa quien fue enterado de todas las diligencias, asistió y participó en ejercicio del poder conferido por los disciplinables.

A continuación se presenta una relación de los hechos establecidos y probados en el proceso, y frente a los cuales no hay objeción por parte del apoderado, dado que, como se indicó en el resumen de sus alegaciones, su defensa se centró en manifestar que sus prohijados no tienen la obligación de actualizar estos estudios y diseños, tampoco les correspondía validar si se encontraban actualizados pues se partía de la base que estaban en fase III y provenían de una entidad especializada como el INVIAS, entre otras consideraciones, sobre las cuales se pronunciará y dará respuesta en detalle este Despacho.

5.3.1. Pruebas indicativas que los estudios y diseños empleados para el proyecto corresponden a los realizados por las consultorías INGEOCIM LTDA (contrato 1873 de 2007) y LA VIABILIDAD LTDA (contrato 3434/2008), los cuales cumple y tienen viabilidad técnica de los proyectos en fase 3, según certificación del INVIAS como consta en el oficio DT-ATL-37236 del 31 de julio de 2002.

El INVIAS suscribió el contrato de consultoría **No. 1873 de 2007** con la firma INGEOCIM para la “*Actualización de los Estudios y Diseños de pavimentación de 24 Km de la carretera PALERMO – SITIO NUEVO código 2701, en el Departamento del Magdalena.* Contrato finalizado en el 2008.³⁰ Igualmente, contrató la firma consultora LA VIABILIDAD LTDA, mediante el negocio jurídico **3434 del 23 de diciembre de 2008** cuyo objeto fue la “*Actualización y complementación de los estudios y diseños del sector SITIO NUEVO – REMOLINO – GUÁIMARO incluyendo puentes, ruta 27, tramo 02, y estudios y diseños de la variante entre el PR 56 a PR 58 del sector PALERMO - SITIO NUEVO ruta 27 tramo 02, Departamento del Magdalena.* Contrato finalizado en el 2009.³¹

³⁰ Ver página 5 del informe técnico DNIE del 28 de julio de 2017. Ing. Miguel Angel Soto Roa.

³¹ Ver página 4 del informe técnico DNIE del 28 de julio de 2017. Ing. Miguel Angel Soto Roa.



Por tanto, los estudios y diseños que fueron empleados en la licitación pública objeto del contrato de obra 617 de 2013, corresponden a los productos de los contratos de consultoría finalizados en los años 2008 y 2009.

5.3.2. Pruebas indicativas que los estudios y diseños que tenía en su poder el INVIAS fueron requeridos por la gobernación de Magdalena, previo a la solicitud de celebración del convenio interadministrativo marco No. 1266 del 17 de noviembre de 2012 y a la presentación del proyecto ante el OCAD Caribe con el fin de revisarlos y actualizarlos, y, entregados por el INVIAS el 15 de junio de 2012, quien indicó que estos “cumplen y tienen viabilidad técnica de los proyectos en fase 3”

El **29 de mayo de 2012**, el Secretario de Infraestructura de la Gobernación de Magdalena, señor CARLOS NERY LOPEZ TONCEL, le envía un oficio al ingeniero MIGUEL GARCIA SIERRA, Director Territorial Atlántico del INVIAS, recibido en esa sede el **15 de junio de 2012**, solicitándole:

“...entregue información sobre los estudios, diseños y presupuestos de la vía entre Palermo y Salamina en el Departamento del Magdalena, los cuales fueron contratados por el INVIAS”.

Justifica su petición así:

“Lo anterior se requiere de manera urgente con el fin de **revisar y actualizar el Presupuesto”** (negritas fuera del texto original).

Nótese que la Gobernación requiere conocer e informarse de los estudios, diseños y presupuestos que tenía el INVIAS respecto de este corredor, aspectos éstos que para este Despacho permiten señalar que la Gobernación de Magdalena, desde la concepción del proyecto aludido, ya sabía que era su deber obtener información con un objetivo contundente, revisarla, estudiarla, examinarla y por ende, si a ello había lugar, corregirla o enmendarla en orden a actualizarla, como se desprende de la finalidad esbozada por el secretario de infraestructura de la época (folio 208 c.a. 13)

El **15 de junio de 2012**, mediante oficio DT-ATL 29202, el ingeniero MIGUEL ANTONIO GARCIA SIERRA, Director Territorial Atlántico del INVIAS, le indica al señor CARLOS NERY LOPEZ TONCEL, secretario de infraestructura del Departamento del Magdalena que:

“Atendiendo su solicitud contenida en el oficio del asunto, me permito enviarle anexo 5 CD con los estudios diseños y presupuestos de la vía Palermo – Guáimaro, incluyendo la variante Palermo que permitirá alejar la vía del río Magdalena, de igual forma se tiene los diseños de las variantes Sitio Nuevo y Variante Remolino que permiten pasar la vía por fuera de los cascos urbanos de



estos municipios. El sector Guáimaro – Salamina no tiene estudios definitivos, actualmente se están ejecutando junto con los diseños del puente caño Clarín.

Es de anotar que no hay licencia ambiental y se requiere adquirir los predios para construir las variantes.”

En el testimonio rendido por CARLOS NERY LOPEZ TONCEL, el 28 de noviembre de 2019, llamado a rendir declaración respecto de la solicitud que hiciera ante el INVIAS indicó que la gobernación tenía que realizar los estudios previos para la licitación

“... INVIAS nos iba a entregar todos los estudios que ellos tenían sobre esta vía, los diseños, todo, nos dijeron que nos lo entregaban en fase 3 en ese momento y nosotros teníamos que realizar lo que era los estudios previos, la Gobernación quedaba en ese momento con la responsabilidad de montar la licitación...”

Agrega que se hizo una revisión general de los documentos entregados por el INVIAS

“Yo no termino participando en el proceso licitatorio porque yo salgo antes de este proceso, yo alcanzo a firmar el tema de los estudios previos, que fue lo que alcanzamos a recopilar, toda la información que nos entregaba el INVIAS, hicimos un chequeo general de que estuviera todo lo que se necesitaba para la licitación y yo salgo de la Gobernación de Magdalena”

(...)

Como le digo, ahí estaba la Doctora Claudia liderando el tema, yo le hice un tema de apoyarla y lo que hicimos fue que verificamos que nos entregaran los estudios, los diseños, los laboratorios, el presupuesto, las cantidades, el tema de las licencias no recuerdo ahora cómo fue, pero creo que el INVIAS dijo que no necesitaban licencias porque era una remodelación, no era una vía nueva, algo así, no recuerdo bien cómo era el tema, el tema de canteras, todo, lo que teníamos que verificar nosotros era que todos los estudios y todo lo que le dije, necesario, para que se pudiera realizar el tema licitatorio”.

(...)

“Esto era porque el INVIAS tenía todo el tema de los diseños y estudios y tenía el presupuesto, pero lo que uno puede llegar de pronto a revisar es, el presupuesto consta de dos ítems fundamentales que es el de las cantidades y el de los precios. Nosotros como Gobernación, teníamos era que ver que los precios estuviesen ajustados a los valores comerciales, por eso estaba pidiendo, me acuerdo yo, que por eso estaba pidiendo esta información para ver si los precios estaban ajustados a los precios comerciales, porque digamos que había



una prevención antes en la Gobernación anterior del Magdalena, porque había sucedido un tema grave, incluso creo que llegó a la destitución del Gobernador, que fue por un tema de un escándalo que hubo por unos precios de unos kit escolares que llamaron en esa época, que aparecieron con precios mucho más altos, entonces nosotros queríamos pedir para ver qué precios estaba mandando el INVIAS y verificar que los precios estuvieran en términos comerciales”.

(...)

“Hicimos sólo un chequeo que era que estuvieran los diferentes temas que convergen esto, que estuvieran los laboratorios, que estuviera el tema hidráulico, el tema ambiental, el tema de diseño, el tema de estructura, pero verificar exactamente si estaban bien diseñados o no era imposible para la Gobernación de Magdalena, debido que para poder revisar ese tema tendríamos que tener un equipo de especialistas y no solo de especialistas sino de laboratorios, de topografía, especialista y estudios en hidrología, ambiental, estructura, en geotecnia, en suelos, así que nosotros estamos limitados en el tema y en otra parte nos lo estaban entregando en fase 3, eso significa que en fase 3 ya todo estaba totalmente concluido, ya ahí no había que hacer más nada”.

Con el fin de establecer si en la revisión o chequeo general como lo llama el testigo, efectuada en el año 2012, se consideraron temas relacionados con la ola invernal del 2010, manifestó de manera negativa, así:

“DESPACHO: ¿En algún momento en esa revisión de la que usted habla o chequeó como exactamente lo menciona, tuvieron en consideración o tocaron el tema relacionado con la existencia del fenómeno invernal del 2010?”.

INGENIERO CARLOS NERI LOPEZ TONCEL: “No, porque aquí estamos hablando ya del 2012 y nos entregan unos estudios donde nos dicen “Esto está listo en fase 3” (Sic) en el 2012 ya usted supone que todo está analizado”.

DESPACHO: “¿Qué instrucciones le impartió el Doctor Luis Miguel Cotes Habeich como Gobernador, frente a la planeación y estructuración del proyecto vía de La Prosperidad?”.

INGENIERO CARLOS NERI LOPEZ TONCEL: “Bueno, como lo digo, la encargada es la Doctora Claudia y yo lo que estaba haciendo era todo el acompañamiento como Infraestructura hasta lo que podía, pues la única intención que tenía el Gobernador en ese entonces era sacar este proyecto adelante y por ello recurrimos al INVIAS, quienes eran los dueños de esa vía, los encargados y los



que han estudiado esa vía durante años, pues nos apoyamos totalmente en ellos para realizar el avance de este proyecto y de esta vía”.

Posteriormente, el **31 de julio de 2012**, el ingeniero Miguel Antonio García Sierra, Director Territorial del Atlántico de INVIAS, mediante comunicación DT-ATL-37236, en relación con el proyecto “Mejoramiento de la Vía Guáimaro – Remolino- Sitio Nuevo – Palermo, en el Departamento del Magdalena” y por solicitud que hiciera el secretario de infraestructura de ese ente territorial, le certifica que:

Los diseños entregados por las firmas consultoras La Viabilidad Limitada e Ingeocim, en desarrollo de los contratos 3434 de 2008 y 1873 de 2017 **“cumplen y tienen viabilidad técnica de los proyectos en fase 3”** (negritas fuera del texto original) y agrega: *“La Viabilidad Limitada e Ingeocim Ltda cumplieron con el alcance planteado en el objeto del contrato, realizaron el adecuado planteamiento, programación y conducción de los estudios, de acuerdo con lo indicado por el INVIAS. El proyecto permite el desarrollo y ejecución de las actividades prioritarias orientadas a lograr la utilización óptima de la infraestructura vial y de los modos de transporte disponibles para hacer frente de manera eficaz a la demanda de transporte de la región comprendida en La Variante de Palermo y entre Palermo – Sitio Nuevo – Remolino – Guáimaro , tramo el cual se encuentra sin pavimentar y requiere de un mejoramiento en su diseño geométrico que permita adecuar las condiciones actuales y disminuir los costos de operación. Esta vía actualmente tiene rodadura en subrasante en tierra; la Gobernación de Magdalena solicitó al INVIAS copias del proyecto para gestionar recursos y poderlo ejecutar, la Territorial Atlántico le entregó copias en medio digital” (folio 207 c.a. 14) (Negritas y subrayado fuera del texto original)*

Lo expuesto en precedencia fue validado mediante declaración juramentada por el ingeniero MIGUEL ANTONIO GARCIA SIERRA, que continúa laborando en la Dirección Territorial del Atlántico del INVIA y rindió testimonio el 29 de agosto de 2018, que, en respuesta a la pregunta formulada por el apoderado suplente de los investigados, expresó lo siguiente:

“PREGUNTADO: USTED MEDIANTE LA COMUNICACIÓN DENTRO DEL 31 DE JULIO DE 2012 QUE OBRA EN EL EXPEDIENTE HACE ENTREGA DE LOS ESTUDIOS Y DISEÑOS A LA GOBERNACION DEL MAGDALENA, Y SE LE PONE DE PRESENTE EL OFICIO DT ATL 3726, SI LOS ENTREGÓ MEDIANTE ESA COMUNICACIÓN? LE INFORMÓ A LA GOBERNACIÓN DE MAGDALENA SI LOS ESTABA ENTREGANDO EN FASE 3? CONTESTÓ: Con este oficio no se hace entrega de los estudios y diseños, ya éstos se habían entregado anteriormente a la Gobernación de Magdalena, por solicitud de ellos, el Secretario de Infraestructura, Carlos Nery López Doncel solicitó copia de los estudios, y fueron entregados con oficio DT AT 29202 del 15 de junio de 2012, en este oficio que me muestran aquí se hace

100



una explicación del estado en que se encuentran los diseños debido a una consulta telefónica que me hacen, y ahí se responde. El oficio con el cual fueron solicitados los estudios por el Departamento del Magdalena no tiene número, pero la fecha es del 29 de mayo de 2012.” (folio 1794 vuelto, página 2 del acta de testimonio)

El 4 de octubre de 2017, la representante legal del consorcio ICI, Andrea del Pilar Peña Sánchez, firma interventora del contrato 617 de 2013, mediante oficio ADM-INVIAS 3795-2013-136 atiende la solicitud de información requerida por esta Delegada mediante oficio radicado 151140, en cumplimiento a lo ordenado por auto del 16 de noviembre de 2017 (folios 756-771, 781, 804-813 y CD en folio 814 c.p. 4)

A la pregunta formulada *¿Respecto a los diseños para la construcción de la vía de la prosperidad, que tipo de diseños entregó el INVIAS a la Gobernación de Magdalena, en qué fecha y en qué fase?* La interventoría suministró la siguiente respuesta e información: (folios 811-812 c.p4)

“Por tratarse de una relación contractual entre el INVIAS y la GOBERNACIÓN DE MAGDALENA dentro del marco del Convenio No. 649 de 2013, la Interventoría consorcio ICI no tiene conocimiento de la fecha de entrega de los diseños por parte del INVIAS a la GOBERNACIÓN DE MAGDALENA. Los estudios que dieron origen al contrato de obra No. 617 de 2013 y que tenían que ser revisados y/o ajustados por el contratista de obra debían estar en Fase III, sin embargo estos estudios fueron elaborados en los años 2008 y 2009 mediante contratos de consultoría suscritos con el INVIAS No. 1873 de 2007 y No. 3434 de 2008, que no correspondían a Estudios y Diseños definitivos para construcción, por cuanto no existieron volúmenes de geotecnia indicando deformaciones de terraplén, análisis de estabilidad de taludes, pendientes de los taludes, entre otros; y por otra parte el volumen de hidráulica ni fue actualizado con las condiciones climáticas críticas presentadas en los años 2010 y 2011, donde las crecientes superaron ampliamente los máximos valores estimados en los estudios antes mencionados haciendo que las cantidades y costos del contrato bajo las condiciones reales del proyecto estuviesen subvaloradas respecto a las indicadas en los pliegos de condiciones de licitación del contrato de obra. La revisión de los estudios y diseños entregados para la ejecución del contrato de obra No. 617 de 2013, arrojó importantes cambios que afectaron notablemente la meta física, dentro de los que se resaltan:

- Mayores cantidades de terraplén y transporte de material debido al aumento de las cotas de desbordamiento por la no consideración de la crítica ola invernal de los años 2010 y 2011, donde el panorama hidráulico en la región caribe fue modificado ampliamente, conllevando a nuevas valoraciones de caudales y cotas de niveles de terraplén.
- Errores en el presupuesto de la licitación debido a la no estimación del transporte de material de terraplén para el tramo Sitionuevo – Palermo, situación que conllevó a un

101

IUS E-2017-519707 /IUC-D-2017-956399
Auto: Fallo de primera instancia-30-09-2020
Caso: Proyecto Vía La Prosperidad – Gobernación de Magdalena
CJOM/OLSC



importante **desfase en las cantidades de transporte de terraplén (m³/km), solamente consideraron en los pliegos el transporte de material de terraplén para el tramo Sitio Nuevo – Guimaro, sector donde no se ha ejecutado ninguna actividad.**

- Este último tramo no se ha intervenido debido a que los estudios previos entregados por el INVIAS a la GOBERNACIÓN DE MAGDALENA, consideraban que la vía debía apartarse 500 m del corredor actual, pero no entregaron diseños con esa alternativa, los diseños entregados en los estudios previos corresponden al corredor actual que por su cercanía al Río Magdalena, los especialistas consideran que es Zona de inundación. Con el Otro Si Modificatorio No. 6 al Contrato de Obra 617 de 2013, este tramo quedó excluido del alcance del contrato de obra.
- Desactualización de las fuentes de materiales propuestas en los Estudios y Diseños entregados por el INVIAS, donde se proponían fuentes de materiales que no contaban con estudios detallados, fuentes que no contaban con licenciamiento ambiental, fuentes de material que no cumplían con los requerimientos técnicos y que además habían sido analizadas entre el 2008 y 2009 muy anteriormente a la fecha de ejecución del proyecto actual, cuya fecha de reinicio de actividades fue enero de 2015. Del listado entregado en los estudios para la ejecución del contrato de obra No. 617 de 2013, tan solo fue posible utilizar las canteras de Arroyo de Piedra ubicadas en el municipio de Luruaco – Atlántico, las cuales si bien distaban de manera importante del centro de gravedad del proyecto, a esa fecha eran las únicas fuentes de materiales disponibles que cumplían con los requerimientos técnicos y ambientales para ejecutar las obras.

Una vez informada la situación de las fuentes de materiales tanto al INVIAS como a la GOBERNACIÓN, estas entidades solicitaron por escrito a la interventoría y al contratista de obra adelantar las estrategias para la disminución de los acarreo de material de terraplén, que inicialmente dieron como resultado la inclusión de un precio no previsto denominado Transporte de Materiales vía fluvial”, que permitía transportar materiales acortando las distancias mediante el uso del río Magdalena. De manera posterior, en el 2016, la Corporación Ambiental del Atlántico CRA, autorizó para su funcionamiento otra fuente de material de terraplén que permitió la disminución del acarreo de material en combinación con otras fuentes de material que se venían usando.

- Mayores cantidades de obras de drenaje por solicitud de la Corporación Ambiental CORPAMAG.”

El Director General de Invias mediante oficio DG 11780 del 29 de noviembre de 2017 atiende el requerimiento de este Despacho ordenado por auto del 16 de noviembre de 2017 y en respuesta a la pregunta *¿Respecto a los diseños para la construcción de la vía de la prosperidad, que tipo de diseños entregó el INVIAS a la Gobernación de Magdalena, en qué fecha y en qué fase?* Manifestó (folio 817 vuelto c.p.4)

“Referente a la entrega de los estudios y diseños, el INVIAS en cumplimiento de la obligación contenida en el Convenio 1266 de 2012 y honrando lo establecido en la



CLÁUSULA CUARTA: OBLIGACIONES DEL INSTITUTO literal procedió a: “a) Suministrar al Departamento la información sobre el proyecto que repose en las oficinas del INSTITUTO que pueda servir de antecedente y justificación para los trámites presupuestales a cargo del DEPARTAMENTO”, además en respuesta al oficio del Departamento fechado el día 29 de mayo de 2012 y radicado en el INVIAS con el oficio No. 60248 del 15 de junio de 2012 y a través del cual le solicitó al Instituto la “información sobre los Estudios, Diseños y presupuestos de la vía entre Palermo y Salamina en el Departamento del Magdalena... lo anterior se requiere de manera **Urgente con el fin de revisar y actualizar el presupuesto**”. El 31 de julio del año 2012, la Dirección Territorial Atlántico del INVIAS remitió los estudios de referencia como información disponible que reposaba en el Instituto en ese momento, **documentos técnicos de referencia**, que se entregaban para que posteriormente el Departamento adelantará las gestiones contenidas en el Convenio Interadministrativo No. 1266 de 2012, específicamente las citadas en la cláusula quinta inherentes a la actualización de los diseños mencionados que le fueron entregados por el Instituto. Posteriormente, se suscribió el Convenio No. 649 de 2013, donde quedó explícita la obligación del Departamento del Magdalena en la cláusula novena, numeral 4.

“(...) Obtener de manera previa a la contratación de las obras, los diseños, planos, estudios, permisos de explotación de canteras o de intervención que se requieran, así como los demás documentos técnicos y autorizaciones y licencias ambientales necesarias para el adecuado desarrollo del objeto del Convenio (...)”

De manera que se ha acreditado que el INVIAS por solicitud de la Gobernación de Magdalena le entregó a ese ente territorial, el 15 de junio de 2012, los estudios y diseños que poseía en relación con la vía en la cual el Departamento tenía interés por intervenir, que cumplían y tenían viabilidad técnica de los proyectos en fase 3, como lo certificó, el 31 de julio de 2012, el director territorial del INVIAS.

5.3.3. Pruebas indicativas del alcance y significado de la fase 3 de viabilidad para los proyectos frente a los estudios y diseños empleados para la ejecución de la vía la prosperidad.

Sobre este aspecto la defensa indagó a varios testigos que fueron citados, en su mayoría ingenieros civiles, quienes de una manera u otra indicaron que unos estudios y diseños en fase 3, significa que **están disponibles para iniciar la ejecución de una obra, que equivale a hablar de estudios y diseños definitivos**. Sin embargo, como el tema demanda tecnicismo, también a través de estos testimonios, entre ellos el del ingeniero ERNESTO VALDERRAMA CORREA, Director Operativo del INVIAS (fl. 1801) se indicó que la definición y alcance se encuentra descrita en la Ley 1682 de 2013 y el manual de diseño geométrico del INVIAS, siendo ésta la prueba útil, conducente y pertinente para establecer el concepto.



Al respecto el artículo 12 de la Ley 1682 de 2013 *por la cual se adoptan medidas y disposiciones para los proyectos de infraestructura de transporte y se conceden facultades extraordinarias*, estableció las siguientes definiciones en lo que se refiere a la infraestructura de transporte terrestre, aeronáutica, aeroportuaria y acuática:

“Estudios de Ingeniería. Sin perjuicio de lo previsto en la Ley 1508 de 2012 y sus decretos reglamentarios, las siguientes definiciones deben tenerse en cuenta en la **preparación de los diversos estudios de ingeniería que se adelanten para la ejecución de los proyectos de infraestructura**:

Fase 1. Prefactibilidad. Es la fase en la cual se debe realizar el prediseño aproximado del proyecto, presentando alternativas y realizar la evaluación económica preliminar recurriendo a costos obtenidos en proyectos con condiciones similares, utilizando modelos de simulación debidamente aprobados por las entidades solicitantes. En esta fase se debe consultar la herramienta o base de datos que determine el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible para tal fin, dentro de la Ventanilla Integral de Trámites Ambientales en Línea (Vital). El objetivo de la fase 1 es surtir el proceso para establecer la alternativa de trazado que a este nivel satisface en mayor medida los requisitos técnicos y financieros.

Fase 2. Factibilidad. Es la fase en la cual se debe diseñar el proyecto y efectuar la evaluación económica final, mediante la simulación con el modelo aprobado por las entidades contratantes. Tiene por finalidad establecer si el proyecto es factible para su ejecución, considerando todos los aspectos relacionados con el mismo.

En esta fase se identifican las redes, infraestructuras y activos existentes, las comunidades étnicas y el patrimonio urbano, arquitectónico, cultural y arqueológico que puedan impactar el proyecto, así como títulos mineros en procesos de adjudicación, otorgados, existentes y en explotación.

Desarrollados los estudios de factibilidad del proyecto, podrá la entidad pública o el responsable del diseño si ya fue adjudicado el proyecto, continuar con la elaboración de los diseños definitivos.

Finalizada esta fase de factibilidad, la entidad pública o el contratista, si ya fue adjudicado el proyecto de infraestructura de transporte, adelantará el estudio de impacto ambiental, el cual será sometido a aprobación de la autoridad ambiental quien otorgará la licencia respectiva.

Fase 3. Estudios y diseños definitivos. Es la fase en la cual se deben elaborar los diseños detallados tanto geométricos como de todas las estructuras y obras que se requieran, de tal forma que un constructor pueda materializar el proyecto. **El objetivo de esta fase es materializar en campo el proyecto definitivo y diseñar todos sus componentes de tal manera que se pueda dar inicio a su construcción.**”



(Negritas y subrayado fuera del texto original)

Sobre este tema el apoderado principal de los investigados en su “argumento técnico conceptual”, basado en lo establecido en (i) el Decreto 1077 de 2012, (ii) el manual de consultoría e interventoría para estudios y diseños y gerencia de proyectos en INVIAS. Sociedad Colombia de Ingenieros SCI. Junio de 2015, y (iii) el documento Una política pública. Maduración de Proyectos, Cámara Colombiana de la Infraestructura. Noviembre de 2011, afirmó: (folio 653)

“Un estudio y diseño FASE III es el que se encuentra en tal grado de elaboración que permite iniciar, sin más consideraciones, la construcción del proyecto de que se trate. Es decir, que son estudios y diseños de construcción por el nivel de detalle en que se encuentran y que recogen las necesidades actuales del proyecto que se pretenda ejecutar. Sustentamos estas afirmaciones desde un punto de vista técnico legal así:

- **Decreto 1077 de 2012**

“**Artículo 7°. Fases de los proyectos de inversión.** Atendiendo lo dispuesto por la Ley número 1530 de 2012; los proyectos susceptibles de financiamiento con cargo al Sistema General de Regalías, se identificaron por fases, así:

1. **Fase 1 – Perfil.** [...]
2. **Fase 2 – Prefactibilidad.** [...]
3. **Fase 3. Factibilidad.** Este nivel se orienta a **definir detalladamente los aspectos técnicos de la solución planteada en el proyecto.** Para ello se analiza minuciosamente la alternativa recomendada en la etapa anterior, prestándole particular atención al tamaño óptimo del proyecto, en su momento de implementación o puesta en marcha, su estructura de financiamiento, su organización administrativa, su cronograma y su plan de monitoreo”

- **Manual de consultoría e interventoría para estudios y diseños y gerencia de proyectos en INVIAS. Sociedad Colombiana de Ingenieros – SCI. Junio de 2015.**

“Ingeniería de Detalle, (También denominada Fase 3, o Estudios y Diseños Definitivos); Los productos idóneos de la consultoría que sean necesarios y suficientes y que definen todos y cada uno de los componentes y partes que integran un proyecto cuyo nivel de detalle permita definir su costo y materializar en terreno el proyecto de infraestructura.

[...]

En conclusión tanto para este despacho como para la defensa se encuentra establecido que los estudios y diseños que tenía el INVIAS productos de las consultorías adelantadas en los años 2007 y 2008, y proporcionados a la GOBERNACIÓN DE MAGDALENA en junio de 2012 se encontraban en FASE 3 O INGENIERIA DE DETALLE, *“fase en la cual se adelantan los diseños detallados,*

105



suficientes y necesarios no sólo desde el punto de vista de diseño geométrico, sino también desde el punto de vista geotécnico, geomorfológico, de suelos, estructural, hidrológico, hidráulico, ambiental, social y demás aspectos técnicos que permitan materializar y construir la alternativa seleccionada³², es decir corresponden a ESTUDIOS Y DISEÑOS DEFINITIVOS que permiten materializar en campo el proyecto definitivo y dar inicio al proceso constructivo.³³

5.3.4. Pruebas indicativas que los estudios y diseños con viabilidad técnica en fase 3 pueden ser modificados, actualizados y/o ajustados. Vigencia y viabilidad.

En torno a la acreditación que **“Los diseños cumplen y tienen viabilidad técnica de los proyectos en fase 3”** (negritas fuera del texto original), expuesta el 31 de julio de 2012 por el Director Territorial del Atlántico del INVIAS, los investigados y sus apoderados basan esencialmente su defensa al considerar que si el Instituto Nacional de Vías, máximo ente ejecutor de políticas, estrategias y proyectos de la red vial de carreteras, certifica que los diseños que posee y le entrega al Departamento del Magdalena de la carretera código 2702 se encuentran catalogados como fase 3, significa, en su criterio que éstos no requieren ninguna revisión, validación o examen, así como tampoco actualización del presupuesto, a diferencia de lo expuesto por el secretario de infraestructura de la gobernación de Magdalena, en su oficio del 29 de mayo de 2012, quien indicó que estos estudios y diseños se requieran **“de manera urgente con el fin de revisar y actualizar el Presupuesto”** (negritas fuera del texto original).

Para responder este planteamiento este Despacho considera pertinente estimar en primer lugar los testimonios de quienes fueron citados como expertos técnicos en orden a los dictámenes periciales y conceptos técnicos emitidos, prueba practicada con participación de la defensa. Lo anterior por cuanto desde su pericia y sin estar involucrados en el proyecto pueden ilustrar objetivamente a este Despacho en la materia propia de la ingeniería civil, infraestructura y diseño de vías.

En el testimonio rendido por el ingeniero civil ORLANDO SANTIAGO CELY con ocasión del dictamen técnico emitido en febrero de 2018, previa solicitud que hiciera la Gobernación de Magdalena ante la Sociedad Colombiana de Ingenieros, manifestó lo siguiente frente a las preguntas planteadas por el Despacho:

“PREGUNTADO. QUÉ SIGNIFICA QUE UNOS ESTUDIOS Y DISEÑOS ESTÉN EN NIVEL FASE III? CONTESTÓ. Que son el producto que sirve para construcción. ¿LOS ESTUDIOS A NIVEL FASE III PUEDEN SER OBJETOS DE CAMBIOS SUSTANCIALES? DE SER ASÍ EN QUÉ EVENTOS, O EN CASO CONTRARIO POR QUÉ NO SE PUEDE? CONTESTÓ: Si, si se

³² Manual de consultoría e interventoría para estudios y diseños y gerencia de proyectos en INVIAS. Sociedad Colombiana de Ingenieros SCI. Junio de 2015.

³³ Ley 1682 de 2013. Art. 12.



presentan situaciones no previstas dentro de estos diseños pueden ser ajustados. PREGUNTADO. AJUSTADOS ES LO MISMO QUE CAMBIOS SUSTANCIALES? CONTESTÓ: El nivel de modificación está directamente relacionado con la causa que no fue tomada en cuenta dentro de los diseños” (fl 1837 vuelto, negritas fuera del texto original)

A su turno el Ingeniero civil WILLINGTON VERGEL GALVÁN, a cargo del dictamen técnico pericial proferido por la solicitud que elevara ante la Sociedad de Ingenieros del Atlántico por el contratista CONSORCIO RIBERA ESTE, en testimonio rendido el 12 de septiembre de 2018 en la ciudad de Barranquilla, expuso lo siguiente respecto a la pregunta formulada por la defensa: (folios 1847-1859).

PREGUNTADO. DESDE SU EXPERIENCIA QUE SIGNIFICA QUE UNOS ESTUDIOS Y DISEÑOS ESTÉN EN FASE 3: CONTESTÓ. Fase 3 que es el diseño definitivo, que si le entregan un diseño fase 3 no requiere hacer reevaluación profunda, sino revisión y ajustes menores, en lo que no implique aplicar modelo matemático ni correr modelo en software, decisiones que se pueden tomar sin que afecte un modelo matemático inicial. **Pero si se mueve el modelo matemático para obtener un nuevo resultado eso implica un diseño nuevo y no sería fase 3, sería fase 3 para la fecha en que aplicaba fase 3, este diseño sería fase para la inundación 1990-2005, para esa época estaba acorde a esas necesidades, con la nueva inundación 2010-2011 ya no era fase 3. Debieron ser actualizados con base en las inundaciones.** (Negritas fuera del texto original)

QUE DIFERENCIA HAY ENTRE FASE 3, FASE 2 Y FASE 1. CONTESTÓ: Cuando hay un proyecto de ingeniería se inicia con la fase de planeación donde planea tiempos, costos y alcance, en esa fase de alcance es donde empezamos con una ingeniería básica o conceptual donde se toman datos de campo y se empieza a armar el proyecto desde el punto de vista de ingeniería y se va acercando y afinando, con fase 1 se puede tener un presupuesto global y un tiempo global; con la fase 2 empieza a afinar esa fase 2 porque son estudios mas profundos y mas datos y se empieza a correr un modelo matemático mas acertado y empieza a acercarnos a un proyecto definitivo, donde ajustamos los presupuestos a la realidad de la fecha y sus tiempos; en fase 3 ya se hizo estudios definitivos, ya no necesito una muestra de tierra, a hacer modelos matemáticos, fase 1 son datos, fase 2 ajusta presupuesto, fase 3 manda equipos y hace modelos matemáticos y ya no dice puede costar sin le cuesta, **pero cuánto (sic- léase cuándo) es viable esa fase 3? Por ejemplo, yo diseñé en el 2010 esa fase 3 y la voy a construir en el 2018 ya no es fase 3, ahí toca volver a hacer estudios más profundos y volver a diseñar, ya no es viable.** (Negritas fuera del texto original)

PREGUNTADO. QUIÉN CERTIFICA QUE ESTÁN EN FASE 3? CONTESTÓ: Es el contratante quien le debe hacer entrega al contratista de los diseños en fase 3, siempre y cuando así esté estipulado en los contratos y en el pliego de condiciones. En este caso invias le podía entregar los estudios a la gobernación, pero la gobernación era el responsable de la licitación era el que debía decir como estaban los diseños, el contratista era Ribera este, el contratante la

107



gobernación. De lo que conozco para mí como ingeniero quien debió garantizar al contratista los estudios y diseños en fase 3, era la gobernación, que era el contratante, siempre y cuando la licitación y/o el contrato estipularan que los diseños se entregarían en ese nivel de fase, fase 3, si ella dejó que el invias le entregara diseños en fase 3, la gobernación tenía su equipo de ingenieros y de planeación. **Fase 3 son diseños que están actualizados a la fecha y están aptos para construcción.**” (Negritas y subrayado fuera del texto original) (folios 1853-1854)

En el testimonio rendido el 13 de septiembre de 2018, por el ingeniero civil ALFONSO TIQUE ANDRADE, quien rindió concepto técnico en relación con este proyecto, previa solicitud del INVIAS ante la Sociedad Colombiana de Ingenieros, respondió lo siguiente en torno a las preguntas planteadas por la defensa:

PREGUNTADO: DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA INGENIERÍA, ES POSIBLE AFIRMAR QUE UNOS ESTUDIOS Y DISEÑOS EN FASE 3 SE ENCUENTRAN LISTOS PARA LA OBRA EN EL MOMENTO EN QUE SON ENTREGADOS A DETERMINADA PERSONA BAJO LA CONDICIONES EN QUE SE ENCUENTRAN EN FASE 3. CONTESTÓ: Los estudios tienen fase 1, 2 y 3, **fase 3 tienen nivel de detalle y deben estar aprobados por el interventor del estudio, y a partir de esa aprobación esos estudios son los que deben ser utilizados.** Unos estudios y diseños a nivel de fase 3, en el momento en que son aprobados por la interventoría o entidad contratante, de acuerdo con los términos de referencia, se supone que son los que se pueden utilizar en la construcción de la obra. (fl. 1865 vuelto. Negritas fuera del texto original)

Consecuente con lo dicho por los expertos y peritos técnicos este Despacho acude a lo expuesto por el apoderado es su memorial del 23 de octubre de 2017 (fl. 645) que hace algunas transcripciones del manual de consultoría e interventoría para estudios y diseños y gerencia de proyectos en INVIAS respecto al significado y alcance de la ingeniería de detalle o fase 3, o estudios y diseños definitivos, en la que se destacan las variables climáticas como aspectos para tener en cuenta:

“(...) En esa fase es indispensable contemplar los aspectos relacionados con las variables de cambio climático y de vulnerabilidad de la alternativa en estudio:

El estudio del clima debe ser uno de los factores fundamentales en esta fase del diseño, dado su efecto sobre la estabilidad de las obras civiles a cargo del INVIAS. **Los diseños definitivos deben incluir un cuidadoso estudio del comportamiento histórico y las condiciones de variabilidad climática extrema. De ello podrá depender en gran medida la vía útil de la infraestructura,** teniendo en cuenta los impactos y desastres que puedan causar situaciones como periodos secos extensos, periodos largos de lluvia, precipitaciones extremas y condiciones de elevación sobre el nivel del mar entre otras.



Es cada vez mayor la probabilidad de ocurrencia frecuente de eventos extremos en el futuro, por lo que es vital importancia que los diseños de fase 3 se adapten a los pronósticos detallados en lugar de basarse en decisiones de homogeneidad del clima, para evitar el incremento inevitable de la interrupción del servicio y los costos de mantenimiento. La amenaza por deslizamientos o por movimientos del terreno pueden producir fallas en estructuras que determinan la vulnerabilidad de las alternativas propuestas, por tanto generan riesgos tanto en su etapa de operación. En la fase 3 estos riesgos deben ser estudiados en detalle distinguiendo entre aquellos relacionados naturales: hidráulicos, geotécnicos, sísmicos y aquellos de origen antrópicos como: calidad de materiales, técnicas de construcción, labores de preservación y mantenimiento, afectación antrópica del entorno, cambio de cobertura vegetal boscosas a pastos, entre otros. (...).” (Negritas y subrayado fuera del texto original)

En segundo lugar, se procederá a revisar lo expuesto en las declaraciones de los ingenieros vinculados con el INVIAS, la Gobernación de Magdalena, el contratista CONSORCIO RIBERA ESTE y el interventor CONSORCIO ICI, quienes respondieron de diferente manera y dieron sus opiniones desde su experiencia y profesión como ingenieros civiles.

El ingeniero civil JUAN VALENTIN BRICEÑO quien se vinculó con la Gobernación de Magdalena desde abril de 2016, como apoyo a la supervisión de la obra para el mejoramiento de la vía Palermo, Sitio Nuevo, Remolino, Guáimaro , comentado, luego de haber laborado en el INVIAS como subdirector nacional de carreteras, desde junio de 2015 hasta enero de 2016, cargo desde el cual le correspondía ejercer la supervisión del convenio 649 que éste Instituto había celebrado con la Gobernación de Magdalena, es decir, en otras palabras, primero supervisó la gestión y obligaciones de la Gobernación en el marco del convenio y luego pasó a apoyarla en la ejecución del proyecto objeto del referido convenio. De ahí que sus apreciaciones, consideraciones, opiniones, conceptos, señalamientos y hasta suposiciones, no pueden ser estimados por parte de este Despacho dado que éstos pueden estar sesgados y parcializados, ante un inminente conflicto de interés que amerita ser investigado por separado. De manera que solo se tendrán en cuenta las descripciones objetivas, recuento y narración de hechos y circunstancias de tiempo, modo y lugar que le consten en relación con los temas interrogados e investigados en este proceso.

PREGUNTADO POR LA DEFENSA: “QUÉ IMPLICA LA ACTIVIDAD DE ACTUALIZACIÓN DE LOS ESTUDIOS Y DISEÑOS. CONTESTÓ: Actualizar los estudios y diseños precisamente es mirar en su contexto que variaciones han podido tener desde que se hicieron hasta que se van a poner en marcha ya la construcción definitiva, eso es básicamente lo que sería una actualización, a veces hay modificaciones de tipo geológico, climatológico que no estaban dado en el momento en que se hicieron los estudios y diseños, de naturaleza, y es bueno actualizar.



PREGUNTADO. CORRESPONDE A UNA MISMA ACTIVIDAD LA REVISION Y AJUSTE DE LOS DISEÑOS QUE LA ACTUALIZACION DE LOS DISEÑOS. CONTESTÓ: Revisión y ajustes son cambios mínimos que pueden sufrir los estudios y diseños, la actualización depende del grado que tenga que hacer que incluso puede variar ese mismo estudio y diseño y con ocasión a que se debe hacer esa actualización. Dentro de la actualización podrían darse cambios de estudios que ya es una cosa totalmente diferente a la revisión y ajustes que amerita nuevos estudios y diseños, como algunos casos que se nos presentó en el contrato de la referencia.” (fl. 1377)

El ingeniero civil WALTER ALFONSO PAUTT TORRES, quien desde 2015 hasta noviembre de 2018 fungió como supervisor del contrato para el mejoramiento de la vía de la prosperidad y luego como apoyo a la supervisión a cargo del gerente de proyectos de la gobernación de Magdalena, FABIO MANJARRES PINZÓN. (folios 1384-1392)

“PREGUNTADO POR LA DEFENSA: “CUANDO SE ENTREGAN UNOS ESTUDIOS Y DISEÑOS EN FASE 3 ES POSIBLE QUE LOS MISMOS SEAN SUJETOS DE AJUSTE O REVISIÓN? CONTESTÓ: Si es posible. ¿EN QUÉ CONSISTE ESE AJUSTE O REVISIÓN? Ajustes menores que por ejemplo ha pasado entre la ejecución de los estudios y ya para la aplicación de esos estudios, de pronto la vía ha cambiado de uso o hay un mayor tráfico, comprobar eso, eso afectaría la estructura de la vía, obviamente los costos. Otra puede ser que de pronto en los estudios plantearon unas canteras para la explotación de material y a la fecha de esa ejecución ya no tienen material o la cerraron o no tienen licencia o sea se evalúa todo eso, esos son ajustes.

PREGUNTADO. ES USUAL QUE SE INCLUYA UN ITEM DE AJUSTE Y REVISIÓN EN EL PRESUPUESTO PARA UNA OBRA. CONTESTÓ. Si es usual.

PREGUNTADO. QUE IMPLICA UNA ACTUALIZACIÓN DE LOS ESTUDIOS Y DISEÑOS. CONTESTÓ. Actualización o ajuste es como factores menores que no afectan el fondo su contenido o de criterios de los especialistas en su momento.” (folios 1386-1387)

[...]

PREGUNTADO POR EL DESPACHO:

PREGUNTADO. EN RESPUESTAS ANTERIORES SE REFIRIÓ A LA REVISION Y AJUSTES A LOS ESTUDIOS Y DISEÑOS EN FASE 3. SEGÚN SU CONOCIMIENTO TECNICO Y EXPERTICIA PROFESIONAL, ESTOS DISEÑOS FASE 3 PUEDEN SER

110



OBJETO DE MODIFICACIONES, EN CASO AFIRMATIVO EN QUE EVENTOS O POR QUE RAZONES? CONTESTÓ. Si pueden ser objeto de modificaciones, modificaciones que no afecten en si los estudios, ajustes menores, por lo menos el trafico, ubicación de canteras, pero los estudios en si se mantienen, pero ya en este caso tuvo que hacerse todo nuevo por el evento del 2010

PREGUNTADO. ANTE UN FENÓMENO COMO LA OLA INVERNAL DEL AÑO 2010, UNOS ESTUDIOS FASE 3 REALIZADOS PARA LOS AÑOS 2008- 2009, CONSIDERA USTED, ACORDE CON SU EXPERIENCIA Y CONOCIMIENTO, ESPECIALMENTE DE LA OBRA ALUDIDA, QUE PODRIAN SER VIABLES PARA SER EJECUTADOS EN EL AÑO 2012 Y SIGUIENTES? CONTESTÓ. No, porque la capacidad hidráulica de las obras que estaban antes ya no cumplirían, la altura de inundación de la vía, cambia, si sube la cota de inundación sube los terraplenes, si sube los terraplenes, mas presión y esfuerzo requiere sobre el terreno existente, ya habría que hacer otros estudios de suelo, estabilidad de los taludes porque hay mas altura. Ya el transito es igual porque eso fue lo que único que se salvó. La capacidad de las obras de drenaje también aumentaron

PREGUNTADO. CONOCE USTED SI EL FENOMENO CONOCIDO COMO OLA INVERNAL DEL 2010-2011, AFECTÓ LA CARRETERA QUE SERIA OBJETO DE MANTENIMIENTO POSTERIOR MEDIANTE EL CONTRATO 617 DE 2013 CONOCIDA COMO VIA DE LA PROSPERIDAD. CONTESTÓ. Si claro, se desbordó el caño aguas negras, varias fincas se inundaron, los pueblos también Remolino Sitio Nuevo se inundaron, el mayor fue el caño aguas negras y hoy hay un puente militar ahí, el cauce del caño se amplió considerablemente. En la zona donde se consideran las variantes se presentan varias erosiones.

PREGUNTADO. ESAS INUNDACIONES PUDIERON AFECTAR LAS COTAS Y TRAZADOS DE LA VIA QUE IBA A SER OBJETO DE MANTENIMIENTO EN EL MARCO DEL PROYECTO VIA DE LA PROSPERIDAD. CONTESTÓ. Si afectan porque ya según ese fenómeno la cota o nivel que había anteriormente ya se subió entonces para proteger la estructura de la via había que subir mas el nivel de la via.

PREGUNTADO. SEGÚN SU CONOCIMIENTO Y EXPERIENCIA ACREDITADO EN ESTA DECLARACION, CONSIDERA USTED QUE PODIA SER PREVISIBLE QUE LOS DISEÑOS EN FASE 3 ENTREGADOS PARA EL MANTENIMIENTO DE LA VIA PALERMO SITIO NUEVO REMOLINO GUÁIMARO PUDIERAN SUFRIR MODIFICACIONES SUSTANCIALES PARA EJECUTAR LA OBRA? CONTESTÓ. No, porque primero que todo ya era un proyecto viabilizado por Regalías y entregado fase 3, se adopta en seguida, entonces no era previsible eso.



PREGUNTADO. DE SER ASI COMO LO SEÑALA, POR QUE POSTERIORMENTE LOS DISEÑOS FASE 3 FUERON MODIFICADOS SUSTANCIALMENTE? CONTESTÓ. Ya en la revisión, en la actualización, si te entregan unos estudios fase 3 ya están listos y entonces se incluyó en el contrato la revisión y la actualización.

PREGUNTADO. ESA REVISION Y ACTUALIZACION INCLUYE MODIFICACIONES DE FONDO O SUSTANCIALES DE UN DISEÑO? CONTESTÓ, No debería incluir, porque son ajustes menores, una revisión, lo que se hizo fue unos nuevos diseños, ya con esos eventos.

El ingeniero civil JAVIER DAVID DIAZ BUENDIA, Director Administrativo del Consorcio Ribera Este, atendió el siguiente interrogatorio: (folios 1403-1422)

PREGUNTADO POR LA DEFENSA: “ESTA ACTIVIDAD DE REVISION Y ACTUALIZACION ES USUALMENTE PACTADA EN LOS CONTRATOS DE OBRA. CONTESTÓ. El invias tiene por costumbre de que los proyectos deben siempre ser objeto de ajuste y actualización, es un capítulo que está dentro del manual de interventoría del INVIAS.

PREGUNTA. AUN CUANDO SE TIENE ESTUDIOS Y DISEÑOS FASE 3? CONTESTÓ: Si, básicamente porque el INVIAS maneja una base de proyectos que eventualmente pueden tener uno o dos años para que puedan ser abiertos a licitación pública de conformidad con las disponibilidades presupuestales del Estado, en contratación pública se llama banco de proyectos, que permite que cuando haya disponibilidad presupuestal para un determinado departamento se revisen que proyectos se pueden ejecutar, y por lo general los estudios y diseños de estos proyectos se hacen mucho antes de aperturarlos (sic) a licitación pública.

[...]

PREGUNTADO. QUE DIFERENCIA HAY ENTRE UNA REVISIÓN, AJUSTE, ACTUALIZACIÓN Y UNAS MODIFICACIONES SUSTANCIALES COMO USTED MANIFESTÓ QUE OCURRIÓ EN ESTE CASO. CONTESTÓ. Yo diría que la revisión para hacer un estudio hay que revisar todo, un ajuste cuando por lo menos decimos que necesitamos determinada cantidad de material que en los presupuestos.

En la declaración jurada que rindió el ingeniero VLADIMIR CARDONA PAEZ, director técnico de la interventoría CONSORCIO ICI respondió lo siguiente: (fl. 1424-1438)



PREGUNTADO POR LA DEFENSA: “UNOS ESTUDIOS Y DISEÑOS FASE 3 PUEDEN SER AJUSTADOS Y/O REVISADOS. CONTESTÓ: Si, un diseño en fase 3 son objeto de revisión siempre y pueden ser objeto de ajuste.

PREGUNTADO. QUÉ IMPLICA LA ACTIVIDAD DE REVISIÓN. CONTESTÓ: la actividad de revisión es la verificación de que los parámetros establecidos en los diseños sean acordes con las condiciones actuales del proyecto que se va a ejecutar.

PREGUNTADO. QUÉ IMPLICA LA ACTIVIDAD DE AJUSTE. CONTESTÓ: la actividad de ajuste a un diseño es una modificación menor del diseño original que respeta los criterios del diseñador.

PREGUNTADO. QUÉ PASA CUANDO EN ESA ETAPA O EN ESA ACTIVIDAD DE AJUSTE Y REVISIÓN SURGEN MODIFICACIONES MAYORES? CONTESTÓ. Se puede correr el riesgo que cambien las condiciones del contrato y se requiera de incluir nuevas actividades y realizar obras que no estaban contempladas.

[...]

PREGUNTA. EN RESPUESTA ANTERIOR USTED MANIFESTÓ QUE SE HICIERON AJUSTES, MODIFICACIONES Y ACTUALIACIONES A LOS DISEÑOS, PUEDE EXPLICARNOS LA DIFERENCIA ENTRE CADA UNO DE ESTOS CONCEPTOS. CONTESTÓ. Ajuste son cambios menores que conservan el criterio del diseñador, actualizaciones son ajustes al diseño conservando el criterio del diseñador, acordes con las condiciones actuales del proyecto, y modificaciones son cambios que no necesariamente conservan los criterios del diseñador.”

El ingeniero civil RAFAEL ALBERTO DIAZ GRANADOS asesor externo del Departamento del Magdalena, desde el año 2012, dio la siguiente respuesta:

PREGUNTADO POR LA DEFENSA: “SE PREVÉ QUE UNOS ESTUDIOS Y DISEÑOS FASE 3 PUEDEN SER REVISADOS Y AJUSTADOS. CONTESTÓ: Los diseños no tienen fecha de vencimiento, se diseñan para construir, las construcciones son eternas, los diseños en esa etapa deben estar listos para construir, en la medida como no se está haciendo la obra, en la medida en que va construyendo se va tomando nota de algunos aspectos y cuando se hace una ejecución en la mitad se puede encontrar algo que no se observó, eso es posible, puede encontrar errores de otros profesionales, y eso perite que se hagan ajustes, muchas personas aseguran que no hay diseños perfectos, y todo se hace sobre planos y existen imprevistos que pudieron no haber sido previstos por el diseñador y para eso se utilizan revisiones o antes o justo cuando se están haciendo.”



En consecuencia la ilustración dada por los peritos expertos y los demás testigos, todos ellos profesionales de la ingeniería civil permite ilustrar al Despacho para responder uno de los planteamientos que ha venido formulando la defensa, en el sentido de pretender hacer ver que unos estudios y diseños catalogados en fase 3 dentro de las etapas de un proyecto de ingeniería, permiten iniciar inmediatamente la construcción de la obra acorde con los planteamientos y cálculos matemáticos, geotécnicos, estructurales, hidráulicos e hidrológicos y demás aspectos técnicos, sin ser sometidos a ninguna revisión adicional por parte de quien pretenda hacerlos valer, gestionar y ejecutar.

Tal supuesto no puede ser aceptado, porque de hecho los testimonios de los ingenieros civiles requeridos por la defensa, que laboran tanto con la Gobernación de Magdalena, contratante de la obra objeto del bilateral 617 de 2013, como con el contratista, Consorcio Ribera Este y el interventor CONSORCIO ICI, fueron contestes en señalar que precisamente y acorde con lo establecido en el manual de interventoría del INVIAS, en los contratos se incluye un capítulo para la actividad de ajustes y revisiones, que en manera alguna significa cambios sustanciales o nuevas actividades y obras no contempladas, e incluso nuevos diseños, pues de ser así ya no se respetaría el diseño original y ello implicaría una modificación a la obra, que ya desbordaría las condiciones iniciales del proyecto. Y ello fue implementado por parte del INVIAS para sus proyectos dado que se conoce que éstos reposan en un banco de proyectos y datan de, incluso, 2 años antes de su implementación.

Es así como en el dictamen técnico del ingeniero civil ORLANDO SANTIAGO CELY, de la Sociedad Colombiana de Ingenieros se indicó que *“Las actividades de ajustes de estudios y diseños, si estuvieron incluidas dentro del contrato inicial, pero la controversia se presentó en lo referente al alcance de dicha actividad dentro del contrato. Tal situación se evidenció que fue resuelta mediante otro sí modificatorio No. 6 de fecha 25 de septiembre de 2017, dejando muy claro el valor a pagar por esta actividad y que se renunciará a cualquier reclamación posterior al respecto”*. (fl 13 del dictamen)

Empero lo expuesto, tiene un fondo mayor y es lo relacionado con la vigencia y aplicabilidad de los estudios y diseños fase 3, pues si bien permiten estos ajustes menores al diseño original, no puede desconocerse que diseños que datan de hasta 4 años o más de su realización puedan perder actualidad, dado que deben tener en cuenta aspectos como el clima, la normatividad y otros factores como hídricos e hidrológicos que a lo largo del tiempo o por situaciones de la naturaleza cambien el trazado de las vías, y es ahí donde la ilustración de los expertos peritos es aceptada por este Despacho para **acreditar que nos estudios y diseños fase 3 que datan del año 2008, para ser implementados en el año 2012, perdieron su vigencia y actualidad**, y por ello al ser empleados y utilizados en una contratación pública de grandes recursos y significativas finalidades, requerían una revisión exhaustiva, previa al inicio de un proceso de contractual, y no trasladarle al contratista toda esta responsabilidad, bajo el ítem o actividad de revisión de ajustes diseños que no



conlleve cambios estructurales en los estudios ni nuevos diseños, dado que diseños en fase 3 no significa *per se* aptos para construcción inmediata, sin ninguna revisión, sino que deben estar vigentes, es decir, actualizados a la fecha en que se van a emplear, de manera que la revisión que haga luego el contratista corresponda a ajustes menores que no alteren todo el modelo matemático de los diferentes volúmenes empleados y siga respetando el diseño original del consultor.

Por ello es de vital importancia que estos diseños fase 3 contemplen el momento histórico de su implementación pues desde su realización hasta su ejecución existe la probabilidad de ocurrencia de fenómenos, como los climáticos y hasta normativos, que pueden generar situaciones que afecten su vida útil e impacten negativamente la infraestructura.

5.3.5. Pruebas indicativas que los estudios y diseños entregados por el INVIAS fueron el insumo para la licitación pública que adelantó la Gobernación de Magdalena y que culminó con la suscripción del contrato 617 de 2013

La Gobernación de Magdalena adelantó el proceso licitatorio de obra pública LP_DM-07-2012 cuyo objeto fue el “MEJORAMIENTO DE LA VIA PALERMO - SITIO NUEVO – REMOLINO – GUÁIMARO , EN EL DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA – TRAMO GUÁIMARO – REMOLINO- SITIO NUEVO – PALERMO”, adjudicado el 12 de agosto de 2012, mediante Resolución número 768 al CONSORCIO RIBERA ESTE, por un valor de \$432.010.178.757,42. , teniendo en cuenta los estudios y diseños realizados por las firmas La Viabilidad e Ingeocim, para el mejoramiento de la vía Palermo – Sitio Nuevo –Remolino- Guáimaro , objeto y alcance del convenio marco 1266 del 17 de septiembre de 2012, y el convenio específico 649 del 31 de mayo de 2013 y el contrato de obra 617 del 4 de octubre de 2013.

Lo expuesto también es validado por el gerente de proyectos de la gobernación de Magdalena como lo consignó en el oficio E-2017-032730 del 1° de diciembre de 2017 (folios 836-837)

Consta en diferentes documentos que INVIAS entregó al Departamento, conforme a su obligación⁶ y el Departamento recibió, igualmente según nuestra obligación⁷ **previamente a iniciar la Licitación** los ESTUDIOS Y DISEÑOS en fase III de maduración.



Consta **OFICIO DT.ATL 37236 del 31 de Julio de 2012**, que INVIAS entregó en fase 3 de maduración los estudios y diseños para construcción de las obras de mejoramiento de la vía Palermo Sitionuevo-Remolino- Guaimaro, incluidas las variantes, así se lee en dicho oficio, cuya copia se adjunta que los diseños entregados *“...Cumplen y tienen viabilidad técnica de proyectos en fase 3”* y que el proyecto *“...permite el desarrollo y ejecución de las actividades prioritarias orientadas a lograr la utilización óptima de la infraestructura vial y de los modos de transporte disponibles de manera eficaz a la demanda de transporte de la región comprendida entre la Variante de Palermo y entre Palermo-Sitionuevo-Remolino-Guaimaro, tramo que se encuentra sin pavimentar y requiere de mejoramiento en su diseño geométrico que permita adecuar las condiciones actuales y disminuir los costos de operación”*

Igualmente la entrega de dichos diseños Fase III y la sujeción a su cumplimiento, se verifican y ratifican a la firma del CONVENIO 649 de 2013, entre otras en la consideración “34) Que las obras y actividades requeridas sobre la vía Guaimaro-Sitionuevo, Palermo, tramo Guaimaro-Remolino-Sitionuevo-Palermo, cuentan con diseños Fase III realizados por el INSTITUTO, según comunicación DT-ATL-37236...” en la cláusula OCTAVA, numeral “3. Apoyar técnicamente al DEPARTAMENTO en las cuestiones que demande para la correcta contratación de los obras objeto del presente Convenio, suministrando igualmente los diseños Fase III con los que cuenta según comunicación DT-ATL-37236”.

Igualmente la entrega de dichos diseños Fase III y la sujeción a su cumplimiento, se verifican y ratifican a la firma del CONVENIO 649 de 2013, entre otras en la consideración “34) Que las obras y actividades requeridas sobre la vía Guaimaro-Sitionuevo, Palermo, tramo Guaimaro-Remolino-Sitionuevo-Palermo, cuentan con diseños Fase III realizados por el INSTITUTO, según comunicación DT-ATL-37236...” en la cláusula OCTAVA, numeral “3. Apoyar técnicamente al DEPARTAMENTO en las cuestiones que demande para la correcta contratación de los obras objeto del presente Convenio, suministrando igualmente los diseños Fase III con los que cuenta según comunicación DT-ATL-37236”.

Adicionalmente hizo referencia al pliego de condiciones así:

“En el estudio previo realizado por la Gobernación y publicado el 18 de diciembre de 2012 en el Secop junto con el proyecto de pliego de condiciones, presentado a INVIAS y el estudio previo ajustado, consta que los estudios y diseños se habían recibido en fase III de maduración y en tal calidad eran los de construcción, sin perjuicio de la revisión y ajuste que se previó haría el contratista que resultara seleccionado.”



En el estudio previo de la licitación que llevo a la contratación de la obra, consta en el numeral 2.5.1 lo siguiente:

"2.5 ESPECIFICACIONES TECNICAS ESENCIALES:

2.5.1 ESTUDIOS TECNICOS

El INSTITUTO NACIONAL DE VIAS-INVIAS, contrató los estudios y diseños y/o actualización de los mismos para la realización de las obras, en sendos contratos No.3434 de 2008 y 1873 de 2007, que concluyeron con la entrega de los siguientes estudios y diseños, que permitieron considerar la viabilidad técnica del proyecto en FASE 3:

(...)

Sea oportuno precisar que dentro de estos estudios se encuentra el tomo de estudio de canteras. Así también cada uno de los estudios cuentan con sus respectivas memorias, secciones, plantas, secciones, apiques, ensayos, etc.

Ahora bien, en cuanto al estado que se encontraban los estudios y diseños adjuntos utilizados en la licitación pública y las verificaciones de estos, el contratista adjudicatario del contrato 617 de 2013 indicó lo siguiente:

APODERADO SUPLENTE WILLIAM ANDRÉS CÁRDENAS BONILLA: "Una vez para empezar la construcción ¿Realizan ustedes una revisión y ajuste de los estudios y diseños?"

INGENIERO GARY HEBERTO ESPITIA CAMARGO: "Sí, porque eso es parte del compromiso contractual y de hecho no es solo en ese proyecto, en todos. En todos los proyectos uno como contratista de obra, a pesar de que uno debe ejecutar el proyecto de acuerdo a las especificaciones y planos que te entregan, uno tiene como compromiso contractual hacer una revisión del proyecto, sin ser uno consultor de alguna manera autorizado para el tema, por el simple hecho de saber que lo que se va a ejecutar está regulado y enmarcado en la normatividad de los parámetros de la construcción en Colombia, lo debes revisar, eso es exactamente lo primero que uno hace. Este es un proyecto que fue entregado en fase 3, no sé si vale la pena aclarar que con una fase 3 en este tipo de proyectos básicamente significa que los planos y los detalles de construcción y los estudios que te entregan son para ponerlos inmediatamente en ejecución, para llevarlos a cabo tal cual como lo están entregando. Sin embargo como les digo, uno debe hacer una revisión un poco general porque una revisión dependiendo el tamaño, implicaría unos temas de consultoría avanzada que ese no es el objeto del contrato, pero si tú haces unas revisiones y determinas o puedes darte cuenta que el proyecto va a ser funcional y va a cumplir a cabalidad, después de la revisión dependiendo de lo que encuentre ya entras a la ejecución como tal de los planos o del proyecto, que como te digo, en este caso fue un proyecto entregado y licitado en fase 3, significa listo para construir".

APODERADO SUPLENTE WILLIAM ANDRÉS CÁRDENAS BONILLA: "Entonces lo primero que hicieron fue hacer la revisión de estos..."



INGENIERO GARY HEBERTO ESPITIA CAMARGO: “Lo primero que hicimos fue hacer la revisión de los diseños”.

APODERADO SUPLENTE WILLIAM ANDRÉS CÁRDENAS BONILLA: “¿Y con qué se encontraron?”.

INGENIERO GARY HEBERTO ESPITIA CAMARGO: “Nosotros nos encontramos que dado el momento histórico en que se iba a construir el proyecto, o sea digamos el proyecto actual del inicio del proyecto, nos dimos cuenta que el proyecto con los planos y diseños no estaban teniendo en cuenta, no estaban contemplando un tema de una ola invernal puntual que hubo, que generó una catástrofe prácticamente en la región y que esos estudios que recibimos habían sido hechos antes de la ola invernal del 2010-2011 con el fenómeno del niño y que habían ocasionado inundaciones de orden catastrófico, que esos diseños como habían sido antes de esa época, no estaban contemplando que se presentó una ola invernal muy por encima de lo histórico, este tipo de fenómenos, las frecuencias están dadas en tiempos de acuerdo a los niveles de lluvia o de sequía si fuera el caso, pueden presentarse cada 10 años, o cada 20 años, o cada 30 años y eso te da una magnitud, este es un fenómeno que de acuerdo a la magnitud que se dio era un fenómeno previsible para cada 100 años, eso no significa que las frecuencias sean exactas, que el fenómeno de esa magnitud deba presentarse calendáricamente exactamente cada 100 años, sino que eso lo que te está indicando es que el volumen que se dio, que a pesar de que sea para 100 años, debió tenerse en cuenta en los diseños para prever que si volvía a suceder dentro de 10,15,20 años, porque se puede presentar en cualquier momento, no tuviera las consecuencias ni los niveles de daño que tuvo este fenómeno, eso no había sido tenido en cuenta y se entiende porque no había pasado. Entonces lo que encontramos es que a nuestra consideración debían ajustarse los estudios para que se considerara que ese fenómeno con esa frecuencia, se recalculara y se tuviera en cuenta y se rediseñara el proyecto”.

APODERADO SUPLENTE WILLIAM ANDRÉS CÁRDENAS BONILLA: “Perfecto. Vamos por partes. Usted me dijo que usted conoció del trámite de la licitación ¿Cierto?”.

INGENIERO GARY HEBERTO ESPITIA CAMARGO: “Sí”.

APODERADO SUPLENTE WILLIAM ANDRÉS CÁRDENAS BONILLA: “En el trámite de la licitación ¿Usted o su equipo de trabajo, pudieron conocer de esas estudios y diseños?”.

INGENIERO GARY HEBERTO ESPITIA CAMARGO: “Tu lo que conoces es porque digamos que eso está puesto para ser de hecho tu calculo, tú conoces el proyecto y en la fase en que están. Cuando tú vas a una licitación y te dicen que el proyecto está en fase 3, tú entiendes que lo que está diseñado y que lo que está estimado que se va a hacer, es lo que realmente se va a hacer, entonces tu basado en eso haces tú oferta. Sí conocimos por supuesto los diseños en consideración que estaba en fase 3 y por tanto contra esos diseños se presentó y se hizo la oferta que nosotros presentamos”.

APODERADO SUPLENTE WILLIAM ANDRÉS CÁRDENAS BONILLA: “Perfecto. Pero teniendo en cuenta que los conocieron, independientemente de la fase ¿Por qué

118



ustedes en el momento de la licitación no advirtieron que esos estudios estaban desactualizados con respecto a esa ola invernal?”.

INGENIERO GARY HEBERTO ESPITIA CAMARGO: “Porque es que para el nivel de propuesta y de oferta tu no profundizas hasta ese nivel, para darse cuenta porque entenderás que eso requiere un estudio, primero se requiere tiempo, segundo que requiere unas implicaciones de costos y de necesidades de recursos humanos, técnicos, que no te dan un nivel de una oferta, si tu llegases a ese punto, nunca presentarías una oferta porque sería onerosa y además viniendo de una consultoría que fue presentada por el INVIAS pero también entiendo que la contrató INVIAS, que la contrató una empresa prestigiosa y de conocimiento en el país, tu como constructor casi que no tienes la calidad profesional, para en una revisada darte cuenta que pudieran tener falencias un estudio de ese tipo”.

APODERADO SUPLENTE WILLIAM ANDRÉS CÁRDENAS BONILLA: “Perfecto. Le pregunto. Cuando usted dice que para hacer revisión a profundidad que se hizo después de adjudicado el proyecto ¿Qué recursos humanos, como usted dijo que recursos humanos, tuvieron que tener ustedes para hacer esa revisión?”.

INGENIERO GARY HEBERTO ESPITIA CAMARGO: “Nosotros contratamos unos expertos en temas de suelos, de geotecnia, en temas hidráulicos, en temas ambientales y gente que específicamente conocía el comportamiento del río Magdalena por fortuna, digo yo, nosotros somos de la región, somos de INGEOSIN y por tanto conocemos la gente que conoce en la región e incluso en el país, el tema del río, de hecho en Barranquilla opera un modelo hidráulico del río Magdalena, puedes prever cual va a ser el comportamiento del río en determinadas condiciones y circunstancias, entonces contratamos el personal idóneo capacitado para que hiciera la revisión, de hecho estaba previsto en el contrato”.

APODERADO SUPLENTE WILLIAM ANDRÉS CÁRDENAS BONILLA: “Perfecto. ¿Sabe qué profesiones tenía ese personal idóneo, más o menos?”.

INGENIERO GARY HEBERTO ESPITIA CAMARGO: “Ingenieros Civiles normalmente, Ingenieros especializados en geotecnia, que es estudios del suelo bajo, empresas especializadas en suelos porque había que hacer estudios de suelos y sobre todo, no recuerdo bien como sería la denominación de la especialidad, pero especializados en temas hidráulicos”.

El ingeniero JAVIER BUENDIA de la firma contratista sobre este tema señaló:

APODERADO SUPLENTE ANDRÉS CÁRDENAS BONILLA: “Ingeniero, ante una pregunta de la Delegada de la Procuraduría dice que en su concepto esa revisión exhaustiva tuvo que hacerse previo a la apertura de la licitación ¿Por qué?”.

INGENIERO JAVIER DIAZ BUENDIA: “Retomemos nuevamente. Cuando existen fenómenos atípicos cambian los parámetros de diseño, esto es como si uno tiene un manual e ingresan nuevos parámetros al manual, el manual hay que derogarlo y hacer uno nuevo y uno empieza a construir con el nuevo, nosotros como Ingenieros ya



sabemos que se modificaron todos los parámetros y que por lo tanto van a existir unos nuevos parámetros para empezar a diseñar las obras a partir de ese momento. Como las obras de aquí ya se habían ejecutado con unos parámetros diferentes, cuando nosotros hacemos 2013 ya sabemos que esos estudios los vamos a tener que revisar detalladamente porque sucedió un fenómeno atípico que no se da si no cada 50 años, entonces esos estudios van a ser revisados exhaustivamente”.

APODERADO SUPLENTE ANDRÉS CÁRDENAS BONILLA: “Entonces la razón para que se tenga que hacer la revisión exhaustiva es lo que usted ha denominado el fenómeno atípico”.

INGENIERO JAVIER DIAZ BUENDIA: “Correcto, el fenómeno de la niña”.

De manera que se encuentra establecido que la licitación pública realizada para ejecutar el proyecto de infraestructura vial para el mejoramiento de los sectores Palermo – Sitio Nuevo – Remolino – Guáimaro en el departamento del Magdalena y la conectividad con la troncal caribe se ejecutó con estudios y diseños desactualizados e inviables para el momento de desarrollo y materialización de la contratación liderada por el ente territorial.

5.3.6. Pruebas indicativas que los estudios y diseños para el proyecto de la vía de la prosperidad estaban desactualizados al momento de la estructuración e inicio del proceso licitatorio.

A continuación, se analizan los siguientes elementos probatorios que permiten a este Despacho determinar que los estudios y diseños empleados por la gobernación de Magdalena para estructurar e iniciar el proceso licitatorio de la obra que atendería el mejoramiento de la vía Palermo – Sitio Nuevo – Remolino – Guáimaro estaban desactualizados, no obstante estar en fase 3 para construcción.

1. En el dictamen pericial emitido en febrero de 2018 por el ingeniero civil ORLANDO SANTIAGO CELY de la Sociedad Colombiana de Ingenieros, se indica que los productos de las consultorías con GEOTECNIA Y CIMENTOS INGEOCIM LTDA, resultado del contrato No. 1873 de 2007 **se obtuvieron en marzo de 2008**, y los derivados del contrato No. 3434 de 2008 con la firma LA VIABILIDAD LTDA, en **noviembre de 2009**, (folio 4 del dictamen). Estos estudios correspondían a una actualización que hizo el INVIAS de los existentes para el año 1997, **como lo validó en su declaración juramentada del 4 de septiembre de 2018** al responder la pregunta formulada por este Despacho en relación con el numeral 2.1 del dictamen.- DESCRIPCIÓN DEL PROYECTO– que indica *“Para el desarrollo inicial del proyecto, el INVIAS adelantó contratos para la actualización de los estudios a nivel fase II para el mejoramiento de la vía Palermo – Sitio Nuevo – Remolino – Guáimaro en el Departamento del Magdalena así: (...).(folio 1837):*



“POR QUE SE HABLA DE CONTRATAR ACTUALIZACIÓN DE ESTUDIOS? ACASO YA HABÍA OTROS ESTUDIOS ANTERIORES? CONTESTÓ: Si correcto, ya existían unos estudios anteriores de esa vía y son el punto de partida de los contratos que desarrolló el INVIAS en el año 2007 y 2008, son estudios anteriores que tenía ese corredor, no recuerdo la fecha. El objeto del contrato de los estudios y diseños ya habla de ese objeto, ya menciona la actualización de estos estudios y diseños.”

2. La Gobernación de Magdalena adelantó el proceso licitatorio de obra pública LP_DM-07-2012 cuyo objeto fue el “MEJORAMIENTO DE LA VIA PALERMO - SITIO NUEVO – REMOLINO – GUÁIMARO , EN EL DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA – TRAMO GUÁIMARO – REMOLINO- SITIO NUEVO – PALERMO”, adjudicado el 12 de agosto de 2012, mediante Resolución número 768 al CONSORCIO RIBERA ESTE, por un valor de \$432.010.178.757,42.
3. En el informe técnico del ingeniero civil MIGUEL ANGEL SOTO ROA de la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales de la Procuraduría General de la Nación se indicó: (pág 7 de informe fechado el 28 de julio de 2017)

En síntesis, una vez revisados los documentos allegados al expediente desde el punto de vista técnico se conceptúa que los ESTUDIOS Y DISEÑOS en FASE 3, entregados por INVIAS a la Gobernación de Magdalena, para proceder a la contratación de la ejecución de las obras, debieron ser previamente actualizados en todas sus variables³⁴ ; toda vez que ya habían transcurrido aproximadamente cuatro (4) años, del año 2009 a 2013 (año de contratación) y en el interregno se presentó la ola invernal de los años 2010 y 2011, que incidió en la alteración de la geomorfología, cauces de ríos, dinámica fluvial, alteración de cuencas, etc; (...)” (Negritas originales del texto, subrayado fuera del texto)

4. En el dictamen técnico pericial del ingeniero civil WILLINGTON VERGEL GALVÁN de la Sociedad de Ingenieros del Atlántico se concluyó por parte del equipo perito que “efectivamente era necesaria la realización de los estudios nuevos para los tramos anteriormente mencionados: Sitio Nuevo-Remolino – Guiamaro y para la variante de Palermo” (pág 9 del dictamen)

En el numeral 3.1.1 –**Evaluación a los estudios entregados por la entidad contratante**- se hizo un análisis de los estudios y diseños de a) geotecnia, b) geología, c) hidráulico, d) tránsito, e) geométrico, f) señalización, g) pavimentación, e) ambiental para luego emitir el dictamen técnico.

³⁴ Hidrología e hidráulica; diseño geométrico; diseño de tránsito; estructura de pavimento; estabilidad de taludes y terraplenes; geología; estructural obras de drenaje; suelos y fundaciones; señalización y seguridad vial.



A continuación, se transcriben los principales aspectos evaluados, previo al dictamen técnico emitido: (páginas 9-14 del dictamen)

3.1.1. Evaluación a los estudios entregados por la entidad contratante.

a. Estudio Geotecnia.

La evaluación del informe de geotecnia inicial entregado por la entidad contratante no consideró los tramos Sitio Nuevo – Remolino, Remolino – Guáimaro y la variante Palermo, como se puede apreciar en lo indicado dentro del estudio que hace parte del contrato No. 1873 de 2007, “Actualización de los estudios y diseños de pavimentación 24 km de la carretera Palermo – Sitio Nuevo código 2702, 11 km de la carretera Plato Tenerife, código 2701, en el Departamento del Magdalena, fechado en julio de 2008. Esto indica que no podía realizar el ajuste a los diseños como se estableció en el presupuesto del contrato 617 de 2013 “mejoramiento de la vía Palermo – Sitio Nuevo – Remolino – Guáimaro , en el Departamento del Magdalena”, **dado que no existían los estudios iniciales de varios de los tramos establecidos en el Contrato 617 de 2013, y que por tanto se debería ejecutar nuevos estudios geotécnicos para los tramos Sitio Nuevo – Remolino, Remolino – Guáimaro y para la variante Palermo.** (Negritas fuera del texto original)

A partir de los argumentos señalados el equipo perito concluye que efectivamente era necesaria la realización de los estudios nuevos para los tramos anteriormente mencionados: Sitio Nuevo – Remolino, Remolino – Guáimaro y para la variante de Palermo.(Subrayado fuera del texto original)

Los estudios originales que fueron presentados en 2008, se realizaron utilizando datos de precipitaciones correspondientes al periodo 1900-2005, **los cuales perdieron validez** considerando los datos pluviométricos de los años 2010-2011, cuando se presentó el fenómeno de La Niña, y los niveles del Rio Magdalena superaron los registros de cota de inundación históricos. **El proyecto se licitó en el año 2013 utilizando estudios desactualizados.** (Negritas fuera del texto original).

A pesar de que se hace evidente que los estudios geotécnicos no consideraron las nuevas variables de cotas de inundación según los registros de 2010- 2011, adicionalmente no incluyó el corredor Salamina – Sitio Nuevo.



b. Estudio Geología.

La evaluación del informe de geología inicial, entregado por la entidad contratante que fue elaborado por el consorcio DIS S.A. – EDL Ltda. Ingenieros Consultores, no se realizó para el corredor Palermo – Sitio Nuevo, pues en la introducción del documento se indica que lo que se efectuó fue una visita de inspección ocular, sobre la vía Barranquilla-Ciénaga.(...). **Se evidenció que los conceptos geológicos de los estudios corresponden a la segunda calzada de la vía Barranquilla – Ciénaga, en lugar de las verdaderas condiciones geológicas del corredor que fue propuesto dentro de los pliegos de condiciones.** (Subrayado original. Negritas fuera del texto)

c. Diseño Hidráulico

Al no haberse considerado la condición actualizada de cotas de inundación ocurridas en la temporada invernal 2010-2011, **los diseños considerados para el proceso licitatorio perdieron validez** como se planteó en el literal a.(Negritas fuera del texto original)

d. Estudio de tránsito.

Analizado el documento correspondiente se pudo establecer que **no se realizó el estudio de tránsito de mayor relevancia Sitio Nuevo- Palermo**, ya que la Estación No. 3 Estación del Ferry de Salamina, que fue tomada como referencia en el estudio respectivo, no podía ser utilizada como punto de conteo, dado que el tramo Plato – Palermo se encontraba cerrado por problemas de inundación (...). (Negritas del Despacho)

e. Diseño geométrico.

El documento entregado por la Gobernación de Magdalena que constituyó el estudio ejecutado según el contrato No. 1873 de 2007, cuyo objeto fue “Actualización de los estudios y diseños de pavimentación de 24 km de la carretera Palermo – Sitio Nuevo código 2702, 11 km de la carretera Plato Tenerife, código 2701 en el Departamento del Magdalena”, **en su componente de definición del trazado y diseño geométrico, no se evidencian los parámetros establecidos dentro del manual de Diseño Geométrico del INVIAS 2008**, que deben contener como mínimo: (...).

Todos estos parámetros de diseños son fundamentales para definir el diseño geométrico de una vía. Por otra parte, al modificarse las cotas del



proyecto, hay necesidad de efectuar nuevamente el diseño del alineamiento vertical.

f. Estudio de señalización.

Los documentos aportados en el proceso por parte de la entidad contratante, realizado por la firma, Viabilidad Limitada Ingenieros Consultores, fue efectuado bajo una norma técnica desactualizada correspondiente al Manual de Señalización Vial – dispositivos para la regulación del tránsito en calles, carreteras y ciclorrutas (sic) de Colombia – Ministerio de Transporte Edición 2004, **el cual requería actualización a la normatividad vigente para la fecha de apertura del proceso**, que corresponde a la Resolución 004577 de 2009, promulgada el 23 de septiembre de 2009, por la cual se modificó parcialmente el manual de señalización vial.

En síntesis, el grupo de peritos concluye que el diseño de señalización incluido en el Contrato 3434 estaba desactualizado y por lo tanto requería ajustes. (Negritas del Despacho)

g. Diseño de pavimentos.

Como una consecuencia de los nuevos estudios de tránsito que implicó una reestimación del número de ejes de diseño, fue indispensable rediseñar la estructura del pavimento.

Adicionalmente, el estudio original no realizó una adecuada caracterización de la Subrasante (...). **Además, el formato de presentación de los resultados de los ensayos no tienen datos de la ubicación y profundidad del apique, información básica para la caracterización de la subrasante.** (Negritas del Despacho)

h. Estudio ambiental.

Según los documentos entregados por la entidad contratante, **se evidencia que el tramo Sitio Nuevo – Palermo, no está contenido dentro de este estudio**, por lo que se hacía indispensable complementarlos ya que este sector es uno de los tramos que se establece para la ejecución del contrato 617 de 2013. (Negritas del Despacho)



3.1.2. Dictamen Técnico

Realizado el análisis de la información referente a los estudios y diseños suministrados por la entidad al contratista, se concluye:

- a. Era necesario realizar nuevos estudios para garantizar el objeto contractual considerando que los diseños debían estar en concordancia con la normatividad vigente a la fecha.
- b. Era necesario realizar nuevos estudios para considerar las cotas de inundación máximas luego de la temporada invernal 2010- 2011.
- c. En algunos aspectos, los estudios de geotécnica y geología previos no se realizaron en algunos tramos incluidos en el objeto del contrato, por lo tanto, era necesario que se incorporaran los estudios específicos en ellos.

Las conclusiones señaladas en el dictamen pericial aludido en precedencia fueron validadas y explicadas por el perito **ingeniero civil WILLINGTON VERGEL GALVÁN** en el testimonio rendido en la Procuraduría Regional de Barranquilla el pasado 12 de septiembre de 2018, en los siguientes términos:

EN EL NUMERAL 3.1.1. PAGINA 9 SE ALUDE A LA EVALUACION A LOS ESTUDIOS ENTREGADOS POR LA ENTIDAD CONTRATANTE. SE LEE EL PÁRRAFO 2 “A partir de los argumentos señalados el equipo perito concluye que efectivamente era necesaria la realización de los estudios nuevos para los tramos anteriormente mencionados...” ESTE TEXTO O LO EXPRESADO ES ACORDE CON EL DICTAMEN FINAL ALUDIDO POR USTED? Si es acorde tanto en el físico como en el digital que tengo yo. POR QUÉ CONCLUYÓ ESTO? AMPLIÉ LA EXPLICACIÓN DE SU CONCLUSIÓN? Porque los estudios originales que fueron presentados en el 2008, referente al tema de hidráulica se realizaron utilizando datos de precipitaciones correspondientes al periodo 1990 2005 los cuales perdieron validez considerando los datos pluviométricos de los años 2010 y 2011, cuando se presentó el fenómeno de la niña y los niveles del rio magdalena superaron los registros de cota de inundación histórico, y hay que tener en cuenta que el proyecto se licitó en el año 2013, o se que la entidad contratante conocía o debió haber hecho un estudio para conocer. El proyecto se licitó en el año 2013 utilizando estudios desactualizados.

RESPECTO A LAS EXPRESIONES DEL PÁRRAFO 3 AMPLIÉ LA EXPLICACION DE LA CONCLUSION ALUSIVA A QUE LOS ESTUDIOS PERDIERON VALIDEZ Y SE UTILIZARON ESTUDIOS DESACTUALIZADOS. CONTESTÓ. No tengo los valores exactos, y no tengo los estudios hidráulicos en mi mano, pero si en el año 1990 2005 en esos datos de precipitación nos dice, por ejemplo, que la cota de

125



inundación era 20 metros sobre el nivel del mar y se diseñó una vía en ese entonces con esos datos, y se dejó el estudio ahí, pero la vía se construyó en el año 2018, un ejemplo, y se sabe porque hay lecturas de estaciones pluviométricas como la de Calamar, en el departamento del Atlántico, que hubo otra creciente en el año 2010 y 2011 cuando se presenta el fenómeno de la Niña, con unos niveles mayores al registro histórico, que es la anterior medición, (1990-2015) es de entender, o del entendimiento de la ingeniería que la cota con la que se diseñó el pavimento con los niveles de la precipitación 1990 – 2005 no son acordes a la inundación, luego en el deber ser de la ingeniería y dentro de las prácticas de la ingeniería el procedimiento a seguir es volver a realizar los nuevos estudios con base en las nuevas cotas de inundación que nos darán como resultado una estructura totalmente nueva que nos ayude a controlar ese nivel de desbordamiento, entonces en ese nivel se puede decir que los estudios están desactualizados y hay que volverlos a hacer. En el caso concreto se dijo eso porque los niveles del río Magdalena en los años 1990 a 2005 eran totalmente inferiores a los niveles de la inundación de los años 2010 y 2011 y la estructura de los pavimentos diseñada con los niveles 1990-2005 estaba por debajo de los niveles 2010-2011, no tiene sentido diseñar así, entonces por eso es desactualizado, entonces hay que actualizar los estudios hidráulicos.

De otra parte, el **4 de octubre de 2017**, la representante legal del consorcio ICI, Andrea del Pilar Peña Sánchez, firma interventora del contrato 617 de 2013, mediante oficio ADM-INVIAS 3795-2013-136 atiende la solicitud de información requerida por esta Delegada mediante oficio radicado 151140, en cumplimiento a lo ordenado por auto del 16 de noviembre de 2017 (folios 756-771, 781, 804-813 y CD en folio 814 c.p. 4)

A la pregunta formulada *Consecuente con la pregunta anterior, ¿los diseños para la obra vía de la prosperidad fueron ajustados? En caso afirmativo indicar las fechas de ajustes, cuáles fueron las modificaciones y quién las efectuó y aprobó. La interventoría suministró la siguiente respuesta e información: (folios 812 -813 c.p.4)*

“Los diseños fueron actualizados por el contratista de obra CONSORCIO RIBERA ESTE, con la supervisión de la interventoría. El plazo contractual era de tres meses para adaptar y/o adecuar y/o complementar y/o ajustar los estudios y diseños, conforme a lo establecido en los pliegos de licitación de obra. Hubo una primera fecha de aprobación con observaciones a la revisión de estudios y diseños de fecha 28 de abril de 2015, con la anotación por parte de la interventoría de que estos diseños se recibían con observaciones. Ese recibo se hizo para que el contratista iniciara la etapa de ejecución, con las actividades previstas en el programa de inversiones, suministrándoles pista para la construcción de terraplenes con condiciones actualizadas, considerando que la revisión de los diseños debía hacerse para que quedasen en Fase III, ya que los ajustes que debió hacer el contratista no eran mínimos como se había previsto en la Etapa de Preconstrucción de los pliegos de licitación (*ver definición numeral 1.18 glosario, pliegos de licitación LP-DM_007-2012, literal 45*) Unificación de estudios y diseños: consiste en

126

IUS E-2017-519707 /IUC-D-2017-956399
Auto: Fallo de primera instancia-30-09-2020
Caso: Proyecto Vía La Prosperidad – Gobernación de Magdalena
CJOM/OLSC



la organización y articulación de los estudios Fase III aprobados con las condiciones existentes cuando se requiera realizar la actualización de los mismos manteniendo las características de los estudios y diseños entregados por el INVIAS, sin realizar modificaciones sustanciales a los mismos, siendo de obligatoria ejecución y responsabilidad del contratista).

Esta actividad de aprobación con observación de los estudios y diseños es permitida en los pliegos de obra en el numeral **1.5 Modificación y/o Ajuste y/o Unificación y/o Complementación y/o Actualización de Estudios** “...Cualquier modificación y/o adaptación y/o complementación que el contratista introduzca a los estudios y diseños y que requieran de aprobación por la interventoría deberán ser tramitados por el contratista para su aprobación, sin que ello se constituya en causa de demora en la ejecución del proyecto. Lo anterior sin perjuicio que el contratista, en el momento de la elaboración de la programación de obra, tenga en cuenta la ejecución de actividades paralelas mientras se surte la aprobación por parte de la interventoría. En todo caso, el contratista tendrá en cuenta que el objeto del contrato, su ejecución y recibo de las obras, deben cumplir con la finalidad a que está destinada la obra, conforme al contrato y demás documentos que hacen parte de este”, y en los pliegos de interventoría, numeral 8.9 COMPROMISO DE LA INTERVENTORIA: “Aprobación de Estudios y Diseños: Cuando se requiera la interventoría con base en el cronograma de entrega establecido por el contratista de obra, revisará, elaborará y aprobará los estudios y diseños dentro del plazo previsto para la etapa de estudios y diseños en el contrato de obra. **De ser necesario se aprobarán los estudios y diseños por etapas para que el contratista pueda programar la iniciación de los trabajos** MSE-FR-04” (negritas y subrayas propias del texto transcrito)

Se ajustaron los volúmenes de hidráulica e hidrología con las condiciones de variabilidad climática extrema registrada en los años 2010 y 2011. También fue necesario ajustar el volumen de terraplenes, volumen de fuentes de material y estudio de suelos. Adicionalmente, se incluyó los volúmenes de geología, volumen de estructuras (para obras de drenaje) y volumen de fundaciones, que eran precarios en su contenido en los estudios previos de licitación.”

Acorde con lo expuesto este Despacho acoge el dictamen técnico proferido por el equipo de peritos de la Sociedad de Ingenieros del Atlántico, dado que el mismo se encuentra seriamente fundado en la recopilación de información oficial del proyecto, el proceso contractual y la ejecución de la obra como se describe en la metodología de trabajo empleada, proviene de personas especialistas en diferentes áreas de la ingeniería de vías, pavimentos, hidráulica, topografía, geología, geotécnica, ambiental, con experiencia y pericia en la materia como quedó establecido en la declaración bajo la gravedad de juramento que rindiera el ingeniero civil WILLINGTON VERGEL GALVÁN, perito líder y coordinador del equipo, fue sometido a la debida contradicción ante la defensa, aunado a que sus conclusiones también están acordes con los demás medios de prueba documentales y técnicos reseñados en esta providencia, así como los testimonios recibidos, que al unísono y expresado de diferentes maneras **conducen a señalar que los estudios y diseños empleados para este proyecto estaban desactualizados.**

127

IUS E-2017-519707 /IUC-D-2017-956399
Auto: Fallo de primera instancia-30-09-2020
Caso: Proyecto Vía La Prosperidad – Gobernación de Magdalena
CJOM/OLSC



A lo expuesto téngase en cuenta el testimonio del testigo experto, ALFONSO TIQUE ANDRADE, quien durante la práctica de pruebas en descargos, en fase de juzgamiento, y pese a la forma como interrogó al testigo el apoderado suplente sobre el cual hubo acotaciones por parte de este Despacho en la diligencia, dado que le impedían al testigo, siendo técnico y especializado, explicar sus afirmaciones, o estas eran interrumpidas abruptamente, aun así, de manera objetiva el ingeniero civil fue claro y contundente en reafirmar su testimonio inicial y sobre todo en advertir sobre la desactualización en la cual estarían los estudios y diseños por la ocurrencia del fenómeno de la niña, situación muy diferente a la magnitud y cantidades o detalles de ingeniería que requerirían actualizarse y profundizarse.

APODERADO SUPLENTE ANDRÉS CÁRDENAS BONILLA: “Perfecto. Entonces teniendo esa premisa clara, yo le quiero hacer una pregunta. ¿De qué manera, desde el punto de vista técnico, era posible verificar que esos estudios estaban desactualizados? ¿Si me hago entender o le hago la pregunta de una manera distinta?”.

INGENIERO ALFONSO TIQUE ANDRADE: “Pues, parto de la base de que si a usted una carretera se le inunda, hay una época invernal, es decir, es lo mismo que si fueran a construir sobre este mismo trazado en el tramo Sitio Nuevo – Guáimaro. Ahí existen esos estudios Sitio Nuevo – Guáimaro los que hicieron en el 2009 pero, si hoy fueran a arreglar esa carretera, lo primero que hay que hacer es actualizar los estudios”.

APODERADO SUPLENTE ANDRÉS CÁRDENAS BONILLA: “Es decir. Según su comprensión cualquier ser humano del común sabía que esos estudios estaban desactualizados”.

INGENIERO ALFONSO TIQUE ANDRADE: “Si”.

APODERADO SUPLENTE ANDRÉS CÁRDENAS BONILLA: “Un abogado como yo tendría que saber que por el sólo hecho de la ola invernal, ya esos estudios estaban desactualizados”.

INGENIERO ALFONSO TIQUE ANDRADE: “Bueno, yo no me quiero poner en los zapatos de ninguna otra profesión. Yo lo que digo lo digo como Ingeniero”.

APODERADO SUPLENTE ANDRÉS CÁRDENAS BONILLA: “Como Ingeniero”.

INGENIERO ALFONSO TIQUE ANDRADE: “Si. Seguramente como ciudadano del común pues ya cada uno puede tener su propio criterio pero, yo lo que escribí aquí lo escribo como Ingeniero, es decir, si hoy a mi me llaman a revisar cualquier carretera y por los antecedentes uno se da cuenta de que esa carretera en épocas de creciente de cualquier río ha sido enmendada, mal haría yo en recomendar que arregláramos la carretera por sobre ese mismo sitio y si hubieran estudios lo que uno diría es que hay que actualizar los estudios”.



APODERADO SUPLENTE ANDRÉS CÁRDENAS BONILLA: “Es decir, usted considera que salir una licitación con unos estudios del 2008-2009 luego de una ola invernal, era evidente que esos estudios no eran viables para la licitación. Pregunto más concretamente, No era necesario hacer pruebas de campo, no era necesario hacer pruebas de mezcla, no era necesario hacer pruebas químicas si no, que simplemente por el sólo hecho de que hubo una ola invernal, que es casi un hecho notorio, esos estudios estaban desactualizados”.

INGENIERO ALFONSO TIQUE ANDRADE: “Por la ola invernal, por el nivel de servicio que prestó la carretera en esa ola invernal y por el mismo hecho del tiempo, es decir, 2008,2009 al 2013 ya son 4 años, se pueden presentar muchos imprevistos, que las fuentes de materiales se agoten por ejemplo, entonces a uno le dicen que la fuente material cualquiera es la fuente que sirve para colocar los terraplenes o para la sub base o la base o para utilizar en el pavimento y sin embargo esa fuente material puede que la estén explotando varias entidades o varias personas y en el termino de 1 año o de 5 años se pueden agotar, entonces cuando vayan a hacer la carretera o el arreglo ya no hay material para eso, entonces hay que buscar otras”.

APODERADO SUPLENTE ANDRÉS CÁRDENAS BONILLA: “Pero entonces repito mi pregunta. ¿Solamente por el hecho de la ola invernal, al haber ocurrido posterior a los estudios, cualquier Ingeniero que haya participado en la licitación, tendría que saber por simple lógica, como usted lo ha llamado, que esos estudios están desactualizados?”.

INGENIERO ALFONSO TIQUE ANDRADE: “Por la ola invernal y por lo que...”.

APODERADO SUPLENTE ANDRÉS CÁRDENAS BONILLA: “No, un momento que vamos por partes. (Sic) estoy partiendo de la ola invernal. Por la ola invernal cualquier Ingeniero, porque usted dijo que cualquier Ingeniero, tendría que saber por simple lógica, como usted lo ha llamado, que esos estudios están desactualizados”.

INGENIERO ALFONSO TIQUE ANDRADE: “De hecho ya se sabía que estaban desactualizados porque en la licitación habían unos pliegos que...”.

APODERADO SUPLENTE ANDRÉS CÁRDENAS BONILLA: “No, un momento Ingeniero pero respóndame lo que le estoy preguntando (Sic) Yo le dije es que si cualquier Ingeniero que tenga la información de que los estudios eran del 2008-2009, la ola invernal había caído en 2010-2011 y la licitación fue en 2013, ¿Cualquier Ingeniero tendría que saber que esos estudios estaban desactualizados por simple lógica, como usted lo ha denominado?”.

INGENIERO ALFONSO TIQUE ANDRADE: “Bueno sí, pero yo quiero agregar algo...”.

APODERADO SUPLENTE ANDRÉS CÁRDENAS BONILLA: “O sea que la respuesta es Sí”.

INGENIERO ALFONSO TIQUE ANDRADE: “No me obligue a decir que sí solamente por la ola invernal (Sic) la técnica me dice que...”.



APODERADO SUPLENTE ANDRÉS CÁRDENAS BONILLA: “No, pero es que no estoy siendo agresivo simplemente...”.

INGENIERO ALFONSO TIQUE ANDRADE: “Pero entonces déjeme explicarle un poquito. Es decir, yo veo una carretera hoy en día y al lado veo el río Magdalena, viene la ola invernal, por ejemplo, lo que pasó en Hidroituango, que se creció todo eso pero a la carretera no le pasó nada, entonces pues ahí uno sí dice que la carretera tiene un margen de seguridad, un borde libre porque por allá en los estudios de hidráulica hay un tema que dice borde libre y en este caso por ejemplo los que hicieron la revisión trabajaron con el factor de seguridad, la cota abrasante más 20, 30 o 50 de borde libre, pero en este caso hubo la ola invernal y la carretera se inundó y por ejemplo, y esa fue la razón por la cual incluían la variante de Palermo, porque la carretera se la estaba llevando el río, yo desconozco hoy si ya se la llevó, pero por eso fue que dentro del contrato incluyeron la variante de Palermo, para proteger un tramo que ya no tenía salvación”.

APODERADO SUPLENTE ANDRÉS CÁRDENAS BONILLA: “Pero, discúlpeme si le reitero la pregunta, si yo le pregunto en términos de Sí o No, no es que sea de forma caprichosa si no, que es la técnica en este tipo de casos. Usted me ha dicho *“Yo le respondo como Ingeniero, yo no le puedo asegurar sobre otras profesiones...”* (Sic) entonces mi pregunta es ¿Cualquier Ingeniero que tenga esos datos: Licitación 2013, ola invernal 2010-2011, estudios 2008-2009. ¿Cualquier Ingeniero que tenga esos datos por simple lógica tendría que saber que esos estudios estaban desactualizados, es cierto sí o no?”.

INGENIERO ALFONSO TIQUE ANDRADE: “Si y le agrego algo más, los niveles de tránsito...”.

APODERADO SUPLENTE ANDRÉS CÁRDENAS BONILLA: “Pero vamos por partes. Entonces cualquier Ingeniero”.

INGENIERO ALFONSO TIQUE ANDRADE: “Si”.

En síntesis, para este Despacho, de acuerdo a los elementos probatorios y acorde con los presupuestos para la decisión de cargos que aquí se adopta, objetivamente se encuentra acreditado que los estudios y diseños en fase 3, elaborados por las firmas GEOTECNIA Y CIMIENTOS INGEOCIM LTDA y LA VIABILIDAD, entregados en marzo de 2008 y noviembre de 2009 a INVIAS, puestos a disposición de la Gobernación de Magdalena por este Instituto en junio de 2012, para llevar a cabo el proceso licitatorio de obra pública LP_DM-07-2012 cuyo objeto fue el **“MEJORAMIENTO DE LA VIA PALERMO - SITIO NUEVO – REMOLINO – GUÁIMARO , EN EL DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA – TRAMO GUÁIMARO – REMOLINO- SITIO NUEVO – PALERMO”**, **estaban desactualizados, debido, principalmente, a los efectos e impactos en la zona de influencia del proyecto producidos por la ola invernal de los años 2010 y 2011 o fenómeno de la Niña.**



5.3.7. Pruebas indicativas que el fenómeno hídrico u ola invernal conocido como La Niña, ocurrido en los años 2010 y 2011, impactó la zona de influencia del proyecto de la vía de la prosperidad que se ejecutaría en años siguientes a su ocurrencia.

Consecuente con lo anotado anteriormente sobre la pérdida de vigencia de los estudios y diseños para el inicio y ejecución de la fase I del proyecto de la vía de la prosperidad, desde Palermo, en el municipio de Sitio Nuevo hasta Guáimaro en el municipio de Salamina, pasando por el municipio de Remolino, en cuya desactualización incidió principalmente el fenómeno de la Niña, corresponde establecer cómo afectó la ola invernal de los años 2010 y 2011 la zona de influencia de este proyecto, es decir estos municipios, aledaños al río Magdalena, por las cuales la vía existe en afirmado sería pavimentada.

1. Obra en el expediente el oficio No. 2018300001701 del 28 de junio de 2018 (radicado PGN E-2018-303591) de las Subdirecciones de Metrología e Hidrología del Instituto de Hidrología, Meteorología y Estudios Ambientales – IDEAM- que en atención al requerimiento efectuado, de oficio, por este Despacho, absolvió los siguientes interrogantes en torno al comportamiento de las precipitaciones y su respectivo índice mensual (%) entre enero de 2010 y diciembre de 2011, en los municipios de Sitio Nuevo, Remolino y Salamina en el departamento del Magdalena, de acuerdo con la información disponible en los bancos de datos de las estaciones de Los Cocos, San Rafael y Salamina, en los 3 municipios anotados, respectivamente (folios 1681-1687 y CD en folio 1688)

El IDEAM informa que el fenómeno ENSO (La Niña) inició en el mes de Julio de 2010 y finalizó en el mes de Abril de 2011 como un fenómeno de variabilidad climática que **impactó en la intensidad de las precipitaciones en Colombia, aumentando considerablemente el volumen de estas especialmente en las regiones Caribe y Andina**, recordando que el departamento del Magdalena pertenece a la región caribe.

En cuanto al comportamiento de las precipitaciones en el 2011 indicó que este año se caracterizó por presentar volúmenes de precipitación muy por encima de los promedios climatológicos, particularmente durante el primer semestre del año, asociados con la madurez y disipación del fenómeno de La Niña.

Durante el primer semestre las anomalías se caracterizaron por ser excesivas en las regiones Andina y Caribe, **siendo mucho más abundante en los meses de marzo** (Córdoba, Magdalena y Sucre, en la región Caribe, Antioquia, Santanderes, eje cafetero, altiplano cundiboyacense y Tolima, en la región andina) **y abril** (Cesar, Magdalena y Sucre, en la región caribe y



Antioquia, santanderes, eje cafetero, altiplano cundiboyacense, Tolima y Huila, en la región andina).

En respuesta a la pregunta 4 “¿Si éstos municipios (Sitio Nuevo, Remolino y Salamina) y corregimientos (Palermo y Guáimaro) sufrieron inundaciones como consecuencias del fenómeno de “La Niña” o se encontraban en zona de influencia o afectadas por inundaciones, y en qué extensión o cota alcanzada?”, el IDEM respondió: (fl. 1683)

“Para la zona de los municipios de Sitio Nuevo y su corregimiento de Palermo; Remolino, Salamina y su corregimiento de Guáimaro en el departamento del Magdalena, y a partir del documento “MEMORIA TÉCNICA Evaluación, análisis y seguimiento a las afectaciones por inundaciones asociadas al Fenómeno de la Niña 2010-2011”, generado por el IDEAM, IGAC y DANE, el cual se anexa, se puede indicar que dichos municipios fueron afectados por la inundación asociada a la Niña 2010-2011, la vista general de las afectaciones en el departamento se puede apreciar en el gráfico 3 y 4.

[...]

De acuerdo con la tabla 41, Estadísticas por municipio, del mencionado reporte, monitoreados a 23 de agosto departamento del Magdalena; para el municipio de Sitio Nuevo el área afectada por inundación es de 20.838 hectáreas correspondiente a un 30.8%, para el municipio de Remolino el área afectada por inundación es de 19.161 hectáreas correspondiente a un 47,5%, para el municipio de Salamina el área afectada por inundaciones es de 14.392 hectáreas correspondiente a un 84.7% del área municipal afectada. Se debe tener en cuenta la escala de cartografía generada para evaluar la extensión en áreas muy pequeñas o donde se disponga de cartografía base de escala más detallada” (Negritas del Despacho).

Ahora bien, a continuación, se presenta otra pregunta que fue atendida por el IDEAM y que permite conocer las afectaciones e impacto de la ola invernal 2010-2011 en la zona de influencia del proyecto vía de la prosperidad:

“Si como consecuencia de las inundaciones, las condiciones geomorfológicas y características intrínsecas del terreno fueron objeto de ocupación de agua ya sea por dinámica fluvial o por saturación del suelo, por efecto de la lluvia?

Los terrenos fueron inundados en las zonas de interés por la inundación asociada a la Niña 2010-2011, sufrieron de la ocupación del agua por

132



efecto conjunto de la dinámica fluvial y saturación del suelo, procesos que se dan por aporte de agua de las fuentes hídricas y del efecto acumulado de las lluvias que pudo causar saturación de los suelos.

Las propiedades intrínsecas de los suelos como porosidad o la capacidad de almacenamiento, no cambian sino que llegan a su máxima capacidad, siendo el efecto, el tiempo de permanencia en esta condición de saturación.”

En cuanto a la pregunta número 7 “¿Cuál fue el nivel alcanzado por el río Magdalena en la región del departamento del Magdalena integrada por los municipios de Sitio Nuevo, con el corregimiento de Palermo, Remolino y Salamina, incluido el corregimiento de Guáimaro, durante el fenómeno de “La Niña” 2010-2011 y cuál fue el aumento o crecimiento respecto del promedio de años anteriores? El IDEAM indicó:

“Para el periodo de ocurrencia de la Niña 2010-2011 el IDEAM no contaba con estaciones hidrológicas sobre el Río Magdalena en los municipios solicitados, las estaciones más cercanas con registros corresponden a: San Pedrito, Dársena Barranquilla.

Para dichas estaciones los valores medios y máximos mensuales de niveles se presentan a continuación:

Para la estación Dársena Barranquilla, que corresponde a la más cercana a los municipios de interés, se presentaron entre julio de 2010 y junio de 2011, niveles promedio mensuales entre 110 y 150% por encima de los valores mensuales y niveles máximos mensuales entre 125 y 165% por encima de los valores promedio mensuales. [...Tabla]

Por su parte la estación San Pedrito, aguas abajo del canal del dique, indica que se presentaron entre julio de 2010 y junio de 2011 niveles promedio mensuales entre 128 y 152% por encima de los valores mensuales y niveles máximos mensuales entre 137 y 181% por encima de los valores promedio mensuales. Como se puede apreciar en la siguiente tabla [...]

2. En el concepto técnico del ingeniero civil ALFONSO TIQUE ANDRADE de la Sociedad Colombiana de Ingenieros diagnosticó que: *“Las crecientes del río Magdalena de los años 2010 y 2011 superaron los niveles esperados en los diseños elaborados en el año 2009, siendo necesario ajustar el diseño de los terraplenes. Lo anterior originó el aumento de las cantidades contratadas.”* (Pág 16 del concepto)



Consecuente con lo dicho en su concepto, en el testimonio rendido el 13 de septiembre de 2018 hizo una mayor explicación en respuesta a las preguntas formuladas:

EN EL NÚMERO 2.3 TITULADO “SITUACIONES DEL CONTRATO” INDICA QUE “Se adopta como referencia del análisis los siguientes eventos. – Estudios finalizados en el 2008 y 2009. – Crecientes e inundaciones del río Magdalena 2010-2011. (...). ¿CUÁL FUE EL MOTIVO PARA ADOPTAR COMO REFERENCIA PARA SU ANÁLISIS ESTOS DOS EVENTOS? CONTESTÓ. Lo que hice fue armarme un escenario integral en la cual se acometía el proyecto, la ejecución del contrato y estos eventos son los que marcan el escenario dentro del cual tiene que ver la ejecución del contrato: Los productos finales resultantes de los estudios y diseños Palermo Sitio Nuevo y Sitio Nuevo Guáimaro entregados en el 2008 y 2009 a través de 2 firmas consultoras; luego viene otro evento, las crecientes e inundaciones del río Magdalena en el 2010 y 2011; el otro evento la licitación y el contrato de obra que se hizo en el 2013 (el contrato tiene fecha de inicio de 31 de diciembre de 2013); el otro evento, la suspensión de la ejecución de obra el 16 de enero de 2014 y el reinicio de obra el 29 de diciembre de 2014; y el evento de la revisión y actualización de los estudios iniciales o arriba mencionados, que fue el primer evento que relacionamos, eso se hizo en el 2015 (hay suscripción de acta por parte de la interventoría que aprueba, del 28 de abril de 2015, no obstante en el transcurso del 2015 hay comunicaciones cruzadas entre contratista e interventoría donde se van haciendo ajustes a los diseños); y el último evento es la iniciación propiamente de la ejecución de la obra en el tramo Palermo Sitio Nuevo que se da en el 2015. Estos eventos son los que me marcan para el análisis, estudios iniciales en el 2008 y 2009, una obra que se inicia en el 2015, prácticamente 7 u 8 años después de tener unos estudios.

PREGUNTADO. ¿QUÉ INCIDENCIA TUVO EL EVENTO QUE LA OBRA INICIADA HACIA EL AÑO 2015, CONTARA CON UNOS ESTUDIOS Y DISEÑOS DE LOS AÑOS 2008 Y 2009? CONTESTÓ. Hay una situación importante y es que dentro de la licitación y luego dentro del contrato suscrito para ejecutar el proyecto se incluyó un ítem que hace referencia a la revisión y actualización de esos estudios, habiendo sacado la licitación con base en los estudios iniciales y algunas consideraciones que en su momento hizo el contratante para abrir la licitación y eso es lo que está relacionado en lo que se dice en el numeral 2.2. ALCANCE CONTRATADO “A continuación se resume el alcance que fue definido en los estudios previos adelantados por la Gobernación ...” (el testigo lee páginas 4, 5 y 6 de 23). Es una situación bien complicada por que la licitación se arma con base en unos estudios del 2008 y 2009, estudios y diseños sobre una carretera que había sido

134



afectada por las crecientes del río Magdalena, en el 2010-2011, estaban totalmente desactualizados, entonces la misma licitación muestra la necesidad de actualizar los estudios al incluir esta actividad como un ítem dentro del contrato, ítem que tenía un plazo de 3 meses, que según el acta de aprobación se cumplieron, sin embargo en la documentación se encuentra que durante todo el 2015 hay ajustes y comentarios, no obstante la interventoría manifestó que estos ajustes no interferían la ejecución de las obras. Entonces es un elemento bien importante porque es distinto sacar la licitación para ejecutar una obra con estudios actualizados y completos que una licitación con base en unos estudios que estaban desactualizados, que había necesidad de revisar y actualizar. Esto puede incidir de 2 maneras, que no se produzcan las decisiones oportunas sobre los diseños definitivos para construir la obra, y que puede ocasionar el retraso de las obras e incide que se puede contratar la ejecución de un objeto con un costo que no está determinado.

PREGUNTADO. ESTOS EVENTOS – Estudios finalizados en el 2008 y 2009. – Crecientes e inundaciones del río Magdalena 2010-2011. DADA LA FECHA DE SU OCURRENCIA, YA ERAN CONOCIDOS PARA EL MOMENTO DEL PROCESO LICITATORIO QUE CULMINÓ CON LA CELEBRACION DEL CONTRATO DE OBRA 617 DE 2013? CONTESTÓ. Yo diría que son 3 cosas con las cuales de entrada se conocen al momento de abrir la licitación, 1. Que hay unos estudios y diseños del 2008 y 2009, 2. Que se produjeron unas crecientes del río Magdalena en el 2010-2011 que afectaron la vía existente y 3. Que dentro de la licitación se incluye el ítem de revisión y actualización de los estudios del 2008-2009.

3. En el informe técnico del 28 de julio de 2017, del Ingeniero civil MIGUEL ÁNGEL SOTO ROA de la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales de la Procuraduría General de la Nación se conceptuó: (pág 19 del informe)

“Finalmente, técnicamente se conceptúa que éste es el resultado de adelantar una contratación y ejecución de una obra que en su fase de planeación presentó falencias técnicas vitales como entre otros, el no realizar previo a la contratación, la actualización completa de los estudios y diseños, máxime cuanto ya habían transcurrido aproximadamente cuatro (4) años cuando se procedió a licitar y de por medio **se presentó la ola invernal de los años 2010 y 2011, que tuvo incidencia notoria en la alteración de la geomorfología, cauces de ríos, dinámica fluvial, alteración de cuencas, etc.**” (Negritas del Despacho)

4. En el dictamen técnico del ingeniero civil WILLIGTON VERGEL GALVÁN de la Sociedad de Ingenieros del Atlántico se hicieron las siguientes anotaciones:

135



“El equipo perito analizó la información contenida en los siguientes documentos:

- (i). Comunicado DA-178-CRE-03-15
- (ii). Comunicado DA-818 CRE-01-16
- (ii). Otro si modificatorio No. 6

Los documentos anteriores indican que el consorcio Ribera Este dio a conocer que hizo una revisión de los estudios y diseños entregados por la Gobernación del Departamento del Magdalena, informando sobre la necesidad de complementar dichos estudios. **Tal petición fue fundamentada en lo sucedido durante la ola invernal de los años 2010 y 2011, que afectó el área del proyecto y los registros crecientes del río Magdalena medidos en la estación Calamar.**” (Pág 7 del dictamen, negritas del Despacho)

[...]

“Los estudios originales que fueron presentados en 2008, se realizaron utilizando datos de precipitaciones al periodo 1900-2005, **los cuales perdieron validez considerando los datos pluviométricos de los años 2010-2011, cuando se presentó el fenómeno de La Niña y los niveles del Río Magdalena superaron los registros de cota de inundación históricos.** El proyecto se licitó en el año 2013 utilizando estudios desactualizados.

A pesar de que era evidente que los estudios geotécnicos **no consideraron la nuevas variables de cotas de inundación según los registros de 2010-2011,** adicionalmente no incluyó el corredor Salamina – Sitio Nuevo” (pág 9 del dictamen, Negritas del Despacho)

“Era necesario realizar nuevos estudios **para considerar las cotas de inundación máximas luego de la temporada invernal 2010-2011**” (página 14 del dictamen Negritas del Despacho.

De manera similar a lo consignado en el dictamen pericial, el ingeniero civil VERGEL en testimonio rendido el 12 de septiembre de 2018 hizo las siguientes declaraciones:

A QUÉ TIPO DE COMPLEMENTACIÓN SE REFIERE? CUÁL FUE ESTA COMPLEMENTACIÓN? Por ejemplo en el tema hidráulico se hizo un estudio hidráulico con precipitaciones correspondiente a periodos 1990 y 2005 cuando en realidad ya había habido unos nuevos datos pluviométricos de los años 2011 y 2012 con unas nuevas cotas de

136



inundación, qué quiere decir eso? Que no había manera, que los diseños anteriores estaban obsoletos porque ya la cota de inundación era mayor y era ya una cota obsoleta, según registros del 2010 y 2011, porque se habían diseñado estructuras de pavimento a unas cotas para proteger las inundaciones con esas precipitaciones según datos de 1990 y 2005. Con el fenómeno de la niña del 2010 y 2011, automáticamente las cotas de inundación superaron los niveles de 1990 y 2005, el proyecto se licitó en el año 2013, luego la entidad contratante era conocedora de los datos de inundación de los datos de 2010 y 2011, luego era su deber suministrar al proponente, porque eso estaba dentro de los pliegos, suministrar los diseños con los datos o inputs actualizados o en su defecto, contemplar la realización de estudios nuevos dada las nuevas condiciones desde el punto de vista de geotecnia e hidráulica, información necesaria para poder diseñar una estructura de pavimento acorde a la operación. Quiero aclarar que lo dicho es con palabras coloquiales para entender, pero no demerita en nada el informe, es acorde a lo dicho en el informe. Es importante decir que los datos de 1990 y 2005 son datos de la estación calamar, son datos medidos. DE ACUERDO A LO SEÑALADO SE PREGUNTA SI EN EFECTO PODRÍA AFIRMARSE QUE LA VARACIONES O CAMBIOS EN ESTOS DISEÑOS SON UNA COMPLEMENTACIÓN O POR EL CONTRARIO SE PUEDEN CONSIDERAR COMO CAMBIOS SUSTANCIALES EN LOS DISEÑOS.? Son cambios sustanciales. Complementar quiere decir profundizar en los estudios, lo que le dije en la parte de geotécnica que por ejemplo faltó hacer estudio de suelos en determinados tramos y eso fue lo que detectó el consorcio ribera este. Cambios sustanciales es frente a los cambios hidráulicos porque con el estudio que se hizo anteriormente no se lograba una estructura de pavimentos acorde a las necesidades de cota de inundación, pero hay que hacerlo nuevo. No es complementar porque no lo va a hacer el mismo consultor que lo hizo inicialmente, pero como lo va a hacer ribera este, ya él va hacer un diseño nuevo.

A RENGLON SEGUIDO EXPONE QUE “Tal petición fue fundamentada en lo sucedido durante la ola invernal de los años 2010-2011, que afectó el área del proyecto, y los registros de la creciente del río Magdalena medidos en la estación Calamar.” ESTE TEXTO ES ACORDE CON EL DICTAMEN FINAL ALUDIDO POR USTED? Si. PODRÍA INDICAR QUÉ SUCEDIÓ EN LA OLA INVERNAL QUE AFECTÓ EL ÁREA DEL PROYECTO Y CÓMO LA AFECTÓ? CONTESTÓ. De esa pregunta lo único que le puedo decir es que aumentó la cota de inundación, los niveles del río Magdalena desbordaron la cota que se había proyectado en los periodos de 1990 a 2005, en la inundación de esa época, entonces

137



según esos registros la cota de inundación era mayor, eso fue cuando se desbordó el río, el río entró y rompió.

CONTINUANDO CON EL FOLIO 7, EN EL ULTIMO PÁRRAFO SE REFIERE A LA APROBACION DE LOS DISEÑOS POR PARTE DE LA INTERVENTORIA, DE FECHA 28 DE ABRIL DE 2015. ¿DE ACUERDO A LA REVISIÓN DOCUMENTAL Y EN GENERAL A LA METODOLOGÍA DE TRABAJO EMPLEADA Y DESCRITA EN LA PAGINA 4, ¿PODRÍA INDICAR CUÁLES FUERON LOS ASUNTOS PENDIENTES DE ATENDER OBSERVACIONES QUE SERÍAN RESUELTOS POSTERIORMENTE A MANERA DE ANEXOS ACLARATORIOS DEL VOLUMEN DE DISEÑO? Eso lo que nos da fe es que la interventoría recibió diseños pero que tenía conocimiento que había que hacer una revisión mas profunda por parte del constructor, y entonces que los diseños iniciales, los que entregaron en el pliego de condiciones no eran idóneos para la construcción. Revisar es dar un dictamen de la conformidad o no conformidades que presenta un diseño, pero no quiere decir hacer un diseño.

(...)

EN EL PÁRRAFO 3 DEL FOLIO 8 INDICA QUE RESULTADO DE LA REVISION SE PROPUSO INCREMENTAR LA ALTURA DE TERRAPLENES, REALIZANDO CAMBIOS SUSTANCIALES EN COMPONENTES O VOLUMENES COMO EL DE HIDROLOGIA Y LOS DEMAS ALLI SEÑALADOS. SE LEE EL PÁRRAFO. ESTE TEXTO ES ACORDE CON EL DICTAMEN FINAL ALUDIDO POR USTED? Si. Y SE PREGUNTA: A QUÉ SE REFIERE CON CAMBIOS SUSTANCIALES? Lo que ya he nombrado y citado en las preguntas anteriores, referente a la hidrologia e hidráulica la entidad contratante entrego diseños con cotas de inundación basándose en estudios pluviométricos de 1990 a 2005, de ese periodo de inundaciones y no de inundaciones presentadas por el fenómeno de las niña 2010 y 2011 las cuales superaron las cotas de inundaciones de los valores 1990 y 2005. Eso en qué incurre? En un cambio con un nuevo estudio hidráulico con base en esas cotas, 2. En unos estudios nuevos con base en las cotas actualizadas y como hay mas caudal, hay cotas de inundaciones mas altas, hay que rediseñar las estructuras primeras y secundarias como los box coulver, como estas estructuras primeras y secundarias no eran acordes a las cotas de 2010 y 2011 toco rediseñar y lógicamente al rediseñar las estructuras con estructuras mas grandes con capacidad de abatimiento de caudales mayores se hacia necesario el rediseño de la cimentación para ese tipo de estructura acorde a la superestructura. En el tema de estabilidad de taludes al tener una cota de inundación mas alta tocó aumentar la estructura del pavimento subirla de nivel para

138



poder abatir esa cota lo que dio como necesidad de realizar el estudio de estabilidad de taludes dado que eran taludes mas altos que los iniciales. Y habían otros estudios que si solo se ajustaron que fueron los estudios que dice en el folio 8 del documento como el estudio de transito y capacidad de niveles de servicio y el ajuste al estudio de diseño estructura de pavimentos tal como quedó en el acta de aprobación de estudios y diseños en abril de 2015.

(...)

PREGUNTADO. DESDE SU PUNTO DE VISTA PROFESIONAL CUÁL HUBIERA SIDO EL RIESGO DE HABER DEJADO LOS ESTUDIOS Y DISEÑOS TAL CUAL COMO LOS DEL AÑO 2009. CONTESTÓ. El riesgo desde el punto de vista técnico era una via por debajo de los niveles de inundación y la via quedaría sumergida, no era transitable, automáticamente el fon del proyecto no se estaría cumpliendo que es la transitabilidad de un punto a otro y no tiene sentido invertir tantos millones en algo que no va a servir, cuando la ingeniería da para hacer cosas acorde a la naturaleza.

(...)

PREGUNTADO POR EL APODERADO. INDIQUE POR QUÉ REALIZAR ESTUDIOS Y DISEÑOS NUEVOS ERA FUNDAMENTAL PARA CUMPLIR EL OBJETO DEL CONTRATO? CONTESTÓ. Porque tal y como lo contesté a la profesional de la procuraduría en respuesta anteriores en la condiciones de hidráulica del proyecto los estudios estaban desactualizados teniendo en cuenta que se tomaron datos de la inundaciones 1990-2005 y no se tuvo en cuenta las inundaciones del año 2010 y 2011 que fueron las inundaciones históricas lo que planteaba la necesidad de nueva estructura de pavimentos totalmente diferentes a la inicial entonces si había la necesidad de hacer un diseño nuevo.

5. En la declaración rendida el 29 de agosto de 2018 por el ingeniero civil MIGUEL ANTONIO GARCIA SIERRA, Director Territorial Atlántico del INVIAS, en respuesta a las preguntas formuladas por el Despacho hizo las siguientes afirmaciones: (fls. 1796 vuelto)

“PREGUNTADO. LAS CONDICIONES GEOMORFOLÓGICAS DEL TERRENO FISICAS, HÍDRICAS, EN LA ZONA EN QUE IRÍAN A SER UTILIZADOS ESOS ESTUDIOS Y DISEÑOS FASE 3, ELABORADOS EN EL AÑO 2008 Y 2009, VARIARON CON POSTERIORIDAD A LOS AÑOS 2008 Y 2009 Y ANTES DEL AÑO 2012, FECHA EN QUE INVIAS ENTREGÓ LOS DISEÑOS? Si, de



acuerdo con los especialistas variaron a partir del año 2010. POR QUÉ RAZÓN? Los regímenes de lluvia aumentaron de tal manera que sobrepasaron todos los pronósticos de años anteriores. PREGUNTADO. Y CUAL FUE LA INCIDENCIA O AFECTACIÓN DE ESTA VARIACIÓN, POR LOS REGÍMENES DE LLUVIA EN EL TERRENO DE LA ZONA ALUDIDA, CONTESTÓ: De acuerdo con los especialistas la cota de inundación sobre el río Magdalena se aumentó con respecto a la cota que se tenía con los registros antes y hasta que se ejecutaron los diseños del 2008 y 2009. PREGUNTADO. ESAS VARIACIONES EN LA COTA DE INUNDACIÓN AFECTÓ LOS TRAZADOS EN LA CARRETERA QUE IBA A SER OBJETO DE MEJORAMIENTO CON EL PROYECTO AQUÍ ALUDIDO? Si, cambió la altura del terraplén. PREGUNTADO. Para el año 2012 ESTE FENÓMENO HIDROLICO (sic) ALUDIDO, ERA CONOCIDO, ERA UN HECHO NOTORIO PUBLICAMENTE CONOCIDO, O EN SU DEFECTO ERA UN FENÓMENO AISLADO Y DE DIFÍCIL NOTORIEDAD? CONTESTÓ: Era conocido, ahí se dio la ola invernal del año 2010-2011, lo que no se conocía era la incidencia que tenía en los análisis matemáticos de los modelos de histogramas, la incidencia en los modelos matemáticos de los histogramas con los cuales se diseñó la vía.

6. En el testimonio del perito ingeniero civil **ORLANDO SANTIAGO CELY**, en torno a la incidencia de la ola invernal en la obra objeto del proyecto de la vía de la prosperidad que aquí se investiga, y con fundamento el dictamen rendido, se indicó:

PREGUNTADO POR EL DESPACHO: EN EL FOLIO 12 SUBVIÑETA 1 ALUSIVA A LA OLA INVERNAL SE HABLA DE LA NECESIDAD DE COMPLEMENTAR LOS ESTUDIOS DEBIDO A LA OLA INVERNAL 2010-2011. ¿CÓMO SE COMPLEMENTARON? CONESTÓ: Se hicieron estudios que tuvieron en cuenta lo sucedido durante la ola invernal 2010-2011 y dieron como resultado la necesidad de ajustar las obras previstas en ese corredor vial.

[...]

PREGUNTADO. POR QUÉ LA OLA INVERNAL DE LOS AÑOS 2010-2011 GENERÓ LA NECESIDAD DE AJUSTAR LAS OBRAS PREVISTAS EN EL CORREDOR VIAL OBJETO DEL CONTRATO 617 DE 2013? CONTESTÓ: Según lo manifestado en la documentación revisada, en esa zona los niveles de los ríos fueron superiores a los previstos dentro de los diseños y eso requirió que se revisara para ajustar las obras previstas en ese contrato.



PREGUNTADO. DE ACUERDO A SU EXPERIENCIA PROFESIONAL Y AL CONOCIMIENTO DE TEMAS EN VIAS Y TRANSPORTE, El fenómeno de la ola invernal 2010-2011 fue un fenómeno HIDROLOGICO conocido en el sector de la construcción de vías? CONTESTÓ. No, el fenómeno de la niña 2010-2011 fue declarado por el Gobierno Nacional como un fenómeno fuera de lo común que requirió de atención especial a las emergencias presentadas, PREGUNTADO. DESPUES DE SU OCURRENCIA ERA CONOCIDO, No se conocía antes, después de su ocurrencia si era conocido en el sector de ingeniería. PREGUNTADO. AL SER CONOCIDO EN EL SECTOR DE INGENIERIA ESTE FENOMENO HIDROLOGICO, DADA SU EXPERIENCIA PROFESIONAL Y PARTICIPACION COMO SOCIO DEL LA SOCIEDAD COLOMBIANA DE INGENIEROS, TIENE CONOCIMIENTO SI PRODUCTO DE ESTE FENOMENO DE LA OLA INVERNAL, SE IMPLEMENTARON ACCIONES O ACTIVIDADES PARA LA ESTRUCTURACIÓN DE DISEÑOS, CONSTRUCCIÓN Y TRAZADOS DE VÍAS EN EL PAÍS, FRENTE A LOS EXISTENTES ANTES DE ESE SUCESO? CONTESTÓ. Sí, lo primero es que institucionalmente el país creó entidades para la atención de los daños causados por esta ola invernal y los proyectos comenzaron a tener en cuenta este fenómeno dentro de su desarrollo, incorporando las variables de hidrología que se mostraron durante esa ola invernal.

(...)

PREGUNTADO. DESDE SU PUNTO DE VISTA PROFESIONAL CUÁL HUBIERA SIDO EL RIESGO DE HABER DEJADO LOS ESTUDIOS Y DISEÑOS TAL CUAL COMO LOS DEL AÑO 2009. CONTESTÓ. El riesgo de este proyecto hubiera sido el que de presentarse nuevamente un fenómeno climático como el sucedido en la ola invernal 2010-2011 las afectaciones sobre esta carretera hubieran sido importantes. PREGUNTADO. A QUÉ SE REFIERE CON IMPORTANTES? Primero de tenerse una rasante inferior a las cotas de inundación, no se permitiría la transitabilidad de la carretera, durante el periodo en que estuviera con esos niveles, afectando la movilidad de la zona y como segundo, los materiales con los cuales se construye esa carretera al trabajar sumergidos pueden presentar problemas de deterioros prematuros.

PREGUNTADO POR LA ABOGADA COMISIONADA. ACUDIENDO A SU PERICIA TECNICA, UNOS ESTUDIOS Y DISEÑOS EN NIVEL O FASE 3, ELABORADOS EN LOS AÑOS 2008 Y 2009, TENIENDO EN CUENTA LA OLA INVERNAL 2010-2011, CONSIDERA QUE AMERITABAN SER REVISADOS O AJUSTADOS ANTES DE INICIAR SU PROCESO CONSTRUCTIVO O



EJECUCION EN EL AÑO 2012 . CONTESTÓ. Si, este fenómeno debería ser previsto dentro de los proyectos que se ejecuten posterior a su suceso.

PREGUNTADO POR EL APODERADO. USTED CONSIDERA QUE SI LOS ESTUDIOS DE FASE 3 SON ENTREGADOS EN UN MOMENTO TEMPORAL POSTERIOR AL FENOMENO DE LA NIÑA, DEBIERON HABER INCLUIDO CONSIDERACIONES SOBRE DICHO FENOMENO? CONTESTÓ. Si, como lo mencioné todos los proyectos que se ejecuten posterior

7. El ingeniero civil **JUAN VALENTIN BRICEÑO MARTINEZ**, ex subdirector de la red nacional de carreteras del invias, y profesional de apoyo a la supervisión que ejerce la gobernación de Magdalena al contrato 617 de 2013 declaró:

“Este proyecto en la etapa que hoy se construye dentro de los estudios era un terraplén con una cota que hubo que modificar debido a una cota que se produjo por una cota invernal en el año 2010, era obvio que conociendo la cota de inundación no se podía ejecutar un terraplén con menos características, porque eso se constituía en un error grave; al tener en cuenta la nueva cota de inundación se ajustaron los volúmenes de terraplén y por consiguiente eso condujo a que se aumentara el transporte de ese mismo material, es bueno anotar que dentro del presupuesto de la obra no se contemplaron las distancias reales a las canteras donde se conseguían los materiales que cumplían con las especificaciones INVIAS para este caso en particular, eso trajo un impacto económico en la obra porque de hecho se reducía el alcance e la obra, pero los aspectos técnicos no tienen problema porque es donde yo hago mi ejercicio.” (folio 1378)

8. El ingeniero civil **Walter Alfonso Pautt**, ex supervisor del contrato de obra 617 de 2013 y luego profesional de apoyo a esta supervisión, hizo las siguientes declaraciones:

PREGUNTADO. CUÁL FUE LA PROBLEMÁTICA QUE SE EVIDENCIÓ AL MOMENTO DEL INICIO DEL CONTRATO EN LA ETAPA DE REVISIÓN Y AJUSTE DE LOS DISEÑOS. CONTESTÓ. Ya en la etapa esa de la revisión de los estudios y diseños, y por parte de la interventoría y en los diferentes comités se detectó que no estaba contemplado el fenómeno hidrológico de 2010, una temporada de bastante lluvia que se inundó toda la ribera del río, en esa revisión y teniendo en cuenta ese fenómeno se consideró aumentar la altura de los terraplenes de la vía, en el estudio inicial estaba a una altura de 1 o 2 metros, pero ya con ese fenómeno quedaron unos terraplenes entre 3 y 4 metros; otro factor es



que la cantera contemplada en los estudios, se hizo una revisión, y muchas ya no existían otras ya no tenían licencia ambiental y quedó una la de Arroyo de Piedra que está mas o menos como a 78, 80 kilómetros a la entrada del proyecto, que es Palermo; otras son las obras de drenaje contempladas en su momento eran alcantarillas, ya las dimensiones mínimas de voxculver son de 1, x1 según dice INVIAS. Con el impacto del fenómeno de 2010 aumento la capacidad de las obras de drenaje, ya no eran pequeñas, sino mas grande, en esa revisión salieron 35 obras de drenaje, se le presentó a CORPAMAG, que es la rectora ambiental y ella conceptuó que además de esa había que hacer otras para beneficiar la comunidad y se aumentó a 70 obras, eso es básicamente lo mas impactante de esa revisión.

(...)

PREGUNTADO. ANTE UN FENÓMENO COMO LA OLA INVERNAL DEL AÑO 2010, UNOS ESTUDIOS FASE 3 REALIZADOS PARA LOS AÑOS 2008-2009, CONSIDERA USTED, ACORDE CON SU EXPERIENCIA Y CONOCIMIENTO, ESPECIALMENTE DE LA OBRA ALUDIDA, QUE PODRÍAN SER VIABLES PARA SER EJECUTADOS EN EL AÑO 2012 Y SIGUIENTES? CONTESTÓ. No, porque la capacidad hidráulica de las obras que estaban antes ya no cumplirían, la altura de inundación de la vía, cambia, si sube la cota de inundación sube los terraplenes, si sube los terraplenes, mas presión y esfuerzo requiere sobre el terreno existente, ya habría que hacer otros estudios de suelo, estabilidad de los taludes porque hay mas altura. Ya el transito es igual porque eso fue lo que único que se salvó. La capacidad de las obras de drenaje también aumentaron.

PREGUNTADO. CONOCE USTED SI EL FENOMENO CONOCIDO COMO OLA INVERNAL DEL 2010-2011, AFECTÓ LA CARRETERA QUE SERIA OBJETO DE MANTENIMIENTO POSTERIOR MEDIANTE EL CONTRATO 617 DE 2013 CONOCIDA COMO VIA DE LA PROSPERIDAD. CONTESTÓ. Si claro, se desbordó el caño aguas negras, varias fincas se inundaron, los pueblos también Remolino Sito Nuevo se inundaron, el mayor fue el caño aguas negras y hoy hay un puente militar ahí, el cauce del caño se amplió considerablemente. En la zona donde se consideran las variantes se presentan varias erosiones.

PREGUNTADO. ESAS INUNDACIONES PUDIERON AFECTAR LAS COTAS Y TRAZADOS DE LA VIA QUE IBA A SER OBJETO DE MANTENIMIENTO EN EL MARCO DEL PROYECTO VIA DE LA PROSPERIDAD. CONTESTÓ. Si afectan porque ya según ese fenómeno la cota o nivel que había



anteriormente ya se subió entonces para proteger la estructura de la vía había que subir mas el nivel de la vía.

9. El testimonio del ingeniero civil JAVIER DAVID DIAZ BUENDIA, del CONSORCIO RIBERA ESTE, respecto al impacto de la ola invernal en la obra indicó:

PREGUNTADO: EN VARIOS APARTES DE SU DECLARACIÓN MENCIONÓ QUE EL FENÓMENO DEL AÑO 2010, CONOCIDO COMO LA OLA INVERNAL, MODIFICÓ LOS HORIZONTES DE DISEÑO DE TODAS LAS CARRETERAS DE COLOMBIA, SABE USTED COMO AFECTÓ ESTE EVENTO AL SECTOR QUE SERÍA OBJETO DEL PROYECTO CONOCIDO COMO VÍA DE LA PROSPERIDAD? CONTESTÓ: El fenómeno de la niña lo cambia lo que tiene que ver con las cotas máximas de inundación de las zonas donde se adelanta el proyecto, al aumentar la cota de inundación, la altura de la vía debe estar por lo menos 1 metro por encima del nivel de la cota de aguas máximas a que puede llegar el cuerpo de agua mas cercano de este caso al rio magdalena.

PREGUNTADO. SI ESTE FENÓMENO MODIFICÓ LOS HORIZONTES QUE DISEÑÓ DE TODAS LAS CARRETERAS DEL PAÍS, ERA PREVISBLE QUE A PARTIR DEL AÑO 2011, TODOS LOS DISEÑOS PARA VÍAS, CONSTRUCCIÓN Y/O MEJORAMIENTO CONTEMPLARAN LOS CAMBIOS? CONTESTÓ. Si eso es cierto.

10. El ingeniero VLADIMIR CARDONA PAEZ de la interventoría CONSORCIO ICI, en su testimonio del 1 de junio de 2018 aportó la siguiente declaración:

PREGUNTA: DE ESTOS AJUSTES, MODIFICACIONES, ACTUALIZACIONES A LOS ESTUDIOS Y DISEOS, CUALES FUERON LOS ASPECTOS QUE MAS IMPACTARON TECNICA Y ECONOMICAMENTE EL PROYECTO. CONTESTÓ: La principal afectación fue la no consideración en los diseños de la licitación de las máximas crecientes del rio Magdalena presentadas en los años 2010 y 2011. Los diseños elaborados en el 2008 tenían estimados máximos niveles del rio Magdalena hasta esa fecha, presentado el fenómeno de la niña del 2000 y 2011 los niveles máximos del rio magdalena fueron superados ampliamente respecto de los diseños elaborados en el 2008 por INGEOCIM y LA VIABILIDAD, situación que se encuentra soportada en el volumen de la hidráulica e hidrología que aportó el contratista y que tomó como base las estaciones pluviométricas de la zona, eso no fue un tema a criterio personal, sino de soporte de estaciones, dicha situación impactó notablemente los

144



volúmenes de hidráulica, geotécnica y geométrico, al requerirse mayor nivel de altura del terraplén, se requerirán mayores cantidades del mejoramiento del suelo existentes para soportar el terraplén que se pensaba construir, de igual manera al existir mayores caudales era necesario modificar las secciones de diseño de las obras de drenaje proyectadas, esta modificación o desactualización de los diseños conllevó a que era necesario replantear el diseño altimétrico y geométrico; adicional a la no consideración de las máximas crecientes del año 2010 para la licitación, hecho estipulado como uno de los propósitos de la construcción del proyecto y como quedó contemplado en el numeral 19 del convenio específico 649 de 2013, que manifiesta que el objetivo del proyecto era garantizar a las comunidades de la zona protección por el fenómeno, en razón al fenómeno acontecido en el 2019 (sic- léase 2010) y 2011; también hace parte de la revisión de los estudios, se encontraron falencias de tipo, ausencia de información, los volúmenes aportados para la licitación particularmente del tramo Sitio Nuevo Palermo no se encontraban completos, dichas ausencias y carencias o deficiencias en los estudios desactualizados generaron afectación al contrato.” (fl. 1428, 1429)

PREGUNTADO POR EL DESPACHO “RESPECTO DEL FENÓMENO DEL AÑO 2010, ESTO ES EL CONOCIDO COMO LA OLA INVERNAL O FENÓMENO DE LA NIÑA, SABE USTED COMO AFECTÓ ESTE EVENTO AL SECTOR QUE SERÍA OBJETO DEL PROYECTO CONOCIDO COMO VIA DE LA PROSPERIDAD ANTES DE LA EJECUCION DE LA OBRA? CONTESTÓ. Se inundaron predios, se imposibilitó la transitabilidad por la vía objeto del proyecto.

PREGUNTADO. DE ACUERDO A SU EXPERIENCIA CONOCIMIENTO, CUAL CONSIDERA QUE FUE EL EFECTO DE ESTE EVENTO INVERNAL Y LA MAGNITUD EN CUANTO A TRAZADO EN LAS VÍAS, DISEÑOS DE CARRETERAS, COTAS Y TERRAPLENES? CONTESTÓ. El cambio o la afectación fue total porque cambió el panorama hidráulico de la zona.

PREGUNTA. SABE USTED EN QUE CANTIDAD FUE EL AUMENTO DEL CAUDAL DEL RIO MAGDALENA EN LA ZONA OBJETO DEL PROYECTO DE LA VIA LA PROSPERIDAD Y QUE CANTIDAD DE LLUVIAS CAYERON COMO CONSECUENCIA DEL FENÓMENO DEL 2010. CONTESTÓ. Las lluvias, no lo recuerdo, pero el caudal con el que se diseñó fue de 18 mil metros cúbicos por segundo, ese fue el que se actualizó el diseño, pero el que estaba antes no lo recuerdo exactamente.” (fl. 1434)



Los anteriores elementos permiten estimar y determinar objetivamente varios aspectos:

- a. Que en Colombia acaeció el fenómeno climatológico de La Niña para el segundo semestre del 2010 y primer semestre de 2011.
- b. Que el fenómeno de la niña elevó el número de precipitaciones en la zona de los municipios de Sitio Nuevo, Remolino y Salamina, poblaciones de influencia del proyecto vía de la prosperidad y como consecuencia de ellos se generaron inundaciones por las crecientes del río Magdalena.
- c. Que la inundación de los terrenos de estas poblaciones ribereñas está asociada a la Niña 2010-2011, los cuales sufrieron de la ocupación del agua por efecto conjunto de la dinámica fluvial y saturación del suelo, procesos que se dan por aporte de agua de las fuentes hídricas y del efecto acumulado de las lluvias que pudo causar saturación de los suelos.
- d. Que la ola invernal de los años 2010 y 2011 tuvo incidencia notoria en la alteración de la geomorfología, cauces de ríos, dinámica fluvial, alteración de cuencas, etc.
- e. Que con los nuevos datos pluviométricos de los años 2011 y 2012 se generaron nuevas cotas de inundación mayor a la definida en los diseños utilizados para la licitación calculada con datos de precipitaciones del periodo 1990-2005. De manera que los niveles del río Magdalena desbordaron la cota que se había proyectado en los periodos 1990-2005.
- f. Que la variación en las cotas de inundación generaba la realización de nuevo estudio hidráulico, el rediseño de estructuras primarias y secundarias más grandes con capacidad de abatimiento de caudales mayores, el rediseño de la cimentación para este tipo de estructuras, aumentar la estructura de pavimento, realizar estudio de estabilidad de taludes, etc.
- g. Que construir una vía con diseños por debajo de los niveles de inundación ocasionarían que esta quedara sumergida y no sería transitable, dado que la altura de la vía debe estar por lo menos 1 metro por encima del nivel de la cota de aguas máximas a que puede llegar el cuerpo de agua mas cercano de éste, como sería el río Magdalena.



- h. Que las crecientes del río Magdalena de los años 2010 y 2011 superaron los niveles esperados en los diseños elaborados en el año 2009, siendo necesario ajustar el diseño de los terraplenes. Lo anterior originó el aumento de las cantidades contratadas.” (Pág 16 del concepto)
- i. Que como consecuencia de las nuevas cotas de inundación se sube la cota de la estructura de pavimento que debe hacerse más grande y por eso se requiere mayor volumen de terraplén, asimismo se vieron afectados los asentamientos de consolidación del suelo de soportes.
- j. Que las lluvias abundantes de los años 2010 y 2011, en la zona de influencia del proyecto desbordaron el río Magdalena e inundaron las riberas, de manera que teniendo en cuenta este fenómeno, hubo que aumentar la altura de los terraplenes de la vía, “... en el estudio inicial estaba a una altura de 1 0 2 metros, pero ya con esto fenómeno quedaron unos terraplenes entre 3 y 4 metros”.
- k. Con el impacto del fenómeno 2010 aumentó la capacidad de las obras de drenaje.
- l. El fenómeno de La Niña modificó los horizontes de diseño para las carreteras de Colombia que fueron afectadas por esta ola invernal, pues en el caso concreto la cota de diseño que tenía inicialmente un promedio de 2.8 metros de alto, se iba a modificar a 4.5 metros de alto, es decir, las cantidades a ejecutar en el proyecto se iban a aumentar considerablemente.

De manera que se ha acreditado que lo sucedido en la ola invernal de los años 2010 y 2011 o fenómeno de La Niña afectó el área del proyecto, dicho en términos de la interventoría *“dicha situación impactó notablemente los volúmenes de hidráulica, geotécnica y geométrico, al requerirse mayor nivel de altura del terraplén, se requerirán mayores cantidades del mejoramiento del suelo existentes para soportar el terraplén que se pensaba construir, de igual manera al existir mayores caudales era necesario modificar las secciones de diseño de las obras de drenaje proyectadas, esta modificación o desactualización de los diseños conllevó a que era necesario replantear el diseño altimétrico y geométrico; adicional a la no consideración de las máximas crecientes del año 2010 para la licitación, hecho estipulado como uno de los propósitos de la construcción del proyecto y como quedó contemplado en el numeral 19 del convenio específico 649 de 2013, que manifiesta que el objetivo del proyecto era garantizar a las comunidades de la zona protección por el fenómeno, en razón al fenómeno acontecido en el 2010 y 2011; también hace parte de la revisión de los estudios, se encontraron falencias de tipo, ausencia de información, los volúmenes aportados para la licitación particularmente del tramo Sitio Nuevo Palermo no se encontraban completos, dichas ausencias y carencias o*

147



deficiencias en los estudios desactualizados generaron afectación al contrato.” Expresiones que resumen o sintetizan de manera técnica lo acontecido por el Fenómeno climático de La Niña y su impacto en la zona de ejecución de la vía de la prosperidad.

Así las cosas, surge determinar si como consecuencia de la ola invernal, del fenómeno de La Niña, los estudios y diseños iniciales empleados para la ejecución del proyecto para la denominada vía de la prosperidad, realizada entre la Gobernación de Magdalena y el Consorcio Ribera Este, ¿fueron objeto de ajustes menores o por el contrario se requirió hacer nuevos diseños?

5.3.8. Pruebas indicativas que los estudios y diseños utilizados para la ejecución del proyecto para el mejoramiento de la Vía Palermo- Sitio Nuevo- Remolino- Guáimaro, en el Departamento del Magdalena, fueron objeto de modificaciones sustanciales y nuevos diseños para hacer viable la construcción del trazado de la vía.

Luego del reinicio de la obra para el 29 de diciembre de 2014, que estuvo suspendida prácticamente desde su inicio y por 1 año aproximadamente debido a decisiones de tutela, el **28 de abril de 2015** se firmó por parte del señor GARY EBERTO ESPITIA CAMARGO, representante legal del contratista y la señora ANDREA DEL PILAR PEÑA SANCHEZ, representante legal de la interventoría, el acta de aprobación de ajustes y diseños, en los siguientes términos:

“Se deja constancia que la interventoría recibió, revisó y aprobó los documentos que se relacionan a continuación, de acuerdo con las especificaciones técnicas, calidad, normas y lo contemplado en el pliego de condiciones.

Documentos:

1. Diseño estudio de hidrología e hidráulica vial.
2. Diseño estudio de diseño geométrico
3. Ajuste estudio de tránsito, capacidad y niveles de servicio.
4. Ajuste estudio de diseño de estructura de pavimento.
5. Diseño estudio de estabilidad de taludes y terraplenes.
6. Diseño estudio de geología
7. Diseño estructural obras de drenaje menor.
8. Diseño estudio de suelos y fundaciones.
9. Diseño de señalización y seguridad vial

Nota: Los ajustes de diseños y estudios citados anteriormente fueron aprobados en su totalidad por la interventoría, permitiendo el inicio de la construcción de las obras para el tramo Sitio Nuevo- Palermo, sin embargo, a ello quedaron pendientes por atender algunas observaciones menores realizadas por nuestros



especialistas, las cuales serán resueltas de manera posterior por el constructor a manera de anexos aclaratorios al volumen de diseño.”

En el informe técnico de la DNIE, fechado el 28 de julio de 2017, se consignó:

“Se pudo establecer que el contratista en la labor de AJUSTE ESTUDIO Y DISEÑOS³⁵, adicional realizó **nuevos estudios y diseños**, como se relaciona a continuación (ver detalle en CD a folio 166 del cuaderno anexo técnico 2)

TRAMO 1; PALERMO – SITIO NUEVO

DISEÑOS NUEVOS: Hidrología e hidráulica, diseño geométrico, estabilidad de taludes y terraplenes geología; estructural para obras de drenaje; suelos y fundaciones; señalización y seguridad vial.

AJUSTE A LOS DISEÑOS: Tránsito y estructura de pavimento.

TRAMO 2: SITIO NUEVO - REMOLINO

DISEÑOS NUEVOS: Hidrología e hidráulica; diseño geométrico; estabilidad de taludes y terraplenes; estructural para obras de drenaje; suelos y fundaciones; señalización y seguridad vial.

AJUSTE A LOS DISEÑOS. Tránsito, estructura de pavimento y geología.

TRAMO 3: REMOLINO – GUÁIMARO

DISEÑOS NUEVOS: Hidrología e hidráulica; diseño geométrico; estabilidad de taludes y terraplenes; estructural para obras de drenaje; suelos y fundaciones; señalización y seguridad vial.

AJUSTE A LOS DISEÑOS: Tránsito, estructura de pavimento y geología

En síntesis, una vez revisados los documentos allegados al expediente desde el punto de vista técnico se conceptúa que los ESTUDIOS Y DISEÑOS en FASE 3, entregados por INVIAS a la Gobernación de Magdalena, para proceder a la contratación de la ejecución de las obras, debieron ser previamente actualizados en todas sus variables³⁶; toda vez que ya habían transcurrido aproximadamente cuatro (4) años, del año 2009 a 2013 (año de contratación) y en el interregno se

³⁵ Folio 77 del anexo técnico 1. Acta de aprobación de ajustes de estudios y diseños de abril 28 de 2015, firmada por el contratista e interventor.

³⁶ Hidrología e hidráulica; diseño geométrico; diseño de tránsito; estructura de pavimento; estabilidad de taludes y terraplenes; geología; estructural obras de drenaje; suelos y fundaciones; señalización y seguridad vial.



presentó la ola invernal de los años 2010 y 2011, que incidió en la alteración de la geomorfología, cauces de ríos, dinámica fluvial, alteración de cuencas, etc; (...) y que el contratista de obra en su proceso de revisión y ajuste de los estudios y diseños, realizó estudios nuevos en la mayoría de las variables como se explicó anteriormente.” (Negritas originales del texto, subrayado fuera del texto)

En fase de juzgamiento, se recibió nuevamente el testimonio del Ingeniero WALTER PAUTT, quien apoyó el ejercicio de la supervisión del contrato 617 de 2013 en representación de la gobernación de Magdalena, manifestó, en respuesta a pregunta formulada por el apoderado suplente, que lo sucedido no corresponde en realidad a meros ajustes sino diseños nuevos. (ver testimonio del 28-11-2019, hora 1.40 pm)

“En los estudios entregados por INVIAS en fase 3, o sea ya para Ingeniería de detalles en fase 3 fue hecho en el 2008 y en el 2010 fue un evento invernal, se inundó toda esa zona. En el contrato hubo contemplado revisión de estudios y diseños teniendo en cuenta ese fenómeno, dentro de los estudios estaba contemplado la revisión y ajuste a los diseños, entonces se incluyó en los estudios ese fenómeno de la inundación del 2010 al 2011. A partir de ahí ya no se convirtió en unos nuevos ajustes porque los ajustes es de pronto unos parámetros que tu cambias, de pronto un tránsito mayor, la estructura de pavimento cambia, entonces aquí ya cambió la estructura de los terraplenes, estudio de suelos, los taludes porque se aumentaron los taludes, entonces ya prácticamente el estudio hidráulico fue nuevo, nuevos ajustes son nuevos, la obra de drenajes también se incrementaron en tamaño y cantidad por CORPAMAG”

Los diferentes testimonios y las pruebas documentales y técnicas aludidas también son contestes en manifestar que en efecto como consecuencia de la ola invernal 2010 2011 hubo que modificar los diseños de la vía para que ésta fuera vigente y operable, **modificaciones tan sustanciales que obligaron a definir nuevos diseños como ya se anotó.**

Todo lo expuesto en los acápites anteriores fue validado a través de los testimonios rendidos por personas conocedoras del tema, con experticia técnica en la materia y quienes ya habían rendido testimonio en presencia de uno de los apoderados suplentes designados por el apoderado principal, y ahora nuevamente rendían su declaración juramentada ante otro apoderado suplente, manteniendo coherencia y claridad en lo afirmado inicialmente y decantado en precedencia.

Es así como el perito experto ORLANDO SANTIAGO ante la insistencia del apoderado suplente de pretender provocar una respuesta que conllevara a indicar que por existir una certificación que los estudios y diseños estaban en fase 3, es decir listos para construir, ello significaba per se que eran viables para el momento en que efectivamente se iban a ejecutar.



INGENIERO ORLANDO SANTIAGO CELIS: “Es que el tema de fase 3 lo que convierte es en unos productos que permiten construir. Aquí la situación es que si se construía con esos productos, iba a quedar la obra sin tener en cuenta los efectos de una ola invernal, pero eran fase 3. Aquí lo que se buscó era adecuar esos estudios, de tal manera que sí soportaran una posible ola invernal si se presentara, pero no es por ser fase 3 o no serlo, sino porque si hubieran estado completos igualmente la situación era la misma de que la ola invernal no había sido tomada en cuenta, por lo tanto las cuotas de inundación de la carretera eran inferiores a las que ya se sabía que sí se habían presentado en la ola invernal”.

(...)

INGENIERO ORLANDO SANTIAGO CELIS: “Sí. Vuelvo y repito que el punto aquí no era si estaban en fase 3 listos para construir, sino que podía estar listos para construir pero la construcción iba a hacerse sin tener la ola invernal, entonces la discusión no es si era fase 3 o no era fase 3, sino que en fase 3 que se había realizado había sido anterior al suceso de la ola invernal, por lo tanto ese fase 3 era necesario ajustarlo a que tuviera en cuenta la ola invernal”.

(...)

INGENIERO ORLANDO SANTIAGO CELIS: “No. El contrato que realizó el INVIAS para los estudios y diseños, fue un contrato que no recuerdo si fue en 2007 creo, que es antes de la ola invernal del 2010, entonces desarrolló toda su contratación ante los estudios y diseños fase 3 y se terminó el contrato por parte del INVIAS. Todos los productos que se hicieron en ese momento bajo ese contrato con el INVIAS, se hicieron previo a que hubiera sucedido la ola invernal, por lo tanto los diseñadores no tuvieron en cuenta un fenómeno natural como la ola invernal que no había sucedido antes en Colombia. Entonces como no había sucedido antes no se podía prever dentro de los diseños que eso pudiera suceder. Pero el producto de esa contratación es un producto fase 3, solamente que fue antes de lo que sucediera”.

(...)

INGENIERO ORLANDO SANTIAGO CELIS: “Porque es lo que se ve en los documentos de la situación que se presentó en ese momento. La evaluación que hace el constructor y que identifica la Interventoría de obra es que los productos fase 3 con los que se contaban, no habían tenido en cuenta la ola invernal y entonces construir en ese momento con eso era no tener en cuenta un suceso que era probable que volviera a repetirse”.

INGENIERO ORLANDO SANTIAGO CELIS: “No, porque quiero que quede la aclaración muy clara y es que el nivel fase 3 es un nivel que permite construir, aquí la discusión no es si era o no fase 3, sino que el fase 3 con el que se contaba no había tenido en cuenta la ola invernal por lo tanto los resultados de la altura del terraplén, era resultados que se podían construir pero que se veía que una nueva ola invernal que se presentara en el



país, iba a hacer que se inundara el terraplén completamente pero era en fase 3, entonces la diferencia es que son fase 3, ambas condiciones son fase 3, sólo que el fase 3 inicial con los diseños que hizo el INVIAS eran diseños que no pensaron que se presentara una ola invernal o no sabían que se podía presentar una ola invernal como la que sucedió, entonces lo que era necesario era coger esos fase 3 y ajustarlos a unos nuevos fase 3 pero que sí tuvieran en cuenta la ola invernal, que palabras más palabras menos, era hacer que el terraplén fuera un poco más elevado, para que si se volvía a presentar una inundación similar, nunca la carretera quedara inundada, quedara por debajo del nivel de inundación. Pero en ambas condiciones eran diseños que se podrían construir, lo que pasa es que si se construía el nuevo fase 3 no iba a inundarse la carretera, no iba a quedar por debajo del nivel de inundación, esa es la diferencia, entonces no es que no sean fase 3 los primeros, no es que no permitieran construir, es que se construiría algo que no iba a tener en cuenta una posible nueva inundación”.

También el ingeniero Miguel García de la Dirección Territorial Atlántico, del INVIAS, quien suscribió la certificación requerida por la gobernación de Magdalena respecto a la fase en la cual se encontraban los estudios y diseños que poseía esa entidad, explicó lo siguiente:

AG24 OLGA LILIANA SUÁREZ COLMENARES PROCURADURIA PRIMERA DELEGADA PARA LA CONTRATACIÓN ESTATAL: “Bien. ¿Quién define, o califica, o cataloga que unos estudios y diseños están en fase 3, lo hace el INVIAS, lo hace el consultor, lo hace la Dirección Territorial del Atlántico?”.

INGENIERO MIGUEL ANTONIO GARCIA SIERRA: “El contrato”.

AG24 OLGA LILIANA SUAREZ COLMENARES PROCURADURIA PRIMERA DELEGADA PARA LA CONTRATACIÓN ESTATAL: “¿Dónde se define eso?”.

INGENIERO MIGUEL ANTONIO GARCIA SIERRA: “Debería definirse en los pliegos de condiciones del contrato para que el consultor ejecute”.

AG24 OLGA LILIANA SUAREZ COLMENARES PROCURADURIA PRIMERA DELEGADA PARA LA CONTRATACIÓN ESTATAL: “¿Se refiere usted al contrato de consultoría para diseños?”.

INGENIERO MIGUEL ANTONIO GARCIA SIERRA: “Consultoría para diseños, ese, sí. Correcto. Diseños e interventoría, ambos contratos deben tener en los pliegos deben contener ese...”.

AG24 OLGA LILIANA SUAREZ COLMENARES PROCURADURIA PRIMERA DELEGADA PARA LA CONTRATACIÓN ESTATAL: “¿Es decir que en la consultoría se define que se van a hacer unos estudios y diseños fase 3?”.

INGENIERO MIGUEL ANTONIO GARCIA SIERRA: “Si eso”.



AG24 OLGA LILIANA SUAREZ COLMENARES PROCURADURIA PRIMERA DELEGADA PARA LA CONTRATACIÓN ESTATAL: “¿Señor?”.

INGENIERO MIGUEL ANTONIO GARCIA SIERRA: “Sí, ahí queda definido en eso, en el contrato, o fase 3, o fase 2, o fase 1, lo que se vaya a hacer queda ahí consignado, o sea el consultor le ejecuta de acuerdo a lo que el contrato le obliga a hacer”.

AG24 OLGA LILIANA SUAREZ COLMENARES PROCURADURIA PRIMERA DELEGADA PARA LA CONTRATACIÓN ESTATAL: “¿Es decir que usted certifica lo que ya está definido en la contratación de consultoría de estudios y diseños?”.

INGENIERO MIGUEL ANTONIO GARCIA SIERRA: “Eeeehhhh...”.

AG24 OLGA LILIANA SUAREZ COLMENARES PROCURADURIA PRIMERA DELEGADA PARA LA CONTRATACIÓN ESTATAL: “Me explico en la pregunta, reformulo la pregunta. Cuando usted certifica que unos estudios y diseños están en fase 3 ¿Lo que usted está haciendo es replicando o transcribiendo o retomando lo que ya dice un contrato de consultoría?”.

INGENIERO MIGUEL ANTONIO GARCIA SIERRA: “Sí claro, replicando lo que ya ejecutó un consultor a través de un contrato de consultoría”.

AG24 OLGA LILIANA SUAREZ COLMENARES PROCURADURIA PRIMERA DELEGADA PARA LA CONTRATACIÓN ESTATAL: “¿Es decir que quien define que sea fase 3 es el consultor el que hace los estudios y diseños?”.

INGENIERO MIGUEL ANTONIO GARCIA SIERRA: “El consultor que hace los estudios y diseños, lógico que es por mandato del contrato, porque igual los costos de esa ejecutoria van a depender de qué se está ejecutando en el contrato, está ejecutando el diseño”.

(...)

APODERADO SUPLENTE WILLIAM ANDRÉS CÁRDENAS BONILLA: “¿Esos estudios en el 2012 estaban en fase 3, inclusive una vez que había caído el fenómeno del 2010 y 2011?”.

INGENIERO MIGUEL ANTONIO GARCIA SIERRA: “Sí porque eso no lo cambia, eso seguía, eso es un estudio a nivel de fase 3 y seguirá a nivel de fase 3, hasta que otro estudio lo cambie y lo cambiará será un nuevo estudio prácticamente, para decir que ese no sirve y que quede otro, pero si ese sí sirve lo que se hace es modificar y actualizar o corregir pero sigue el mismo estudio a nivel de fase 3”.

(...)



INGENIERO MIGUEL ANTONIO GARCIA SIERRA: “A sí claro, un diseño puede perder vigencia de un año para otro o en unos meses, no se sabe en qué momento se va a perder la vigencia”.

APODERADO SUPLENTE WILLIAM ANDRÉS CÁRDENAS BONILLA: “Y con toda la información que hoy en día tenemos, le pregunto desde su opinión, ¿Esos estudios perdieron vigencia desde el fenómeno de la niña o no?”.

INGENIERO MIGUEL ANTONIO GARCIA SIERRA: “Bueno, de acuerdo a la revisión perdieron vigencia con el fenómeno de la niña, la revisión que ejecutó el consorcio ejecutor”.

APODERADO SUPLENTE WILLIAM ANDRÉS CÁRDENAS BONILLA: “Perfecto. Sin embargo y teniendo esa información le repito la pregunta ¿Por qué lo certifica usted en fase 3, que es todavía vigente, en 2012?”.

INGENIERO MIGUEL ANTONIO GARCIA SIERRA: “Porque estaban en fase 3, eso estaba en fase 3 y “*nadien*” (Sic) los había cambiado, nadie había dicho nada, que estaban malos o que estaban, nadie había dicho nada, ni yo había entrado a revisar eso”.

APODERADO SUPLENTE WILLIAM ANDRÉS CÁRDENAS BONILLA: “Perfecto. Le hago una pregunta con respecto a la última pregunta que le hizo la señora Delegada. ¿Para usted certificar que estaban en fase 3 simplemente cogió el contrato del 2007 y 2008 y dijo me los entregaron en fase 3 y por ende yo los certifico en fase 3?”.

INGENIERO MIGUEL ANTONIO GARCIA SIERRA: “Es correcto eso”.

APODERADO SUPLENTE WILLIAM ANDRÉS CÁRDENAS BONILLA: “Eso fue lo que usted hizo”.

INGENIERO MIGUEL ANTONIO GARCIA SIERRA: “Sí señor”.

APODERADO SUPLENTE WILLIAM ANDRÉS CÁRDENAS BONILLA: “Perfecto. Yo no tengo más preguntas doctora”.

En términos coloquiales, y en lenguaje común, todo lo dicho por lo especialistas significa que pueden existir estudios fase 3 para el mejoramiento o pavimentación de una vía, pero si luego sobre esa vía ocurre, por ejemplo, una avalancha de grandes proporciones, una inundación que puede hasta quebrar o generar grietas, fracturas en la tierra, cambios en su morfología, etc, no significa que porque hay estudios y diseños en fase 3, certificados y avalados en ese nivel de maduración, así sean del año 1976, se deban emplear sin ningún otro miramiento ni condicionamiento.



Actuar así es totalmente negligente, descuidado como aquí sucedió que no emplearon unos estudios y diseños que obviamente no tenían contemplado el fenómeno de la niña, que sucedió en el año 2010, dado que los diseños se hicieron en los años 2008 y 2009.

Así lo explicó el director general del INVIAS en su segunda declaración jurada rendida, ante la insistente pregunta del apoderado de suplente de pretender provocar en el testigo una afirmación que hiciera ver que la certificación expedida por el INVIAS que acreditaba que los estudios y diseños entregados por esa entidad a la gobernación de Magdalena estaban en fase 3 podría ser falaz o inequívoca, de manera similar a como ocurrió frente al segundo testimonio rendido por el ingeniero Miguel García, director territorial.

INGENIERO CARLOS ALBERTO GARCIA MONTES: “Es que yo puedo tener un estudio de la fase 3 hasta del año 1950 por decirle algo, es que los estudios no cambian sus fases porque hayan sido hechos hoy o porque hayan sido hechos 5 años atrás o 10 años atrás. Se hicieron a fase 3 en su momento ¿Con qué normas? Con las que existían en el momento ¿Con qué fuentes en términos del clima? Con las que habían ocurrido de ahí hacia atrás. Por lo tanto certificar que habían unos estudios y diseños fase 3 en el Instituto Nacional de Vías del año 2008 no hay ningún inconveniente.

Así las cosas, no hay que confundir que emitir una certificación que los estudios y diseños se encuentran en fase 3, en julio del año 2012 como lo hizo el INVIAS, significa que son viables en ese mismo año para construir o que por emitirse esta acreditación en ese año significa que se había contemplado en ellos el fenómeno de la niña. Se certifica que los estudios y diseños que hicieron las firmas de consultoría La Viabilidad e INGEOCIM en los años 2008 y 2009 estaban en fase 3 o fueron entregados en fase 3. Si hoy, año 2020, se pidiera nuevamente certificar la fase de esos estudios, con plena seguridad se indicaría que son fase 3 de acuerdo con lo indicado por los expertos y ponderado en esta providencia.

Sin embargo, la consideración de encontrarse aptos para construir y que esta aptitud tenga prolongación en el tiempo no implica una actitud ciega y descuidada frente a las circunstancias climáticas, topográficas o geológicas que con el tiempo se pueden suscitar en la geografía colombiana y especialmente en sus vías, las cuales hacen validar su aptitud para el momento preciso de ser utilizados.

5.3.9. Pruebas indicativas que el gobernador del Magdalena conocía del impacto del fenómeno de la niña en la zona donde se ejecutaría el objeto del contrato 617 de 2013.

En el documento CONPES 3742 del **15 de abril de 2013**, el gobierno nacional declaró de importancia estratégica el proyecto para el mejoramiento de la vía Palermo - Sitio Nuevo – Remolino –Guáimaro , en el Departamento del Magdalena

155

IUS E-2017-519707 /IUC-D-2017-956399
Auto: Fallo de primera instancia-30-09-2020
Caso: Proyecto Vía La Prosperidad – Gobernación de Magdalena
CJOM/OLSC



y allí se hizo la siguiente acotación que permite evidenciar que el fenómeno hídrico de “La niña” era conocido y especialmente fueron identificadas sus repercusiones en la zona de influencia y ejecución del proyecto, situaciones que desde ya advertían que los trazados y el diseño geométrico de una vía en afirmado podrían haber variado frente a los determinados por las consultorías de INGEOCIM y LA VIABILIDAD en los años 2008 y 2009.

Adicionalmente, el Plan de Desarrollo Departamental 2012-2015 “Respeto por el Magdalena”, en el programa de infraestructura estratégica, define la vía como un proyecto multipropósito y como solución vial para las poblaciones ubicadas en la margen derecha del Río Magdalena y su área de influencia, así como solución definitiva para el manejo de los recursos hídricos de la región, protegiendo a sus habitantes de eventuales inundaciones del Río Magdalena, que dejaron como consecuencia del fenómeno de la niña 2010 - 2011 a 67.604 familias damnificadas, 30.582 viviendas averiadas o destruidas y pérdidas cercanas a los \$315.000 millones en los sectores agrícola y pecuario.

Posteriormente, **el 31 de mayo 2013:** Entre el director del INVIAS y el señor LUIS MIGUEL COTES HABEYCH, gobernador del Departamento del Magdalena suscribieron el convenio específico de cooperación número 649 derivado el convenio interadministrativo número 1266 de 2012.

En torno al tema de este capítulo se destacan las siguientes consideraciones que motivaron la celebración del convenio, las cuales aluden al conocimiento de las continuas inundaciones por el desbordamiento del río Magdalena, las afectaciones y emergencias en época de lluvias y el impacto del fenómeno de la niña 2010 y 2011, dado que éstos aspectos generaron cambios sustanciales en los diseños y trazado de la vía con la consecuente afectación en los cronogramas de obra y el plan de inversión del proyecto.

“(…). 14) Que la vía que conecta estas poblaciones actualmente no se encuentra pavimentada por lo que no es apropiada ni atractiva para su uso; igualmente año tras año, la misma se vuelve prácticamente intransitable a consecuencia de las **lluvias que originan desbordamientos del río Magdalena** trayendo consigo inundaciones que afectan las poblaciones ribereñas de Plato, Heredia, Pedraza, Sitio Nuevo, Salamina, Remolino y El Piñon, entre otras. (...). 16) Que las inversiones del Gobierno Nacional en programas de asistencia, construcción de muros de contención y jarillones, como medidas provisionales en épocas de lluvias para la atención y prevención de emergencias en los **últimos cinco (5) años en el Departamento** superan los \$600.000 mil millones de pesos. 17) Que el estado de la infraestructura vial señalada adyacente al río Magdalena, incluye diques, terraplenes, muros de contención y carreteras, **las cuales son afectadas constantemente por las filtraciones que causan las aguas en época de lluvias**, aunado a la desprotección de las bancas y la ausencia de una capa de rodadura



que la proteja y minimice su impacto, ya que la vía se encuentra solamente en afirmado. 18) Que de conformidad con lo anterior, **se requiere mejorar el nivel de la vía con el propósito de impedir los problemas que se generan a consecuencia de las inundaciones**, garantizando así la permanente y continua conectividad de la población, el comercio de la zona y la comunicación con otros departamentos, a través de la disposición de una capa asfáltica, como parte de una estructura adecuada, incluyendo la construcción de puentes, compuertas y viaductos que permitan el flujo natural del río y las ciénagas, optimizando el trazado de la vía existente y mejorando su diseño geométrico. 19) **Que el Plan de Desarrollo Departamental 2012- 2015 “Respeto por el Magdalena”** en el programa de infraestructura estratégica, define la vía como un proyecto multipropósito y como solución vial para las poblaciones ubicadas en la margen derecha del río Magdalena y su área de influencia, así como solución definitiva para el manejo de los recursos hídricos de la región, **protegiendo a sus habitantes de eventuales inundaciones del río Magdalena que dejaron como consecuencia del fenómeno de la niña 2010- 2011, a 67.604 familias damnificadas, 30.582 viviendas averiadas o destruidas y pérdidas cercanas a los \$315.000 millones en los sectores agrícola y pecuario. (...)** (negritas fuera del texto original).

Por ende, se puede advertir que para el momento de la suscripción del convenio 649, esto es para el 31 de mayo de 2013, por parte de quienes lo firmaron, entre ellos el señor LUIS MIGUEL COTES HABEYCH, gobernador del Departamental del Magdalena, conocía que esa zona, el corredor vía que sería objeto de intervención de obra civil, continuamente se veía afectado por inundaciones y desbordamientos del río Magdalena; sector que fue impactado notablemente con el fenómeno hídrico de la niña, para los años 2010 y 2011, posterior a la fecha de realización de la consultoría de estudios y diseños para el mejoramiento de esa vía, y en todo caso, antes de la tratativas que originaron la intención por parte del mandatario territorial de intervenir la carretera, que datan de los años 2012 y 2013.

5.3.10. Pruebas indicativas de las obligaciones y deberes que a cargo de los gobernadores frente a la contratación pública adelantada para ejecutar el proyecto vía de la prosperidad, especialmente frente a la estructura de la licitación pública, estudios previos y en general la planeación del proceso constructivo.

Como se ha establecido en acápite anteriores, la Gobernación de Magdalena adelantó el proceso licitatorio de obra pública LP_DM-07-2012 cuyo objeto fue el “MEJORAMIENTO DE LA VIA PALERMO - SITIO NUEVO – REMOLINO – GUÁIMARO , EN EL DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA – TRAMO GUÁIMARO – REMOLINO- SITIO NUEVO – PALERMO”, adjudicado el 12 de agosto de 2012, mediante Resolución número 768 al CONSORCIO RIBERA ESTE, por un valor de \$432.010.178.757,42, y en este proceso licitatorio, adelantado en el año 2012, se



utilizaron los diseños de las consultorías con INGEOCIM Y LA VIABILIDAD, cuyos productos fueron culminados en los años 2008 y 2009.

La defensa a lo largo de sus escritos y a través de los interrogatorios efectuados a las personas citadas a declarar en este proceso y de las versiones de sus prohijados, ha sido insistente en señalar, de diferentes maneras, que la Gobernación de Magdalena al revisar por parte del INVIAS unos estudios y diseños fase 3 entendía que eran aptos y viables para iniciar un proceso constructivo de ahí que no ameritaban efectuar ninguna revisión, validación e incluso determinar la necesidad de nuevos estudios y diseños, pues de ser así, el INVIAS debió entregarlos condicionados o hacerles esta advertencia (ver memorial de defensa del 23 de octubre de 2017, folios 645-66)

Respecto a la anterior postura de defensa procede analizar las pruebas documentales, testimoniales y técnicas allegadas al proceso y referidas en torno a este aspecto, que permitan a este Despacho tener elementos para aceptar esta postura, o si es del caso, desestimarla, y en uno u otro caso adoptar la decisión que acorde con esta etapa procesal.

5.3.10.1. Testimonios de personas vinculadas a la Gobernación de Magdalena.

1.- El ingeniero civil JUAN VALENTIN BRICEÑO MARTINEZ, en su declaración rendida el 30 de mayo de 2018, en referencia con la revisión de los estudios y diseños, consideró: (fls. 1381-1382)

“si el Invias los entregó después de la ola invernal debía venir con un oficio donde dijera que se ejecutaron mucho antes de la ola invernal y que podía ser sujetos a cambios, lo que no sé yo jurídicamente si en fase 3 es bueno decirlos reviselo, técnicamente debió informarle que los estudios estaban hechos con mucha anterioridad a la ola invernal, pero no por encima, pero no una revisión de fondo a los estudios sino con el objeto que fueron de fondo frente a lo que había pasado” (fl. 1381)

[...]

Yo considero que estos estudios no se debieron entregar a la Gobernación de Magdalena sin antes no hacerle, como ya se tenía conocimiento de todo esto, se le debió hacer un análisis profundo de la situación, yo no puedo decir aquí tiene el estudio fase 3, hágale un estudio profundo, o en su defecto como le dije anteriormente entregarlo con todas las prevenciones y obligando al Departamento que para la construcción de las obras provenientes de esos estudios y diseños debían hacer los ajustes respectivos o los cambios que ameritaba como consecuencia de lo que había sucedido porque era un daño mayúsculo, no era una simple rectificación.

[...]



Cuando yo entrego unos estudios fase 3 se sobreentienden que los tengo totalmente definidos para construcción, lo que he dicho es que si INVIAS los entregó en fase 3, sin haber mirado, lo que había pasado en la ola invernal, debió condicionar la obra a la revisión total de esos estudios y diseños.

[...]

***En mi concepto técnico** habrían dos decisiones, si el INVIAS entrega estos estudios y condiciona a que se debe actualizarlos, la Gobernación o los actualiza o le dice al INVIAS entréguelos con esa actualización de fondo, o los asume con toda la responsabilidad, o le dice al INVIAS entréguelos actualizados, **son conceptos personales**. Hago la salvedad no estoy hablando de actualizaciones de fondo por una eventualidad que se dio y se conoció como fue la de la ola invernal, que podría desembocar en un nuevo diseño como en efecto sucedió, y dentro del presupuesto del contratista no existe ítem del diseño.*

PREGUNTADO. TIENE CONOCIMIENTO SI EN EL PRESENTE CASO, INVIAS CONDICIONÓ LA ENTREGA DE LOS ESTUDIOS Y DISEÑOS FASE 3 A LA GOBERNACION DEL MAGDALENA, CONTSTÓ: Desconozco.”

En cuanto a este testimonio en el cual el ingeniero Briceño considera, lo que en algunos apartes refiere como “concepto técnico” y a renglón seguido como “conceptos personales”, en sí es una dicotomía conceptual donde no se define si sus expresiones son fundadas en su experiencia profesional o basadas en su apreciación personal, aunado a que actualmente labora para la Gobernación de Magdalena entidad donde apoya el ejercicio de la supervisión a la obra objeto del contrato 617 de 2013 (a partir de abril de 2016) y meses antes de esta vinculación estaba laborando para el INVIAS (junio de 2015 a abril de 2016), cargo desde el cual le correspondía ejercer la supervisión y cumplimiento de las obligaciones que la entidad territorial había adquirido con el Instituto frente al proyecto aquí investigado o vía de la prosperidad, situación que podría restarle objetividad a sus apreciaciones, máxime cuando no obra sustento de la obligación para que el INVIAS le entregara a la Gobernación de Magdalena los diseños “condicionados”, o en otras palabras, evidencia que al Instituto le correspondía “ordenar a la gobernación que se le hiciera una revisión”, para que la entidad territorial procediera a actualizarlos de fondo, más aún cuando desde su cargo como Subdirector de Carreteras del INVIAS tenía una participación activa y directa en el proyecto, en la fase inicial de ejecución (entre junio de 2015 y enero de 2016) sin que ninguna de sus actuaciones fueran encaminadas a señalar por parte del INVIAS, una posible omisión o incumplimiento de sus obligaciones contractuales en el marco del convenio 649 de 2013, y tampoco manifiesta conocer tal condicionamiento que presume debió efectuarse.

Por estas razones, este Despacho sin desestimar la totalidad del testimonio, que como se indicó al principio de este capítulo se tendrá en cuenta en los aspectos

159

IUS E-2017-519707 /IUC-D-2017-956399
Auto: Fallo de primera instancia-30-09-2020
Caso: Proyecto Vía La Prosperidad – Gobernación de Magdalena
CJOM/OLSC



meramente técnico de los cuales se advierta objetividad y sustento de lo expuesto, si corresponde, como ya se inició, señalar las razones por las cuales son apreciaciones en torno a este aspecto no serán tenidas en cuenta.

2.- El ingeniero WALTER ALFONSO PAUTT, ex supervisor del contrato de obra 617 de 2013 celebrado por la Gobernación de Magdalena con el Consorcio Ribera Este y actualmente profesional de apoyo a dicha supervisión a cargo de la gerencia de proyectos de esa entidad, señala que cuando se vinculó al proyecto, estaba en periodo de ajustes a estudios y diseños, agrega que ya había acta de inicio de obra. De manera que no participó ni en las tratativas del convenio 649 de 2013 ni en el proceso precontractual y licitatorio del contrato 617 de 2013., sin embargo, atendió así el interrogatorio formulado en lo que atañe al punto que se debate en este acápite:

PREGUNTADO POR LA DEFENSA: “EN SU CONCEPTO COMO INGENIERO LOS ESTUDIOS Y DISEÑOS FASE 3 QUE ENTREGÓ EL INVIAS AL DEPARTAMENTO DEBÍAN SER ACTUALIZADOS POR EL DEPARTAMENTO DURANTE LA ETAPA DE LICITACIÓN. CONTESTÓ: Por lo que me he documentado en el proceso en que he estado, **el compromiso en el convenio por parte del Departamento era obtener los estudios, en ninguna parte dice que tenía que actualizarlos o realizarlos, era obtenerlos**” [...]

PREGUNTADO. EN SU DECLARACION USTED MANIFESTÓ QUE SEGÚN SU CONOCIMIENTO EL DEPARTAMENTO SOLO TENÍA LA OBLIGACIÓN DE OBTENER SOLO LOS ESTUDIOS Y DISEÑOS FASE 3, SIN EMBARGO, DESDE SU CONCEPTO TÉCNICO Y TENIENDO EN CUENTA QUE EN RESPUESTA ANTERIOR MANIFESTÓ QUE TALES ESTUDIOS NO ERAN VIABLES, CONSIDERA QUE TENÍA LA GOBERNACIÓN LA OBLIGACION DE HACER UNOS NUEVOS ESTUDIOS? Es que eso se detectó ya en el proceso de ajustes, ya iniciado el contrato, pues ya era un proyecto legalizado por invias y entregado en fase 3 por el INVIAS, **entonces el INVIAS debió decir hagan los estudios porque esto está obsoleto, o no los hubiera entregado así.**

PREGUNTADO. TENIENDO EN CUENTA SU RESPUESTA ANTERIOR QUE CONSIDERA USTED DESDE SU CONOCIMIENTO Y TRAYECTORIA QUE DEBIÓ HABER HECHO EL INVIAS EN RELACIÓN CON ESTOS ESTUDIOS Y DISEÑOS FASE 3? CONTESTÓ: Tenía 2 alternativas, no entregar nada y decirle a la gobernación que los hiciera nuevamente y luego abriera la licitación, o decirle que antes de iniciar la licitación los revisará y hacerle los ajustes, actualización y ahí se hubiera detectado antes de abrir la licitación, **yo creo que lo más lógico sería hacer una revisión antes**, pues el Estado no puede pagar una cosa dos veces, pagar un estudio y diseños fase 3 y luego pagar otros, sin razón de porqué, es mejor hacer antes la revisión y actualización.

PREGUNTADO. SEGÚN ESO QUIÉN O QUÉ ENTIDAD DEBIÓ HABER HECHO ESA REVISIÓN PREVIO A QUE SE ABRIERA LA LICITACIÓN. CONTESTÓ: **INVIAS, si era el compromiso de entregarlos, ese era el compromiso y la gobernación de obtenerlos**” (fls 1387, 1391 y 1392. Negritas fuera del texto)



El testigo destaca que revisó la documentación del proceso contractual y matiza que allí se define como obligación para el Departamento de obtener los estudios y diseños pero no la de revisarlos, por ello considera que si al INVIAS le correspondía entregarlos, debió hacerlos actualizados o al menos decirle a la Gobernación que antes de abrir la licitación los revisara y le hiciera los ajustes y actualizaciones. De manera que su apreciación será cotejada a la luz de las obligaciones contractuales de las partes del convenio.

3.- La abogada CLAUDIA JANETH ORJUELA ROA, vinculada a la Gobernación de Magdalena mediante contrato de prestación de servicios, “para acompañar en todo lo que ha sido el desarrollo, la preparación de la licitación y la ejecución del contrato para el mejoramiento de la vía Palermo, Sitio Nuevo, Remolino, Guáimaro hizo las siguientes afirmaciones en su declaración rendida el 29 de mayo de 2018 (folios 1205-1223)

“PREGUNTADO POR LA DEFENSA: USTED MANIFIESTA QUE EL DEPARTAMENTO RECIBIÓ DE INVIAS LOS ESTUDIOS Y DISEÑOS JUNTO CON UN PRESUPUESTO EN FASE III, PUEDE EXPLICARNOS QUÉ SIGNIFICA ESTO DESDE EL PUNTO DE VISTA JURÍDICO. CONTESTÓ. Este proyecto cuenta con recursos provenientes de las Regalías del Departamento del Magdalena y compromete varias vigencias del sistema general de regalías, por esta razón de acuerdo a la normatividad del sector de regalías el proyecto para ser viabilizado debería estar en la fase III de maduración, como lo describe el decreto 1077 de 2012, es decir haber pasado ya la fase de perfil que es la recopilación primaria de información del proyecto de que se trate, igualmente haber superado la fase 2 de prefactibilidad que incluye las alternativas de solución a la problemática que el respectivo proyecto plantea y la fase 3 que es la de estudios y diseños definitivos con toda la ingeniería de detalle y del cual se desprende la posibilidad de iniciar un proceso constructivo sin mayor documentación adicional, es esta la última fase de maduración de un proyecto; así también lo describen el manual de consultoría de INVIAS y la Cámara Colombiana de Infraestructura en su documento de políticas de maduración de proyectos, es decir, que en lo que respecta al principio de planeación para nosotros era el documento idóneo veraz y definitivo que nos permitía cumplir la norma y sacar nuestro proyecto a licitación, me refiero a los estudios y diseños fase III que nos entregó INVIAS junto con su presupuesto porque valga aclarar en la fase 3 de maduración, los presupuestos se presumen como definitivos también, mas en nuestro caso que como consta, entre otros, en documentos como el CONPES, antes mencionado y en los soportes que para la viabilidad sectorial aportó INVIAS ante Regalías, éstos, los presupuestos habían sido actualizados entre el año 2012 y 2013 por dicho Instituto y fueron los que soportaron el presupuesto oficial de la licitación pública número LP-DM-007-2012.

PREGUNTADO. DE CONFORMIDAD CON LO ANTERIOR CUÁLES ERAN LAS OBLIGACIONES DEL DEPARTAMENTO, EN RELACIÓN CON LOS ESTUDIOS, DISEÑOS Y PRESUPUESTO. CONTESTÓ. De acuerdo a las obligaciones que asumimos en el Departamento en virtud del convenio 649 de



2013, estaba la de obtener y quisiera subrayar ese obtener, los estudios y diseños del proyecto, lo cual ya habíamos hecho, como consta en el mismo convenio 649, entre otros apartes, en la consideración 34, en la cláusula 8, numeral 3°, y en la cláusula 2° del convenio 649; es decir, que se habían recibido mediante la comunicación DTL- ATL 37236 del 31 de julio de 2012, remitida por INVIAS al Departamento, documento en el cual se lee que los diseños cumplen y tienen viabilidad técnica en fase III, y que agrega en el segundo párrafo que el proyecto permite el desarrollo y ejecución de las actividades prioritarias orientadas a lograr la utilización óptima de la infraestructura vial. Esas obligaciones a nuestro cargo estaban contenidas en la cláusula novena del convenio 649, en cuanto a presupuesto si bien no lo dice de manera expresa esta cláusula, era claro en el momento de definir el valor del convenio, como aparece en los antecedentes del mismo, que INVIAS, había hecho entrega del presupuesto junto con los valores unitarios y las cantidades de los diferentes ítems a contratar, en cuanto a la actualización de los estudios y diseños, si bien no lo dice la cláusula novena, ni en ningún otro aparte del convenio, como es costumbre para INVIAS en sus proyectos se incluye un ítem que es el de revisión y ajuste tal como aparece en el presupuesto oficial derivado del que fuera recibido de INVIAS, es decir, que ese ajuste estaría a cargo del contratista que resultara seleccionado.

PREGUNTADO. SIENDO ASÍ EL DEPARTAMENTO TENIA LA OBLIGACIÓN DE ACTUALIZAR LOS ESTUDIOS Y DISEÑOS ENTREGADOS POR INVIAS EN FASE III DE MADURACION? CONTESTÓ. No. el Departamento no tenía la obligación de actualizar los estudios y diseños recibidos del INVIAS, precisamente porque se encontraban en la fase máxima de maduración de un proyecto, solamente se preveía como lo dije anteriormente un ajuste si hubiera sido necesario pero estaría a cargo no del Departamento sino del contratista, sea oportuno en ese momento, precisar que una cosa es un ajuste y otra distinta es una actualización; un ajuste para nuestro caso era cualquier situación menor que hubiera requerido el diseño, sin variar sustancialmente ni la localización ni el trazado existente, ni ninguno de los tomos técnicos que comprende el conjunto de los estudios y diseños; la actualización de su parte puede implicar una modificación sustancial la inclusión de diseños ya obsoletos a las condiciones nuevas del sitio, es decir, que son de mucho mayor impacto, a los documentos recibidos; habiéndolos recibido en la fase 3 era claro y sin ningún lugar a dudas para el Departamento que hubiera tenido la necesidad u obligación de actualizarlos y mucho menos previamente al inicio de la licitación, si así hubiera sido, seguramente hubiera quedado tal constancia en el convenio 649. Y tal cosa no fue ni siquiera considerada o propuesta por INVIAS que era quien conocía como dueño de la vía, como el administrador de la vía, que requerimiento se hubiera necesitado para ese momento.

En este orden de ideas los testimonios de las personas vinculadas con la gobernación como contratistas, que han participado de manera directa en el proyecto de la vía de la prosperidad, bien sea en la estructuración de los pliegos de condiciones de la licitación pública objeto del contrato 617 de 2013, como el caso de la Dra. Claudia Orjuela, asesora jurídica externa en temas relacionados con este proyecto, y quien fuera investigada y absuelta de responsabilidad disciplinaria por

162



hechos relacionados con la fase precontractual: o en la supervisión, como lo serían los ingenieros Walter Pautt y Juan Valentín Briceño, son contestes en defender y respaldar la gestión de su contratante, es decir la gobernación de Magdalena, y manifestar enfáticamente que la gobernación no tenía obligación alguna de revisar o efectuar alguna validación o constatación de los diseños entregados por el INVIAS, solo incorporarlos a la licitación pública.

Por ello el Despacho considera que se deben analizar otros testimonios de personas externas y ajenas al proyecto y a una vinculación contractual con la gobernación de Magdalena, ello, sin destacar la fuente primaria de las obligaciones contraídas como lo serían los acuerdos convencionales celebrados por los representante del ente territorial como se expone en los siguientes acápite.

5.3.10.2. Testimonios de peritos y expertos

1.- El ingeniero civil y experto Alfonso Tique atendió el siguiente interrogatorio:

PREGUNTADO. DENTRO DE LOS DOCUMENTOS REVISADOS PARA ESTE TEMA, USTED ES CONSCIENTE QUE ESOS ESTUDIOS Y DISEÑOS EN FASE 3, FUERON ENTREGADOS A LA GOBERNACION DEL MAGDALENA EN EL AÑO 2012? CONTESTÓ: No le podría confirmar eso, en la documentación que me entregó la sociedad que son estudios iniciales de INGEOCIM (Palermo – Sitio Nuevo) y LA VIABILIDAD (Sitio Nuevo Remolino Guáimaro) y estudios del contratista actualizados que fueron elaborados por el CONSORCIO RIBERA ESTE y hay nos archivos donde están los documentos de la licitación.

PREGUNTADO. DE ACUERDO CON ESA RESPUESTA QUIÉN DEBÍA REALIZAR LA ACTUALIZACIÓN DE LOS ESTUDIOS Y DISEÑOS? CONTESTÓ: El contratante en este caso es la Gobernación, entonces el contratante define el tipo de contrato que va a utilizar para contratar una obra.

2.- El perito ingeniero civil Willington Vergel expuso lo siguiente:

PREGUNTADO QUIEN CERTIFICA QUE ESTÁN EN FASE 3? CONTESTÓ. Es el contratante quien le debe hacer entrega al contratista de los diseños en fase 3, siempre y cuando así esté estipulado en los contratos y en el pliego de condiciones. En este caso invias le podía entregar los estudios a la gobernación, pero la gobernación que era el responsable de la licitación era el que debía decir como estaban los diseños, el contratista era Ribera este, el contratante la gobernación. De lo que conozco para mí como ingeniero quién debió garantizar al contratista los estudios y diseños en fase 3, era la gobernación, que era el contratante, siempre y cuando la licitación y /o el contrato estipularan que los diseños se entregarían en ese nivel de fase, fase 3, si ella dejo que invías le entregara diseños en fase 3, la gobernación tenía su equipo de ingenieros y de planeación. Fase 3 son diseños que están actualizados a la fecha y están aptos para construcción.



De acuerdo con estos testimonios de expertos que revisaron la documentación contractual para rendir sus conceptos y dictámenes el contratante de una obra pública, el encargado y responsable de la licitación pública es el que define el tipo de contratación y los diseños o estudios previos asociados a este proceso. En otras palabras, si bien para los contratistas de la gobernación, el encargado de la contratación y de licitación pública no tenía obligación de validar o verificar o hacer alguna constatación de los estudios y diseños que iba a utilizar, para los testigos técnicos, es el contratante el que define aquella documentación que va a entregar al contratista para que ejecute y respalde la obra como fundamento en la construcción a realizar.

Así las cosas, corresponde atender el clausulado y disposiciones que rige este proyecto.

5.3.10.3. Obligaciones contractuales.

El 17 de septiembre de 2012 el Gobernador del Magdalena, doctor LUIS MIGUEL COTES HABEYCH celebró con el INVIAS, el convenio 1266 de 2012. Entre las consideraciones se indicó que *“7) El Gobernador del Departamento del Magdalena mediante oficio radicación INVIAS 87753 del 28 de agosto de 2012, solicita la celebración de un convenio interadministrativo que le permita al **DEPARTAMENTO**, intervenir el sector Salamina – Palermo, el cual hace parte del tramo 2702 de la ruta 2700, a efectos de invertir recursos del Sistema General de Regalías asignados al Departamento a través de los fondos de compensación regional y Desarrollo Regional”, esto por cuanto como se indicó en el considerando número 6 del convenio, el corredor vial indicado hacer parte de la Red Nacional de Carreteras a cargo de la Nación - Instituto Nacional de Vias-*

De manera que por iniciativa del Gobernador Cotes Habeych, se aunaron esfuerzos con el INVIAS, *“CON EL FIN DE ADELANTAR LOS TRAMITES NECESARIOS TENDIENTE AL MEJORAMIENTO DE LA VIA SALAMINA – PALERMO – CODIGO 2702”* como lo señala el objeto del contrato, corredor vial que cubre los trayectos Sitio Nuevo, Remolino y Guáimaro. Trámites que como bien lo indica la consideración número 8), *incluye los estudios, diseños y la obra con el propósito de generar un beneficio en la comunidad en general y principalmente de las veredas y usuarios finales del referido corredor vial, y seguidamente se anotó “9) Que por las razones antes mencionadas se deduce la importancia de las gestiones que puedan ser adelantadas por el DEPARTAMENTO, tendientes al mejoramiento del corredor vial indicado, en busca de la mejor conexión y competitividad vial en pro del desarrollo de la región.”*

Consideraciones éstas que valen la pena señalar para destacar que la iniciativa del mandatario departamental tenía un propósito fundamental hacia el cual debía encauzar todos los esfuerzos como director y regente de un ente territorial cuyo destino le fue confiado por la comunidad electoral, el cual, más allá de la obra que



mejora las condiciones de la carretera entre el Tramo Salamina – Palermo que pretende conectar las poblaciones aledañas al Río Magdalena con la carretera Santa Marta – Barranquilla, tiene un fin esencial en procura de optimizar las condiciones de la comunidad para que a través de mejores conexiones y competitividad vial se reduzcan niveles de pobreza de los habitantes de la región.

Este convenio estableció el **31 de diciembre de 2014 como plazo para desarrollar el mejoramiento y mantenimiento del corredor vial**, cuyos recursos requeridos se comprometerán y ejecutarán a través de convenios específicos, como en efecto se materializó a través del convenio específico 649 del 31 de mayo de 2013 del cual se hará referencia en apartados posteriores de esta decisión.

Ahora bien, en torno al desarrollo de este convenio 1266 de 2012 y frente a los hechos que atañen esta investigación se menciona que el Departamento del Magdalena tenía entre sus obligaciones mencionadas en la cláusula quinta las siguientes:

- a) **Gestionar o adelantar los trámites administrativos, presupuestales, financieros, técnicos y legales que sean requeridos para la contratación** de las actividades de mejoramiento objeto del presente convenio.
- e) **Responder** al INSITUTO **por la correcta planeación y ejecución** del objeto del convenio.
- g) El DEPARTAMENTO ejecutará el convenio siempre velando por los intereses del Instituto.
- i) En general cumplir con las obligaciones impuestas por el presente convenio y las que se deriven de la naturaleza del mismo

Los componentes rectores de las acciones a cargo del DEPARTAMENTO se destacan en negrita y se subrayan con el fin de enfatizar que la Gobernación de Magdalena a través de su representante legal tenía un claro y preciso compromiso frente a la planeación y ejecución del objeto del convenio que como ya se dijo consistía en realizar los trámites necesarios para mejorar la vía Salamina – Palermo. Desde la suscripción del convenio en septiembre de 2012 se comprometió a ejecutar una correcta planeación, que incluía un esfuerzo ingente por gestionar las diligencias que se requieran en una contratación, como son de índole técnico, presupuestal, financiero y legal, si realmente se pretendía llevar adelante el proyecto que beneficiaría la comunidad y por ende la región, de ahí que entre las partes se convino que el **Departamento del Magdalena respondería ante el invias por la correcta planeación y ejecución del objeto del convenio.**

Por su parte la abogada CLAUDIA JANETH ORJUELA ROA, vinculada con la gobernación de Magdalena para atender el proyecto vía de la prosperidad al cual ha estado ligada desde la etapa de preparación de la licitación y la ejecución del contrato para el mejoramiento de la vía Palermo Sitio Nuevo Remolino Guáimaro , en actividades como preparar aspectos jurídicos previos de la convocatoria pública,

165



acompañar todo el proceso licitatorio y posteriormente acompañar la ejecución, de igual manera para atender requerimientos de los órganos de control, peticiones y aspectos jurídicos relacionados con este proyecto, rindió declaración el 29 de mayo de 2018 y aportó documentos referidos en su declaración como oficios, comunicaciones, entre otros (folios 1205-1223 y 1224 a 1372).

En relación con la preparación y ejecución de la licitación pública, incluido su presupuesto y el pliego de condiciones indicó lo siguiente

PREGUNTADO (POR LA DEFENSA). USTED NOS MANIFESTÓ QUE HA ESTADO VINCULADA AL PROYECTO DE LA VIA DE LA PROSPERIDAD, DESDE LA ETAPA DE LA PREPARACION, DE CONFORMIDAD CON ESTO, CUALES FUERON LAS ACTUACIONES DEL DEPARTAMENTO, PARA CUMPLIR CON LOS PRINCIPIOS DE PLANEACION Y RESPONSABILIDAD QUE DEMANDA LA LEY. CONTESTÓ. Como lo dispone el estatuto contractual, en el Departamento realizamos los estudios previos que permitieran efectuar en su momento la convocatoria, esto fue el 18 de diciembre de 2012, junto con el pliego de condiciones o el proyecto de pliego de condiciones, para ese momento contábamos desde el aspecto técnico con estudios y diseños el fase de maduración III es decir, listo para construir, y con el presupuesto oficial soportado con los respectivos análisis de precios unitarios APU's, documentos recibidos del INVIAS y de obligatorio cumplimiento para el Departamento tal como quedó consignado en los estudios previos en cuyos apartes se dejó evidencia para ese momento que el proceso desde el punto de vista técnico se soportaba en los estudios fase III, certificados por INVIAS mediante comunicación ATL 36236 del 31 de julio de 2012 **incluyendo los respectivos presupuestos actualizados por el mismo Instituto.** Estos documentos fueron la base para poder preparar la licitación pública. Entre diciembre de 2012 a junio de 2013 se mantuvieron publicados el proyecto de pliego de condiciones y sus anexos, esperando que se surtiera un trámite institucional por parte de INVIAS y del Ministerio de Transporte previo a la apertura de la Licitación mediante la expedición del respectivo acto de apertura, el documento a cargo del Instituto era el del CONPES que debía tramitar junto con el Ministerio de Transporte antes planeación nacional, como en efecto lo hizo, logrando la expedición del documento CONPES 3742 del 15 de abril de 2013 y la consecuente autorización de vigencias futuras para el presupuesto de la nación, por los aportes al proyecto en cuantía de 266.900 millones de pesos, y la firma de un convenio específico al convenio marco 1266 del 17 de septiembre de 2012, dicho convenio específico se firma el 31 de mayo de 2013 con el número 649.

PREGUNTADO (POR EL DESPACHO) EN LA PARTE INICIAL DE SU DECLARACIÓN INDICÓ **QUE LOS DOCUMENTOS ENTREGADOS POR EL INVIAS SON DE OBLIGATORIO CUMPLIMIENTO, EN QUE SE BASE PARA HACER ESTA AFIRMACIÓN?** CONTESTÓ. En dos cosas, uno que el presupuesto oficial era el presupuesto ya presentado en Regalías y en el análisis de viabilidad sectorial actualizado por INVIAS era el aprobado por el OCAD REGIONAL y estaba certificada su actualización por el Instituto y dos que dentro de los convenios, los 2 convenios suscritos entre el Departamento y el INVIAS, cada parte tenía unas obligaciones diferenciadas y la de INVIAS era entregarnos sus estudios y diseños en fase 3 como en efecto lo hizo, teóricamente, y como he reiterado varias veces arriba, un diseño fase 3 se encuentra listo como soporte para construir y realmente a un diseño fase 3 no se le hacen observaciones u objeciones de fondo.

166

IUS E-2017-519707 /IUC-D-2017-956399
Auto: Fallo de primera instancia-30-09-2020
Caso: Proyecto Vía La Prosperidad – Gobernación de Magdalena
CJOM/OLSC



Y en otra respuesta la abogada Claudia Janeth Orjuela realiza otra **apreciación en torno a la obligación de estructurar el presupuesto de la licitación, y concretamente frente a las obligaciones del Departamento, señala que el clausulado del convenio 649 de 2013 no dice nada de manera expresa para el departamento** pero que entiende que el INVIAS había hecho entrega del mismo junto con los valores unitarios y las cantidades de los diferentes ítems:

PREGUNTADO (POR LA DEFENSA). DE CONFORMIDAD CON LO ANTERIOR CUALES ERAN LAS OBLIGACIONES DEL DEPARTAMENTO, EN RELACION CON LOS ESTUDIOS, DISEÑOS Y PRESUPUESTO. CONTESTÓ. De acuerdo a las obligaciones que asumimos en el Departamento en virtud del convenio 649 de 2013, estaba la de obtener y quisiera subrayar ese obtener, los estudios y diseños del proyecto, lo cual ya habíamos hecho, como consta en el mismo convenio 649, entre otros apartes, en la consideración 34, en la cláusula 8, numeral 3°, y en la cláusula 2° del convenio 649; es decir, que se habían recibido mediante la comunicación DTL- ATL 37236 del 31 de julio de 2012, remitida por INVIAS al Departamento, documento en el cual se lee que los diseños cumplen y tienen viabilidad técnica en fase III, y que agrega en el segundo párrafo que el proyecto permite el desarrollo y ejecución de las actividades prioritarias orientadas a lograr la utilización óptima de la infraestructura vial. **Esas obligaciones a nuestro cargo estaban contenidas en la cláusula novena del convenio 649, en cuanto a presupuesto si bien no lo dice de manera expresa esta cláusula, era claro en el momento de definir el valor del convenio, como aparece en los antecedentes del mismo, que INVIAS, había hecho entrega del presupuesto junto con los valores unitarios y las cantidades de los diferentes ítems a contratar**, en cuanto a la actualización de los estudios y diseños, si bien no lo dice la cláusula novena, ni en ningún otro aparte del convenio, como es costumbre para INVIAS en sus proyectos se incluye un ítem que es el de revisión y ajuste tal como aparece en el presupuesto oficial derivado del que fuera recibido de INVIAS, es decir, que ese ajuste estaría a cargo del contratista que resultara seleccionado.

De igual manera sobre este punto se hace alusión en otro aparte:

PREGUNTADO (POR LA DEFENSA) CUANDO TUVO CONOCIMIENTO LA GOBERNACION DE LA SITUACION QUE SE PRESENTABA EN RELACION CON LA DEFICIENCIA EN LAS CANTIDADES DE TRANSPORTE DEL MATERIAL DE TERRAPLEN Y DE LA DESACTUALIZACION DE LOS ESTUDIOS Y DISEÑOS ENTREGADOS POR EL INVIAS. CONTESTÓ. Nosotros conocimos la situación estando en un comité operativo en el mes de marzo de 2015, en el que hacía presencia INVIAS, representado por el ingeniero Ernesto Correa, subdirector operativo de INVIAS, el ingeniero Miguel García supervisor del convenio 649 y director territorial del Atlántico y la interventoría que está a cargo de INVIAS, **con presencia del entonces gobernador, doctor LUIS MIGUEL COTES HABEYCH, en dicho comité**, la interventoría y el contratista presentan un informe preliminar de la revisión de los estudios, diseños y del reconocimiento del sitio, junto con la identificación de las fuentes de material, allí nos exponen que haciendo un ejercicio deductivo entre las cantidades del ítem del material de transporte y la distancia de la fuente de material, se generaba una diferencia entre 16 kilómetros a 90 kilómetros

167

IUS E-2017-519707 /IUC-D-2017-956399
Auto: Fallo de primera instancia-30-09-2020
Caso: Proyecto Vía La Prosperidad – Gobernación de Magdalena
CJOM/OLSC



aproximadamente que era la ubicación de las fuentes de este material que cumplían con los requisitos de calidad según las especificaciones técnicas de INVIAS, estaban licenciadas y había suficiente material para proveer. En el mismo comité agregó la interventoría y el contratista que las alturas del terraplén, previstos en los diseños, debía ser incrementado sustancialmente por cuanto la nueva cota de inundación así lo exigía, en ese momento se decía que los terraplenes debían superar los 3 metros de altura; **también explicaron que en los estudios y diseños respecto a los presupuestos existían algunas inconsistencias, esto por cuanto los diseños para el tramo Palermo sitio nuevo, que había sido elaborado por la firma INGEOCIM, no consideraba el mejoramiento con la construcción de terraplenes, sino un mejoramiento con material del sitio, el cual era imposible de realizar por el estado del material de sitio que no era apto técnicamente para su utilización y menos para construir los terraplenes, mientras que en el presupuesto se estimaron cantidades para la construcción del terraplén pero las distancias de las canteras y en consecuencia el transporte para este ítem no se había previsto.** Recuerdo que en ese momento el ingeniero Ernesto Correa, subdirector operativo del INVIAS cuestiona quien hizo los estudios y diseños y si era responsabilidad nuestra en el Departamento el estado de los mismos. Recuerdo también haberle contestado que los estudios y diseños habían sido entregados por ellos, por INVIAS, en fase 3 de maduración junto con los presupuestos; él solicita al ingeniero Miguel García le ratifique si esta información es verídica, a lo cual el ingeniero Miguel García asiente, de manera positiva. También recuerdo que el señor gobernador Luis Miguel Cotes toma la palabra y propone que se planteen fórmulas que permitan optimizar los recursos del proyecto, lo cual comparten los representantes de INVIAS presente e instruyen a la interventoría y al contratista dedicarse a explorar en sitio nuevas y mas cercanas fuentes de material, proposición que el Departamento comparte. En este mismo momento se previó que efectivamente el proyecto no alcanzaría la meta física, pero el interés institucional tanto de INVIAS como del Departamento, era no traumatizar el proyecto y al no tener costos definitivos paralelamente al avance del proyecto que evidentemente generaba un beneficio para la comunidad, ir adelantando la actualización de los diseños de los siguientes tramos para conocer cuál sería el costo real del proyecto.

Otro aspecto alusivo a la licitación y concretamente frente a las observaciones fue atendido así:

PREGUNTADO (POR LA DEFENSA) DURANTE EL PLAZO DE LA LICITACION SE RECIBIERON OBSERVACIONES AL PROYECTO DE PLIEGO Y/O A LOS PLIEGOS DE LA LICITACION POR PARTE DE INVIAS, MINISTERIO DE TRANSPORTE, DE LA PROCURADURIA, EN EL ACOMPAÑAMIENTO QUE REALIZÓ O DE ALGUN OTRO ORGANO DE CONTROL O TERCERO, QUE ADVIERTIERA SOBRE LA NECESIDAD DE ACTUALIZAR LOS ESTUDIOS Y DISEÑOS ENTREGADOS POR EL INVIAS. CONTESTÓ. Quiero resaltar que el proyecto de pliego de condiciones estuvo publicado casi durante 6 meses y de este al pliego definitivo, así como los estudios previos no sufrieron modificaciones sustanciales y durante ese periodo nunca recibimos una observación de INVIAS, frente al estado de los estudios y diseños o a los documentos previos, tampoco la recibimos de la Procuraduría quien nos acompañaba a solicitud nuestra, desde Diciembre de 2012, sobre este punto en particular; tampoco la recibimos de otros órganos de control ni de las veedurías ni de un tercero. Durante el periodo transcurrido entre la apertura al cierre de la licitación, de

168

IUS E-2017-519707 /IUC-D-2017-956399
Auto: Fallo de primera instancia-30-09-2020
Caso: Proyecto Vía La Prosperidad – Gobernación de Magdalena
CJOM/OLSC



igual manera no recibimos, observaciones referidas a los estudios y diseños. De la Procuraduría y de INVIAS recibimos algunas observaciones pero referidas mas al procedimiento contractual y a algunos apartes de los pliegos de condiciones, pero jamás, reitero, a los estudios y diseños.

PREGUNTADO (POR EL DESPACHO). DE MANERA SIMILAR A COMO LE FUE PREGUNTADO POR LA APODERADA, PERO EN RELACION CON LA GOBERNACION SE PREGUNTA SI PUDO LA GOBERNACION ADVERTIR QUE DADA LA SITUACION DE LA REAL LOCALIZACION DE LAS FUENTES DE MATERIALES Y DE LOS CAMBIOS EN SITIO POR LA OLA INVERNAL DEL 2010, SE PODRIA REDUCIRSE LA META FISICA DEL PROYECTO COMO CONSECUENCIA DE LOS ESTUDIOS Y DISEÑOS DESACTUALIZADOS. CONTESTÓ. Durante la etapa de la licitación definitivamente no porque los diseños fase 3 y en el presupuesto actualizado por INVIAS ya vienen definidas unas cantidades y unas fuentes de materiales, sobre las cuales nosotros no podíamos dudar dada la fase del proyecto y la actualización del presupuesto, posteriormente, solo como resultado de la revisión y ajuste, la interventoría y el contratista ponen en conocimiento la situación.

Sin embargo, pese a la declaración antes citada, hay que señalar que las obligaciones del INVIAS fueron definidas en la cláusula cuarta, las cuales se transcriben en su integridad, dado que como se ha señalado, la parte investigada basa su argumentación de defensa en manifestar que con la entrega en el año 2012, de unos diseños y estudios en fase 3 por parte del Instituto Nacional de Vías, no existía obligación para la Gobernación de Magdalena de revisarlos, ajustarlos y actualizarlos sino de ejecutarlos en el estado en que se encontraban, no obstante que éstos datan de los años 2008 y 2009 y había ocurrido en el país la denominada Ola invernal del 2010 o fenómeno hídrico de “La Niña”, que afectó la región de influencia y desarrollo del proyecto como se abordará también en esta providencia.

- a) Suministrar al DEPARTAMENTO la información sobre el proyecto que repose en las oficinas del INSTITUTO que pueda servir de antecedentes y justificación para los trámites presupuestales a cargo del **DEPARTAMENTO**.
- b) De conformidad con las necesidades y/o requerimientos y previo el cumplimiento de los requisitos legales y presupuestales pertinentes viabilizará, elaborará y tramitará los convenios necesarios para desarrollar el objeto del presente convenio.
- c) Suscribir los convenios específicos derivados del presente convenio, en los **cuales se establecerán las condiciones técnicas de los proyectos a ejecutar (estudios y diseños y obra)**, así como las obligaciones particulares de las partes, previa verificación y cumplimiento de los requisitos legales.
- d) Realizar el seguimiento técnico de cada uno de los convenios específicos suscritos y consecuentemente de los proyectos, de conformidad con las normas legales y técnicas vigentes.



- e) Ejercer la supervisión administrativa a través del Director Territorial o quien éste designe.
- f) Apoyar al DEPARTAMENTO en caso de que lo requiera, en la parte técnica y legal, previa solicitud del mismo.
- g) Verificar que se cumpla por parte del DEPARTAMENTO con lo dispuesto en el artículo 66 de la Ley 80 de 1993, sobre las veedurías ciudadanas.
- h) Participar en el comité operativo del Convenio y designar un representante para que lo haga por parte del comité operativo del convenio.
- i) Poner en conocimiento del DEPARTAMENTO información que coadyuve o afecte la ejecución de cada uno de los convenios a suscribirse.”

En consecuencia, conforme a lo descrito y especialmente los apartes subrayados, el INVIAS estaba en la obligación de suministrar la información que sobre el proyecto repose en sus oficinas, como en efecto y para el tema en análisis lo hizo, entregando los estudios y diseños producto de las consultorías adelantadas con INGEOCIM y LA VIABILIDAD, información que como bien quedó consignado en el literal a) de la cláusula cuarta del convenio tenía una potencialidad y era que *podiera servir de antecedentes y justificación para los trámites presupuestales a cargo del Departamento*, trámites presupuestales para los cuales fueron solicitados estos estudios y diseños por parte del Departamento en **mayo 29 y julio 31 de 2012**, luego ya la Gobernación de Magdalena, previo a la suscripción de este acuerdo de voluntades para el 12 de septiembre de 2012, tenía conocimiento de los estudios y diseños existentes en la vía, que datan de los años 2008 y 2009, de ahí que el señor LUIS MIGUEL COTES HABEYCH, Gobernador del Departamento, solicitara el **28 de agosto de 2012**, aunar esfuerzos para celebrar este convenio interadministrativo con el fin de invertir recursos de regalías y así intervenir el tramo Salamina – Palermo en el territorio a su cargo.

Ahora bien, en cuanto a las obligaciones que le asistía al Departamento del Magdalena, contenidas en la cláusula novena del convenio 649 de 2013, se destacan:

“(…). 4. **Obtener de manera previa a la contratación de las obras, los diseños, planos, estudios**, permisos de explotación de carreteras o de intervención que se requieran, así como los demás documentos técnicos y autorizaciones y licencias ambientales necesarias para el adecuado desarrollo del objeto del convenio. (...). 8. **Adelantar bajo su exclusiva responsabilidad el proceso de selección por Licitación Pública, de conformidad con lo establecido en la Ley 80 de 1993**, Ley 1150 de 2007 y el Decreto Reglamentario 734 de 2012. (...) 11. Suministrar al contratista la información disponible para el cumplimiento y

170



desarrollo del objeto contratado, incluyendo las normas y especificaciones generales para la construcción de carreteras del Instituto Nacional de Vías año 2007 junto con sus actualizaciones y modificaciones, las cuales serán de obligatorio cumplimiento. (...) PARAGRAFO: Cualquier reclamación judicial o extrajudicial que se llegare a presentar con ocasión del proceso de selección del contratista de obra que se adelante en el marco del presente convenio, o frente a la ejecución de las actividades correspondientes, será responsabilidad exclusiva del DEPARTAMENTO” (Negritas fuera del texto original)

Estas obligaciones se encuentran en consonancia con lo definido en los párrafos, tercero y cuarto de la cláusula primera, objeto del contrato:

“PARÁGRAFO TERCERO: Las obras que se van a ejecutar deben cumplir las normas y especificaciones generales para construcción de carreteras del INSTITUTO año 2007 junto con sus correspondientes modificaciones y actualizaciones. PARÁGRAFO CUARTO: Para el cumplimiento del objeto del presente convenio, EL DEPARTAMENTO deberá: 1) Invertir integralmente los recursos objeto del presente convenio, contratando las obras requeridas a través de licitación pública, de conformidad con el presupuesto del proyecto, la vigencia de los recursos y lo establecido en la Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007 y su Decreto Reglamentario 734 de 2012, así como las demás normas complementarias. 2) Contar de manera previa al inicio de las obras con todos los permisos, trámites, licencias y autorizaciones requeridas en materia predial, social y ambiental con cargo a los recursos del convenio.”

Por su parte para el INVIAS le fueron definidas sus obligaciones en la cláusula octava, entre las que tenemos:

“(…). 3. Apoyar técnicamente al DEPARTAMENTO en las cuestiones que demande para la correcta contratación de las obras objeto del presente convenio, **suministrando igualmente los diseños Fase III con que cuenta, según comunicación DT-ATL-37236.** (...) 5. Poner a disposición del DEPARTAMENTO las normas y especificaciones generales para construcción de carreteras del Instituto Nacional de Vías 2007, junto con las modificaciones y actualizaciones que hubiere sufrido, las cuales servirán de referencia para la construcción de las obras requeridas. 6. Ejercer la supervisión administrativa del convenio a través del Director Territorial – Atlántico o quien éste designe. 7. **Apoyar al DEPARTAMENTO en caso de requerirlo en las cuestiones técnicas que puedan surgir durante el desarrollo del convenio, previa solicitud del mismo.** (...) 9. Adelantar con cargo a los recursos del Convenio y de manera concertada con el DEPARTAMENTO el proceso de contratación de la interventoría técnica, administrativa, financiera y ambiental del contrato de obra, asumiendo su valor de manera integral a partir del año 2014. (...)”. (Negritas fuera del texto original).



Otro elemento probatorio que permite en este momento procesal señalar que el proyecto del corredor vial fue llevado a cabo por la Gobernación de Magdalena, bajo el gobierno del doctor LUIS COTES, durante el periodo 2012-2015, con una deficiente planeación, es lo atinente a lo establecido en el modificadorio 3 al convenio 649 de 2013 a través del cual la doctora ROSA COTES, Gobernadora del Magdalena, para el periodo 2016-2019 se comprometió el **28 de diciembre de 2016** a llevar a cabo la regularización de la ejecución del contrato de obra No. 617 del 4 de octubre de 2017, atendiendo las observaciones, contenidas en la cláusula segunda de este acuerdo que modifica la cláusula novena del convenio 649 de 2013, de las cuales se destacan los literales c) y d) relacionados con la necesidad de llevar a cabo y finalizar los estudios y diseños necesarios para la ejecución de la obra objeto del contrato 617 del 4 de octubre de 2013.

- c) “El DEPARTAMENTO como entidad contratante tendrá hasta el 31 de enero de 2017 para terminar las gestiones necesarias para definir la metodología **para que puedan llevarse a cabo la totalidad de los estudios y diseños necesarios** del contrato derivado No. 617 del 4 de octubre de 2017 (numeración del departamento)” (Negritas fuera del texto original)
- d) “El DEPARTAMENTO realizará todas las gestiones requeridas **para finalizar los estudios necesarios para la ejecución del contrato** derivado No. 617 del 4 de octubre de 2013 (numeración del departamento)” (Negritas fuera del texto original)

Obligaciones que precisamente fueron anotadas, de manera expresa, en un modificadorio como parte integral del convenio específico de cooperación 649 de 2013, dado que una obra de la importancia pretendida para ser ejecutada en un plazo de 35 meses, cuyo conteo real inicio en diciembre del 2014 y finalizaría en noviembre de 2017, aún para el año 2016 pende de estudios y diseños para su cabal ejecución, situación que a todas luces raya con la debida planeación exigida para la contratación administrativa y la obra pública.

Así las cosas, revisadas y analizadas en conjunto las obligaciones de las partes, no se evidencia que por parte del INVIAS además de entregar los diseños fase III “*con que cuenta*”, le correspondiera asumir la planeación contractual y la licitación de obra acorde con los principios y postulados definidos en el Estatuto de Contratación Pública, **aspecto que si claramente se haya definido para el Departamento del Magdalena.**

De igual manera y en el material probatorio no se encuentra documentación alguna de la Gobernación de Magdalena en la cual se solicite al INVIAS apoyo técnico en cuanto a la definición, ajustes, actualización u otro tema asociado a los estudios y diseños, o indagar por los cambios que éstos podían requerir luego de la ola invernal.

172

IUS E-2017-519707 /IUC-D-2017-956399
Auto: Fallo de primera instancia-30-09-2020
Caso: Proyecto Vía La Prosperidad – Gobernación de Magdalena
CJOM/OLSC



- 5.4. **PRUEBAS DE LA DEFICIENCIA TÉCNICA EN LA PLANEACIÓN DEL PROCESO CONSTRUCTIVO PARA EL PROYECTO DE INVERSIÓN E INFRAESTRUCTURA CONOCIDO COMO VÍA DE LA PROSPERIDAD Y LA CONTRATACIÓN DE LA OBRA CON UN PRESUPUESTO DEFINITIVO DESFASADO Y SIN SUSTENTO EN EL QUE SE MODIFICARON LAS ESPECIFICACIONES DEL MATERIAL QUE SE PROPONÍA UTILIZAR PARA LA CONSTRUCCIÓN DE LOS TERRAPLENES EN EL TRAMO PALERMO – SITIO NUEVO DE AFIRMADO A TERRAPLÉN; SIN AJUSTAR EL ÍTEM DEL TRANSPORTE DEL MATERIAL; SIN CONSIDERAR EL FENÓMENO DE LA OLA INVERNAL QUE GENERÓ UN MAYOR AUMENTO EN LA ALTURA Y VOLUMEN DE LOS TERRAPLENES, ASÍ COMO SIN CONSIDERAR QUE LAS FUENTES DE MATERIALES EXISTENTES CUMPLIERAN CON LAS ESPECIFICACIONES TÉCNICAS Y CONDICIONES LEGALES.**

Corresponde validar si acorde con el material probatorio recaudado el proyecto para el mejoramiento de la vía Palermo, Sitio Nuevo Remolino, Guáimaro en el Departamento del Magdalena - vía de la prosperidad - se adelantó y ejecutó con debilidades en la definición de fuentes de materiales aptas y viables para el suministro de insumos para la obra; de las distancias de éstas al centro de gravedad de la obra; de los costos para la actividad de transporte de terraplén, y de ser así cuál fue la incidencia en el presupuesto y tiempo y alcance del programa de inversión.

5.4.1. Pruebas indicativas que las especificaciones de los materiales de los estudios y diseños iniciales fueron modificadas en la licitación pública presentada por la gobernación de Magdalena, situación que incidió negativamente en los costos del transporte.

Analizado el informe técnico en conjunto con los argumentos de la defensa y las respuestas finales dadas por el ingeniero civil comisionado para el apoyo técnico se colige que si bien es cierto el INVIAS aportó a la gobernación los estudios y diseños que tenía, los cuales datan de los años 2008 y 2009, provenientes de las consultorías con LA VIABILIDAD e INGEOCIM y éstos sirvieron de base para la licitación pública LP-DM-007-2012, también lo es que, del cotejo efectuado entre los elaborados por INGEOCIM LTDA con el presupuesto oficial **elaborado por la gobernación de Magdalena**, para el proceso de contratación aludido, **se presentaron cambios en las especificaciones de los materiales que incidieron en el programa de inversión del proyecto.**

Es así como en los estudios elaborados por INGEOCIM se proponía utilizar, específicamente en el tramo PALERMO – SITIO NUEVO³⁷, material de **AFIRMADO**, para la construcción de los TERRAPLENES, para el tramo de 22,8 kilómetros, en

³⁷ Folio 136 del anexo 12



una cantidad de 645.403 m³, que de acuerdo con la especificación de INVIAS (Artículo 300-07), el ítem de obra AFIRMADO incluye dentro de su forma de pago el transporte, sin embargo, de la revisión del cuadro de cantidades de obra y presupuesto de la licitación para el mismo tramo 1: Palermo – Sitio Nuevo³⁸ **se advierte que se cambió la especificación técnica de AFIRMADO, que incluye transporte, a TERRAPLÉN, que no incluye costo de transporte**, que aunque conserva aproximadamente la misma cantidad del material de Afirmado que era 645.403 m³, pues la cantidad de material de Terraplén sería 635.403,04, lo cierto es que ésta última no incluía costos de transporte, como si lo tenía previsto para la especificación de material de afirmado, **situación que hace que se tenga que pagar el transporte por separado, con cargo al presupuesto de la obra, y concretamente en el Ítem TRANSPORTE DE MATERIALES.**

Ahora bien conforme en el cuadro de cantidades y precios del tramo PALERMO-SITIO NUEVO, se registra el ítem TRANSPORTE DE MATERIALES en una cantidad de 365.688,57 M³-KM³⁹, lo que indica que la distancia aproximada de la cantera a la obra, para ese tramo, es de **0.443 KM⁴⁰**, en tanto que, haciendo el mismo ejercicio, y considerando todo el proyecto PALERMO – SITIO NUEVO – REMOLINO – GUÁIMARO, en una longitud de 52,6 km, según datos de la licitación y del presupuesto de lo contratado⁴¹, se halla que la distancia del transporte del material de terraplén de la (s) cantera (s) al eje del proyecto es de **12 KM⁴²**, esto por cuanto el material previsto por el consultor INGEOCIM para conformar el material de terraplén con AFIRMADO estaba en el entorno de la obra, también conocido como material de préstamo lateral, es decir que aquel que se extrae del lado la vía.

De la documentación de la licitación pública, ni de los estudios y diseños base para el proceso contractual, ni de los informes, dictámenes y conceptos técnicos, o de algún otro medio probatorio allegado al proceso, **se advierten estudios que señalen que el material de préstamo lateral previsto inicialmente para la conformación de los terraplenes no sea el adecuado, o no cumpla con las especificaciones INVIAS o tenga alguna restricción para su uso o exista otra razón para que se haya cambiado por material de terraplén, así como tampoco se encontró justificación alguna para que el presupuesto de la licitación pública determinara que una vez cambiadas las especificaciones de este material no se considerara incluir o ajustar el ítem de transporte de material pues según las especificaciones del INVIAS no lo incluía, toda vez que el previsto era para una distancia más corta de donde se esperaba obtener material de afirmado y no terraplén.**

³⁸ Folio 140 del anexo 12

³⁹ ver folio 140 del anexo 12 y cuadro 1 del informe técnico.

⁴⁰ $365.688,57 \text{ M}^3\text{-KM} / (635.403,04 \text{ M}^3) = (0,576 \text{ KM}) / 1.340 = 0,443 \text{ KM}$

⁴¹ – folio 137 del anexo 12)

⁴² $(14.067.696,80 \text{ M}^3\text{-KM}) / (900.170,69 \text{ M}^3) = (15,63 \text{ KM}) / 1.3 = 12 \text{ KM}$.



Téngase como parte de lo dicho la declaración del ingeniero civil y experto consultor ALFONSO TIQUE ANDRADE quien elaboró el concepto técnico allegado al expediente por parte de la Sociedad Colombiana de Ingenieros:

"Cuando inicia el contrato, el hecho de cambiar la especificación de afirmado a terraplén cambio todo, con lo afirmado no tendría que preocuparme por fuentes de materiales, y de acuerdo a estudios iniciales se puede sacar una distancia como de 16 km y eso da a entender que el afirmado lo sacarían de un préstamo lateral de material o de una fuente cercana que no fue la realidad al momento de ejecutar la obra. La interventoría dice que con base en las canteras establecidas en los anexos de los diseños fase 3 y según reconocimiento físico de las mismas se concluye que las canteras que tiene el material que cumple especificación del invias para terraplén son las que se encuentran en la zona de arroyo de piedra.

Cuando se cambia de afirmado a terraplén la preocupación es buscar una cantera que cumpla las especificaciones de terraplén. Los estudios establecían que el terraplén se construiría con material de afirmado. Los documentos de licitación y el contrato de obra suscrito cambió de afirmado a terraplén, en lugar del ítem de afirmado al ítem de terraplén, eso no está documentado por qué se hizo ese cambio; y al haber hecho ese cambio originó que al poner terraplén la especificación del invias establece que hay que pagar el transporte de ese material de ese terraplén, por aparte.

PREGUNTADO. CUAL COMPONENTE DE LOS ESTUDIOS Y DISEÑOS INDICA QUE EL MATERIAL DE TERRAPLEN CORRESPONDIA A AFIRMADO? CONTESTÓ: El de INGEOCIM, que fue el que hizo los estudios de Palermo sitio nuevo y ahí contempla que para completar el terraplén existente se debe utilizar el material que cumpla las especificaciones de afirmado. ¿CUAL DOCUMENTO INDICA QUE EL MATERIAL DE TERRAPLEN CORRESPONDIA A TERRAPLEN? Eso se encuentra en el documento del pliego de la licitación y el contrato, en las cantidades de obra y presupuesto del pliego de la licitación. (Negritas y subrayado fuera del texto original)

Lo expuesto también fue explicado, en otros términos:

Además, los documentos de los estudios iniciales contemplaban que se utilizara material de afirmado para completar los terraplenes existentes que soportaban la vía y, la licitación se hizo utilizando el ítem de terraplenes en remplazo de afirmado. Las especificaciones del INVIAS 2007 para el ítem de terraplén contempla además el ítem de transporte del material para el terraplén que debe ser reconocido por aparte. El ítem de afirmado dice cuáles son las actividades que van desde el suministro de material, el transporte de ese material, la

175



colocación y la compactación y cuando se abre la licitación el ítem de afirmado no aparece y aparece el ítem de terraplenes, y en las especificaciones del invias, cuando se trata de terraplenes ese comprende 2 ítems, uno que es el material propiamente dicho, y dos el transporte de ese material (en este caso desde la fuente de material que haya sido aprobada por la interventoría hasta el centro de gravedad del tramo donde se está trabajando).

Y nuevamente reiterado en su segunda declaración en fase de juzgamiento durante la practica de pruebas de descargos, así:

INGENIERO ALFONSO TIQUE ANDRADE: “No. Yo aquí no puedo decir porque primero, esto lo hice hace 2 años entonces no tengo en la mente la definición exacta de cómo es que dice en el pliego pero, no se necesita mucho esfuerzo para entender que le dijeron “*actualización de los estudios del 2008-2009*” (Sic) ¿Para qué los actualizaban? Porque lo que querían era que la carretera que se estaba rehabilitando, se hiciera teniendo en cuenta los resultados de esa actualización y si salieron que había que ajustar el diseño que iban a presentar los que contrataron, pues ya tenía que ser un diseño para que la carretera cumpliera los objetivos que se quería”.

APODERADO SUPLENTE ANDRÉS CÁRDENAS BONILLA: “Perfecto. Entonces le pregunto. ¿Usted cataloga estas diferencias entre el 2008-2009 con la realidad en 2013-2015 que es donde se empieza la obra, como unas diferencias grandes o pequeñas?”.

INGENIERO ALFONSO TIQUE ANDRADE: “En este caso, Grandes”.

APODERADO SUPLENTE ANDRÉS CÁRDENAS BONILLA: “Listo grandes. ¿Cuantificable más o menos en cuanto?”.

INGENIERO ALFONSO TIQUE ANDRADE: “Esta dicho acá que, si usted contrata 56km, creo que es todo el tramo y lo contrata por, *EL DECLARANTE MIRA SUS APUNTES* es decir, si usted hace un contrato de 432.010 millones para ejecutar 52 km y cuando se hace el corte de obra en abril, ya lo que se había hecho tenía creo que, por acá creo que está escrito en alguna parte. Si me permite doctora lo busco y lo leo porque me parece que es un tema importante.”.

AG24 OLGA LILIANA SUAREZ COLMENARES PROCURADURIA PRIMERA DELEGADA PARA LA CONTRATACIÓN ESTATAL: “Bien”.

INGENIERO ALFONSO TIQUE ANDRADE: “Acá dice en la página 10. “*En resumen, existe un error en el análisis de cambio de especificación en donde la Gobernación de Magdalena, no previó lo que es cambiar el ítem de la especificación de*

176



Afirmado a la especificación de Terraplenes, para el tramo Palermo – Sitio Nuevo, tenía una implicación en el aumento de cantidad de obra en el ítem de transporte y sólo se consideró la cantidad inicial de los estudios de 365.688.37 Metros cúbicos kilómetros versus 119.516.753.67 Metros cúbicos kilómetros, estimados para construir los terraplenes al finalizar el tramo en ejecución de 1778” (Sic) entonces la diferencia es grandísima ¿no? Porque el valor, la cantidad estimada era para construir todo el tramo de la carretera y si solamente en esto ya estaba desbordado pues, ahí se nota que había un cambio completo”.

Agréguese lo explicado por el ingeniero Vladimir Cardona, director técnico del proyecto de interventoría señaló (folios 1424-1443)

PREGUNTADO. QUE ACTUACIONES ADELANTÓ LA INTERVENTORIA PARA MINIMIZAR EL IMPACTO PRODUCIDO POR EL ESTADO DE DESACTUALIZACION DE LOS ESTUDIOS Y DISEÑOS. CONTESTÓ. La desactualización de los estudios y diseños generó principalmente impactó en la cantidad de material de terraplén y su transporte, adicional a ello las canteras propuestas en los estudios y diseños originales se encontraba desactualizada y la información para su análisis era insuficiente. La interventoría dentro de sus funciones revisó cada una de las fuentes de materiales propuestas en los diseños tanto de INGEOCIM como de LA VIABILIDAD, revisó y verificó en campo, encontrando que estas presentaban deficiencias en las calidad de material, agotamiento de producto por la explotación entre el 2008 y el tiempo de la licitación y algunas no se encontraban licenciadas ambientalmente, sin embargo a ello, la interventoría considerando que el proyecto se encontraba mas cercano al atlántico que al magdalena tomó como referencia un documento que aportaba la corporación ambiental donde listaba las fuentes de material del atlántico que se encontraban licenciadas ambientalmente, de ese análisis que hizo adicional la interventoría pudo concluir que las fuentes ubicadas en el sector arroyo de piedra en Luruaco Atlántico son las que cumplían en su momento con los requerimientos técnicos y legales que podían ser utilizadas para el proyecto, y que la cantera arroyo de piedra fueron propuestas dentro de los estudios de ingeocim y la viabilidad; de eso también hago una observación y es que dentro del análisis que hizo la interventoría de las fuentes de material ubicadas en el Atlántico pudo detectar que existían una fuente de material que cumplía los requerimientos técnicos y ambientales para ser usadas dentro del proyecto que se llamó Rancho Alegre, sin embargo esa cantera no podía ser utilizada por el contratista debido a que el Departamento del Atlántico tenía restricción de carga en las vías departamentales donde solo permitía transportar por eje sencillo 11 toneladas, adicional a lo anterior los vehículos de carga debían atravesar el casco urbano de Sabana Larga Atlántico, situación que no iba a ser permitida por las autoridades municipales por el deterioro de su infraestructura, como complemento a eso se aclara que la afectación de las cantidades de transporte de material de terraplén obedecieron

177

IUS E-2017-519707 /IUC-D-2017-956399
Auto: Fallo de primera instancia-30-09-2020
Caso: Proyecto Vía La Prosperidad – Gobernación de Magdalena
CJOM/OLSC



básicamente al aumento de las cantidades material de terraplén por las máximas crecientes del 2010 y su transporte y a errores en la estructuración del presupuesto para las cantidades de transporte de terraplén del tramo sitio nuevo Palermo, esto quiere decir que durante la elaboración de los diseños por parte de la firma ingeocim para el tramo sitio nuevo Palermo se consideró la utilización de material de afirmado para la construcción de terraplén cuya especificación dentro del precio unitario se incluye el transporte, el material y la instalación, una vez unificadas las cantidades de terraplén para el tramo sitio nuevo Palermo y guáimaro sitio nuevo se deduce que se excluyó el transporte para el tramo sitio nuevo Palermo, situación esta que impacto el contrato por errores en la estructuración por un valor de 63 mil millones de pesos aproximadamente.

PREGUNTADO. QUE ES EL ITEM DE AFIRMADO. CONTESTÓ. Según especificación de invias es un material que presenta una condición geomecánica, es un material que se utiliza para mejorar vías de orden terciario o secundario con características de agregado grueso pero con niveles de plasticidad alto, según especificación del invias este precio unitario debe incluir el material, su extendida y compactación, el transporte a la obra y mano de obra para la colocación, dentro del mismo análisis unitario se debe considerar todo eso. Mientras tanto el material de terraplén tiene por separado el material la colocación y su transporte, para poder ejecutar el terraplén, debe utilizar 3 items, el material, el terraplén que es la colocación, y el transporte. **Para el tramo sitio nuevo Palermo en los diseños elaborados por la firma ingeocim se consideró realizar el mejoramiento del carreteable existente con el ítem afirmado, sin embargo al momento de la elaboración del presupuesto para la licitación el ítem de afirmado fue modificado por el ítem del terraplén pero al cual no se le incluyó ni el material ni el transporte, nosotros recibimos ya los estudios con unos presupuestos, ya habíamos dicho que eso generó un desfase en el presupuesto de 63 mil millones de pesos y por ende afectaba la meta física del contrato.** (negritas fuera del texto original)

Concomitante con lo expuesto también debe acotarse que al definirse el presupuesto de la licitación pública adelantada por la Gobernación de Magdalena, con el cambio de especificaciones del material de terraplén de afirmado a terraplén, además de la inclusión del costo del transporte, también había que considerarse que éste debe provenir de canteras certificadas con su título minero, licencia ambiental de la CRA y que cumpla las especificaciones técnicas de INVIAS, **situación que hacía revisar y analizar las fuentes de materiales o canteras disponibles, no las definidas en los años 2008 o 2009 con las consultorías ya referidas, sino que las que existieran para el momento de la licitación pública, años 2012 y 2013, fueran viables jurídica y materialmente**, es decir que contarán con todos los permisos y licencias ambientales requeridos, y a su vez produjeran el material demandado acorde con las especificaciones técnicas del INVIAS para la construcción de terraplenes.

178

IUS E-2017-519707 /IUC-D-2017-956399
Auto: Fallo de primera instancia-30-09-2020
Caso: Proyecto Vía La Prosperidad – Gobernación de Magdalena
CJOM/OLSC



Quiere decir lo anterior que en una obra de infraestructura, e incluso cualquier obra por sencilla que sea, el cambio de especificaciones de materiales no debe ser una cuestión numérica para poner una cifra similar a la existente, y menos en una obra de tal envergadura en la cual, además, la gobernación de Magdalena, **no consideró, en el presupuesto definitivo de la licitación pública, la magnitud adecuada del transporte del material con ocasión de la modificación del material de afirmado a terraplén.**

Otro aspecto que se debe destacar corresponde a las FUENTES DE MATERIALES O CANTERAS, **pues en atención a que la gobernación de Magdalena dispuso que el material fuera de terraplén y no afirmado, exigía establecer las canteras más próximas al centro de gravedad del proyecto.**

De la revisión que se hizo de los documentos allegados al expediente en el denominado “**ESTUDIOS PREVIOS MODULO 3**”, se encuentra la información correspondiente a LAS FUENTES DE MATERIALES (CANTERAS), en los siguientes términos⁴³: “*Los estudios previos realizados indican que las canteras mas próximas al proyecto se encuentran en la zona de influencia de Puerto Colombia, en la vía Lomita de Arena – Barranquilla (para afirmado) y del sector de Arroyo de Piedra para sub – base, base y mezcla asfáltica. El recorrido desde las canteras de Puerto Colombia al sitio de las obras es de aproximadamente 50 km; desde las canteras de Arroyo de Piedra **y alrededores, 100 Km.** En todo caso, es responsabilidad del proponente corroborar todas las condiciones necesarias para su adecuada utilización (distancia, cumplimiento de especificaciones, licenciamiento ambiental, etc.)”.* y mas adelante agrega que “*se reitera que es responsabilidad del proponente corroborar todas las condiciones necesarias para la adecuada utilización de canteras (distancia, cumplimiento de especificaciones, licenciamiento ambiental, etc)*”

Significa lo anterior que en efecto **en los estudios iniciales entregados por el INVIAS a la gobernación de Magdalena se definía la existencia de canteras a 50 Km en la zona de influencia de Puerto Colombia y a 100 Km en Arroyo de Piedra y alrededores, siendo ésta la última que se utilizó en el proyecto, empero ello no significa per se que las mismas tenían desde el 2008 y 2009 (periodo de la consultoria de diseños) la capacidad, área disponible, certificación ambiental necesaria definir su aptitud legal y física para ser utilizadas en a partir de los años 2012 y 2013** (periodo de la licitación pública, bastaba hacer el ejercicio de validación que hizo el ingeniero especialista que rindió el informe técnico u ordenar que se hiciera, o al menos indagar o preguntar si se había efectuado. **Además el consultor fue claro en señalar que correspondía corroborar y verificar todas las condiciones necesarias para su adecuada utilización (distancia, cumplimiento de especificaciones, licenciamiento ambiental, etc.**

Así las cosas la deficiencia en la planeación, la falta al deber objetivo de cuidado, el empleo de mínimas disposiciones de cuidado y verificación que conllevó a que de

⁴³ Folio 202 del cuaderno 1. Documento ESTUDIOS PREVIOS MODULO 3, dentro del CD 2. – Informe de marzo de 2008.



entrada, sin el más mínimo análisis, se considerara un volumen de terraplén que de paso no incluyó el transporte en la magnitud razonable, lo que generó entre otros el desfase en las cantidades de acarreo para el material de terraplén en el tramo Palermo-Sitio nuevo; situación está que implicó hacer modificaciones entre otros al ítem TRANSPORTE DE MATERIALES, conociéndose que a octubre 1 de 2017 se suscribió el acta MODIFICATIVA nro. 6⁴⁴, presentando una variación en la cantidad inicial de 14.067.696,80 a \$123.096.347, es decir, una diferencia de 109.028.650,20 M3-Km, que de acuerdo al valor del precio unitario establecido en \$1.025 para el ítem 900.2 - Transporte de materiales provenientes de la excavación, canales y préstamos para distancias mayores de mil metros (1.000 M), **incrementó el valor del contrato en la suma de \$111.754.366.455**; valor que se obtuvo al hacer los ajustes en cantidades de obra (disminución y aumento en las cantidades de obra de algunos de los ítems y la eliminación de otros ítems) de los ítems contractuales y de las actas modificatorias nros. 5 y 6; lo que también incidió, junto con el aumento de la cota corona de terraplenes⁴⁵ en la **disminución del alcance del proyecto, al pasar de 52,6 kilómetros a 26,013 Km**⁴⁶.

De otra parte, y atendiendo los argumentos de defensa por parte del apoderado, el informe técnico dio respuesta a las solicitudes presentadas. En consecuencia para el caso del TRANSPORTE DE MATERIAL DE RAJON aclara que "... dada las dificultades para la explotación del material y la no continuidad en el suministro del mismo, es razonable y coherente establecer que no se configura un indebido mayor valor pagado al contratista", sin embargo no ocurre lo mismo respecto del TRANSPORTE DE MATERIAL DE TERRAPLEN pues el ingeniero civil comisionado por la DNIE-PGN, luego de hacer un recuento sobre los aspectos tenidos en cuenta para emitir su informe, finaliza señalando que: *"De otro lado, respecto al tema de la imposibilidad jurídica de suministrar y transportar material de terraplén desde la cantera LA FONTANA, el suscrito no se pronuncia en razón a que corresponde a un tema que escapa de mi especialidad."*

En efecto le asiste razón al apoderado al considerar que material y realmente, desde el mes de Julio de 2015 hasta el mes de febrero de 2016, era física y jurídicamente imposible suministrar y transportar material de terraplén desde la cantera LA FONTANA

El consultor y experto Alfonso Tique Andrade, hizo la siguiente declaración en repuesta a la preguntad formulada por el apoderado:

PREGUNTADO. YA NOS HABLÓ DE ACCIONES TENDIENTES A LOCALIZAR FUENTES DE MATERIALES QUE CUMPLIERAN CON LAS ESPECIFICACIONES PARA LA OBTENCION DE MATERIAL DE TERRAPLEN. DESDE EL PUNTO DE VISTA SUYO Y SU EXPERIENCIA, SE PUDO HABER OBTENIDO MATERIAL PARA LA OBRA DE

⁴⁴ Folio 133 del anexo 12. – Documento dentro del CD, y del folio 148 a 151 del anexo 12 – anexo técnico nro. 3 - DNIE.

⁴⁵ Generado por la actualización de los niveles máximos de inundación del río Magdalena ocasionado por las crecientes de los años 2010 y 2011, generando aumento en la cantidad del material de terraplén y por lo tanto el transporte en M3-KM de dicho material.

⁴⁶ Este cuadro se expuso en el informe técnico de julio 28 de 2017, cuando se conocía del acta modificativa nro. 5 – folio 259 del cuaderno 1.



CANTERAS QUE NO CUMPLIERAN CON LAS ESPECIFICACIONES Y NO ESTUVIERAN LICENCIADAS? QUE HUBIERA PASADO? CONTESTÓ. Legal y técnicamente no era posible extraer material de fuentes que no cumplieran. Ya lo había dicho que debía cumplir con aspectos ambientales, mineros y especificaciones del INVIAS. Si no hay fuente de materiales con esos aspectos, no se puede, y si se utiliza un material que no cumpla con las especificaciones técnicas, habría una falla de la interventoría en aceptarlas y correría con el riesgo que fallara la estructura de la carretera.

PREGUNTADO. DENTRO DE LOS DOCUMENTOS QUE REVISÓ EN SU ESTUDIO SE PONE DE PRESENTE QUE LA CANTERA LA FONTANA OBTUVO LICENCIA AMBIENTAL DESDE EL AÑO 2016? CONTESTÓ. No tengo la fecha de que estaba aprobada, no la recuerdo, me limité a decir que fue aprobada desde mayo de 2016, primero con una proporción de mezcla y luego utilizando la misma cantera de rancho alegre, me imagino que desde la misma cantera se utilizó primero una proporción y luego pudieron cambiar esa proporción de mezcla, pero específicamente no le puedo decir si estaba aprobada esa mezcla. **Lo que quiero decir es que la cantera de la Fontana fue aprobada desde mayo de 2016 para utilizar mezclándola con material de la cantera de rancho alegre, primero con una proporción de mezcla y luego se modificó.**

Por ende no sería procedente tener en consideración el **cuadro A⁴⁷** del informe en el que se hace una comparación global del transporte de material de terraplén teniendo en cuenta las fuentes de materiales de (i) Arroyo de Piedra (La Unión) a 82 km de Palermo y (ii) La Fontana a 53 km de Palermo, con una diferencia de distancia de 29 km, y para los periodos de julio de 2015 a febrero de 2016, acorde con las actas de obra 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9 y 10, y cuyo análisis **generó una diferencia en costo de material de terraplén con relación a la cantera más cercana a Palermo (La Fontana) de \$7.432.687.025,40** (incluido el AIU 30%), así como tampoco el **cuadro B⁴⁸** en el que se hace una comparación global del transporte de material de terraplén teniendo en cuenta las fuentes de materiales de (i) Rancho Alegre a 68 km de Palermo y (ii) La Fontana a 53 km de Palermo, con una diferencia de distancia de 29 km, con una diferencia de distancia de 15 km, y para los periodos de octubre de 2015 a febrero de 2016, acorde con las actas de obra 6, 7, 8, 9 y 10, cuyo análisis **generó una diferencia en costo de material de terraplén con relación a la cantera más cercana a Palermo (La Fontana) de \$2.371.605.419,63** (incluido el AIU 30%), **sino parcialmente el cuadro C⁴⁹.**

El denominado **cuadro C** del informe hace una comparación global del transporte de material de terraplén teniendo en cuenta las fuentes de materiales de (i) Transporte multimodal Arroyo Hondo – Puerto Giraldo (Terrestre 27 km) + fluvial (40

⁴⁷ Folio 217 c.a. 12

⁴⁸ Folio 217 c.a. 12

⁴⁹ Folio 218 c.a. 12



km, río Magdalena): 67 km y (ii) La Fontana a 53 km de Palermo, con una diferencia de distancia de 14 km, y para los periodos de enero de 2016 a junio de 2016, acorde con las actas de obra 9, 10, 11, 12 y 14, cuyo análisis **generó una diferencia en costo de material de terraplén con relación a la cantera más cercana a Palermo (La Fontana) de \$1.850.281.587,00** (incluido el AIU 30%).

Así que acorde con la posición del apoderado, sustentada legalmente a través de los diferentes actos administrativos expedidos por la Corporación Autónoma Regional Atlántico C.R.A especialmente la Resolución No. 721 del 20 de octubre de 2015 notificada el 15 de febrero de 2016, la CANTERA KDD-15261 EN EL MUNICIPIO DE TUBARÁ ATLÁNTICO (CANTERA LA FONTANA **se podía empezar a disponer de ella, material y jurídicamente a partir de marzo de 2016.**

De manera que el análisis a partir de marzo de 2016 sería el siguiente y por ende el cuadro C una vez modificado correspondería al siguiente:

CUADRO C: COMPARACIÓN GLOBAL DEL TRANSPORTE DE MATERIAL DE TERRAPLÉN - VIA TERRESTRE + FLUVIAL										
CANTERA UTILIZADA VS. CANTERA MÁS CERCANA										
DISTRANCIA FUENTES DE MATERIALES										
TRANSPORTE MULTIMODAL ARROYO HONDO - PUERTO GIRALDO (TERRESTRE: 27 KM) + FLUVIAL (40 KM. RÍO MAGDALENA): 67 KILÓMETROS										
LA FONTANA: 53 KILÓMETROS A PALERMO										
DIFERENCIA EN DISTRANCIA: 14 KILÓMETROS.										
No. ACTA	MES	VOLUMEN	DISTRANCIA MULTIMODAL ARROYO HONDO PALERMO	TRANSPORTE MK-KM	PRECIO UNITARIO	VALOR PARCIAL	DISTRANCIA LA FONTANA PALERMO	TRANSPORTE MK-KM	PRECIO UNITARIO	VALOR PARCIAL
11	mar-16	37.829,60	27	1.021.399,20	\$ 1.025,00	\$ 1.046.934.180,00	53	2.004.968,80	\$ 1.025,00	\$ 2.055.093.020,00
		37.829,60	40	1.513.184,00	\$ 1.259,12	\$ 1.905.280.238,08				
12	abr-16	3.694,85	27	99.760,95	\$ 1.025,00	\$ 102.254.973,75	53	195.827,05	\$ 1.025,00	\$ 200.722.726,25
		3.694,85	40	147.794,00	\$ 1.259,12	\$ 186.090.381,28				
14	jun-16	8,32	27	224,64	\$ 1.025,00	\$ 230.256,00	53	440,96	\$ 1.025,00	\$ 451.984,00
		8,32	40	332,80	\$ 1.259,12	\$ 419.035,14				
	TOTAL	41.528,61	TOTAL	2.782.695,59	SUBTOTAL	\$ 3.240.790.029,11	TOTAL	2.201.236,81	SUBTOTAL	\$ 2.256.267.730,25
					A.I.U. (30%)	\$ 972.237.008,73			A.I.U. (30%)	\$ 676.880.319,08
						\$ 4.213.027.037,84				\$ 2.933.148.049,33
DIFERENCIA EN COSTO DE TRANSPORTE DE MATERIAL DE TERRAPLÉN CON RELACIÓN A LA CANTERA MÁS CERCANA A PALERMO:										\$ 1.279.878.988,52

En conclusión la DIFERENCIA TOTAL EN COSTO DE TRANSPORTE DEL MATERIAL DE TERRAPLEN CON RELACIÓN A LA CANTERA MÁS CERCANA A PALERMO", ascendería a la suma de que correspondería al valor que se hubiera dejado de reconocer al contratista por concepto de transporte de material de Terraplén, si se hubiera transportado desde la cantera LA FONTANA, una vez en firme la Resolución⁵⁰ No. 000379 de 1 de julio de 2015 (a partir del mes de marzo de 2016), que pasaría de de \$1.850.281.587 a **\$1.279.878.988,52**.

⁵⁰ Folio 133 del anexo 12. Documento dentro del CD.



Ahora bien, durante el debate probatorio suscitado en la fase de juzgamiento, la defensa ha sido enfática y reiterativa en señalar que, aunque la cantera La Fontana tenía viabilidad técnica y jurídica desde marzo de 2016, **el Despacho no puede tomar esta fecha de manera absoluta pues corresponde realizar una consideración adicional consistente en que esta cantera por sí sola no podía atender la totalidad de las especificaciones requeridas de los materiales en la forma definida por el INVIAS.**

En efecto así lo refirió el ingeniero ORLANDO SANTIAGO, en declaración rendida el 3 de diciembre de 2019, quien en virtud de su dictamen pericial conoció los documentos relacionados con las fuentes de materiales empleadas.

INGENIERO ORLANDO SANTIAGO CELIS: “Porque lo que se vio es que documentalmente ellos tenían primero unas fuentes de material previstas en los diseños, empezaron a revisar una a una esas fuentes de materiales y tenían problemas de orden técnico o de orden legal para ser explotadas las primeras con las que partieron el análisis, que eran las que estaban previstas en los diseños iniciales. Entonces lo que ambos equipos comenzaron a hacer fue hacer análisis de la zona para mirar cuales fuentes de materiales existían y empezar hacerle a cada una análisis técnicos y legales encontrando la primera cantera que es con la que empiezan el proyecto y de ahí para adelante se ve como esta primera cantera que es en Arroyo de Piedra y luego mientras que la empiezan a explotar y a hacer los primeros trabajos hacen las gestiones y se ven documentalmente de cerca de 35 canteras diferentes que fueron analizadas a lo largo de ese periodo, hasta que encuentran una que reducía el costo del transporte o sea, la distancia del transporte desde esa cantera hacia el proyecto, de tal manera que esa optimización es una optimización que incluso tenían que hacer un transporte fluvial para llevar los materiales, pero reducía la distancia y por lo tanto reducía el costo que se estaba generando por transportar. Siguen haciendo evaluaciones y ya es cuando la cantera La Fontana queda legalmente constituida y puede ser explotada y esa cantera reduce significativamente las distancias y con esas avanza el proyecto hasta mi dictamen. Entonces desde el punto de vista técnico y legal desde la legalidad, no desde el contrato sino desde la legalidad, es lo que tenían que hacer, verificar si las canteras que existían cumplían técnicamente y si se podían legalmente explotar. Entonces fue adecuada la gestión en términos de lo que se podía hacer en ese momento dentro del contrato”.

APODERADO SUPLENTE ANDRÉS CÁRDENAS BONILLA: “Perfecto. Y le pregunto. ¿Los materiales que se extraían de la cantera La Fontana por si sola cumplía los requerimientos y especificaciones de INVIAS o había que hacer una mezcla?”.

INGENIERO ORLANDO SANTIAGO CELIS: “Fue necesario hacer mezcla, o sea el material completo no cumplía totalmente desde el punto de vista técnico pero haciendo mezcla con la cantera anterior que es, no recuerdo el nombre, hacer una mezcla con esa ya le permitía cumplir técnicamente a La Fontana no sola, ella sola no lograba cumplir a cabalidad pero con la mezcla si se podía cumplir, entonces esa optimización de esa mezcla con la cantera Rancho Alegre ya lograba cumplir y esa mezcla disminuía los costos de transporte dentro del contrato”.



El ingeniero Juan Valentín Briceño en testimonio rendido el 28 de noviembre de 2019 atendió así el interrogatorio del apoderado suplente:

APODERADO SUPLENTE ANDRÉS CÁRDENAS BONILLA: “Perfecto. En ese trasegar desde la parte técnica ¿Ha tenido relación usted con el tema de La Fontana?”.

INGENIERO JUAN VALENTÍN BRICEÑO MARTÍNEZ: “Sí, le cuento que cuando llegué a ocupar este cargo de asesoría, ya se habían hecho diligencias pertinentes en cuanto a la cantera, porque estuvimos muy preocupados en un principio por conseguir canteras que minimizaran el costo que estaba teniendo el transporte del material y fue así como se estuvieron haciendo algunos hallazgos muy anterior a haber llegado, sobre algunas canteras y se encontró o se documenta que se encontró la cantera La Fontana inicialmente, pero no tenía un licenciamiento para ser explotada. Eso solamente se dio en el 2016 y fue cuando empezamos a trabajar con esta cantera, en combinación con otra que teníamos en Rancho Alegre en combinación de materiales, para poder llegar a las especificaciones de INVIAS y minimizar los costos estos de transporte de material y en tal sentido se consiguieron estos objetivos”.

APODERADO SUPLENTE ANDRÉS CÁRDENAS BONILLA: “¿La cantera de La Fontana por si sola cumple con las especificaciones del INVIAS para poder nutrir el proyecto en materiales?”.

INGENIERO JUAN VALENTÍN BRICEÑO MARTÍNEZ: “No, mediante estudios y ensayos del suelo hechos por la Interventoría y el contratista, no cumplía el material del terraplén de La Fontana para las especificaciones de INVIAS, por eso fue que se tuvo que utilizar otra cantera, para hacer una combinación que nos permitiera tener unas distancias menores y poder utilizar más el recurso. Pero en si la cantera La Fontana no cumplía las especificaciones de INVIAS”.

APODERADO SUPLENTE ANDRÉS CÁRDENAS BONILLA: “¿Conoce más o menos qué porcentajes de mezcla se tienen que hacer?”.

INGENIERO JUAN VALENTÍN BRICEÑO MARTÍNEZ: “No es que se conozcan, esos resultados los dan los análisis y dependiendo de la beta que se encuentre en la cantera. En esta oportunidad encontramos una beta diferente porque hacíamos análisis periódicos y fueron tres relaciones diferentes, que en cada una de ellas nos fue minimizando más la proporción y nos fueron dando a nosotros un mayor alcance de material, por los costos que se bajaban en la producción de la mezcla”.

El ingeniero JAVIER BUENDIA en testimonio del 14 de noviembre de 2019 manifestó que si bien es cierto la cantera inició legamente su funcionamiento en

184



marzo de 2016, como ya se ha acreditado en este proceso, lo cierto es que los materiales obtenidos de allí, por si solos no cumplían con las especificaciones técnicas requeridas por el INVIAS, por lo tanto, se requería de hacer mezclas con los extraídos de otras canteras.

APODERADO SUPLENTE ANDRÉS CÁRDENAS BONILLA: “Le pregunto otra cosa. ¿Los materiales que se extraen de la cantera La Fontana cumplen por si solos con los requerimientos de INVIAS con los requisitos de INVIAS?”.

INGENIERO JAVIER DIAZ BUENDIA: “Eso está establecido en múltiples documentos que nosotros le enviamos a la Interventoría donde le decimos que los materiales de la cantera La Fontana por si solos no cumplen como material de terraplén del proyecto”.

Esta situación hace que el despacho de manera objetiva e imparcial, y en atención a los postulados de los artículos 20, 129, 142 del CDU procede a revisar este hecho:

El testigo especializado en la materia y quien fungió como perito, el ingeniero ORLANDO CELY en declaración rendida el 4 de septiembre de 2018 también refirió que se requirió mezcla de materiales desde las canteras las Fontanas y Rancho Alegre, precisando que una magnitud normal cercana de la fuente de material al proyecto oscilaría alrededor de los 50 Km

PREGUNTADO. A FOLIO 22, NUMERAL 2 SE INDICAN LAS CANTIDADES DE TRANSPORTE PARA EL ITEM DE TERRAPLEN PREVISTAS DENTRO DE LA LICITACION FUERON MUY INFERIORES A LAS REALMENTE EJECUTADAS, EN DONDE LAS ORIGINALMENTE PREVISTAS ERAN MUY REDUCIDAS PARA UNAS CONDICIONES DEL PROYECTO NORMALES DENTRO DE LA ZONA DE EJECUCION. ¿A QUE SE REFIERE CON CONDICIONES DEL PROYECTO NORMALES? CONTESTÓ. En proyectos para esa zona se deben tener en cuenta las zonas de donde se pueden extraer los materiales para construcción de carreteras y las distancias que estaban incluidas dentro de la licitación eran inferiores a las distancias de esas posibles fuentes de materiales hasta el proyecto.

PREGUNTADO. PARA LA ZONA QUE ERA LO NORMAL? CONTESTÓ. No recuerdo bien si el orden de magnitud era cerca de los 30 km. Un orden de magnitud normal debería ser cercano a los 50 km desde el proyecto hasta una fuente de materiales.

PREGUNTADO. A NUMERAL SEGUIDO, 3, SE HACE RELACION A LAS CANTIDADES DE TRANSPORTE PARA ROCA PREVISTA DENTRO DE LA LICITACION, LAS CUALES SE INDICA ESTUVIERON POR ENCIMA DE LO REALMENTE EJECUTADO, SIENDO QUE SE TUVIERON MAYORES NECESIDADES DE ROCA DENTRO DEL TERRAPLEN AJUSTADO. SITUACION QUE EVIDENCIA, QUE CONTRARIO AL TERRAPLEN, LAS CANTIDADES UTILIZADAS FAVORECIERON LAS NECESIDADES DE GASTO EN TRANSPORTE PREVISTO ORIGINALMENTE. ¿LO ANTERIOR QUIERE DECIR QUE EN EL DISEÑO O LOS ESTUDIOS DE LA LICITACIÓN, LAS FUENTES DE ROCA DETERMINADAS ESTUVIERON MAL ESCOGIDAS? CONTESTÓ. No podría asegurar eso, lo que si se evidenció fue que del trabajo

185



desarrollado por el constructor y el interventor se encontraron fuentes de materiales mas cercanas de las previstas generando un ahorro para el proyecto.

PREGUNTADO. EN TERMINOS DE LA CONCEPCION DEL PROYECTO, RESPECTO DE LA ACTIVIDAD DE ESTUDIO DE FUENTES DE MATERIALES, CONSIDERA QUE FUE ADECUADO? CONTESTÓ. De la documentación revisada se encontraron evidencias de varias falencias en cuanto al estudio de fuentes realizado, por lo cual el constructor y el interventor adelantaron un análisis de fuentes de materiales actualizado.

PREGUNTADO. CUALES FUERON ESAS FALENCIAS? CONTESTÓ. Las falencias principalmente se referían a ensayos de los materiales presentes en esas fuentes de materiales que permitieran concluir el cumplimiento de normas técnicas de los mismos.

PREGUNTADO. QUIERE DECIR LA AUSENCIA DE TALES ENSAYOS? CONTESTÓ. Por lo revisado en la documentación si.

PREGUNTADO. EN VISTA DE LA FALENCIA REFERIDA CUÁL FUE EL PROCEDER DENTRO DEL CONTRATO POR PARTE DEL CONTRATISTA? CONTESTÓ. El proceder del contratista y de la interventoría fue adelantar análisis técnicos de los materiales en diferentes fuentes de materiales presentes en la zona.

PREGUNTADO. DE LO INDICADO EN SU INFORME, EN RELACION CON LOS PORCENTAJES DE MATERIAL UTILIZADO DE LA CANTERA LA FONTANA, A QUÉ CONSIDERA SE DEBIÓ EL APORTE DE LA MISMA, QUE LO LLEVO AL 87%? CONTESTÓ. La utilización de la mezcla de materiales de la cantera LA FONTANA (87%) y la cantera RANCHO ALEGRE (13%) obedeció a un diseño técnico del material que cumplía con las normas técnicas de construcción para construcción de terraplenes. Lo anterior teniendo en cuenta que el material para terraplén de la cantera La fontana no cumplía y era necesario mejorarlo con un porcentaje de material de la cantera Rancho Alegre.

PREGUNTADO. DE LO OBSERVADO A QUÉ SE DEBIÓ EL INCREMENTO DE LA CANTERA LA FONTANA ENTRE MARZO Y AGOSTO DE 2016? CONTESTÓ. Ese ajuste al diseño de mezcla obedeció a ensayos de laboratorio adicionales que hizo el constructor y el interventor, que les permitió optimizar el diseño de mezcla.

PREGUNTADO ERA PREVISIBLE HABER DISEÑADO TAL PROPORCION DE MEZCLAS (87% FONTANA, 13% RANCHO ALEGRE) DESDE MARZO DE 2016? CONTESTÓ. De la documentación revisada no me consta que hubieran podido hacer ese diseño desde marzo, lo que se vio fue que posterior a su inicio de implementación en marzo de 2016 se realizaron optimizaciones que permitieron ajustar el diseño de mezclas.

PREGUNTADO. EN SU CRITERIO Y EXPERTICIA PROFESIONAL RESULTABA VALIDO HABER UTILIZADO DESDE MARZO DE 2016 LA DOSIFICACION IMPLEMENTABA PARA AGOSTO DE 2016? CONTESTÓ. No tuve acceso a ensayos técnicos de laboratorio de ambas fuentes de materiales, por lo tanto no tendría argumentos para decir, que desde el inicio se podía haber inferido tal diseño de mezcla finalmente utilizado.



PREGUNTADO. EN SU CRITERIO PROFESIONAL, LAS MEZCLAS PARA VIAS, BASES, SUB BASES Y MATERIAL DE RELLENO PARA TERRAPLENES, SON SUSCEPTIBLES DE CAMBIO EN EL TIEMPO, PARA UNA MISMA CANTERA? CONTESTÓ. En general no, no son susceptibles de cambio. La situación aquí evidenciada en este caso específico fue una optimización con base en nuevos análisis técnicos adelantados por el constructor y el interventor.

PREGUNTADO. CUALES FUERON ESTOS NUEVOS ANALISIS TECNICOS? CONTESTÓ. Dentro del dictamen técnico no tuve acceso a esa información. Únicamente la evidencia de que se presentaron dichas optimizaciones.

PREGUNTADO. A FOLIO 29 SE HACE REFERENCIA A LA COMUNICACIÓN ADM-3795-2013-126 DEL 4 DE OCTUBRE DE 2017 Y SE RESALTA “Confirmando respecto de las fuentes de materiales que INGEOCIM Limitada no incluyó dentro de los estudios fase 3 para el tramo sitio nuevo – palermo ningún volumen de fuentes de material que suministrara información necesaria como caracterización geotécnica.” ¿EN SU CRITERIO QUE ASPECTOS CORRESPONDERIAN A LA CARACTERIZACION GEOTECNICA Y CUALES SERIAN DETERMINANTES EN EL ESTABLECIMIENTO DE LAS FUENTES DE MATERIALES? CONTESTÓ. Aclaro que esa cita hace parte del documento realizado por la interventoría, no por mí. La caracterización geotécnica requerida busca conocer el tipo de material que se presenta en cada una de las fuentes y la cantidad del mismo, características que permiten técnicamente analizar diferentes tipos de mezcla y conocer el cumplimiento de los mismos bajo el parámetro de normas técnicas.

PREGUNTADO. A FOLIO 31 SE PRESENTA CITA TEXTUAL DE LA COMUNICACIÓN ADM-INVIAS-3795-126-2013 DEL 4 DE OCTUBRE DE 2017 EN EL QUE SE HACE ALUSION POR PARTE DEL INTERVENTOR EN LA FORMULACION DE ALTERNATIVAS QUE PERMITIERAN MITIGAR LOS EFECTOS DE LA MALA PLANEACION DEL CONTRATO DE OBRA, FRUTO DE LA INSUFICIENCIA DE LOS ESTUDIOS Y DISEÑOS ENTREGADOS POR EL INVIAS. SE PREGUNTA, EN SU CRITERIO PROFESIONAL QUE OPINIÓN LE MERECE LA DENOMINADA MALA PLANEACION DEL CONTRATO DE OBRA, FRUTO DE LA INSUFICIENCIA DE ESTUDIOS Y DISEÑOS ENTREGADOS POR EL INVIAS? CONTESTÓ. Dicha cita de la interventoría se basa en la falencia de análisis técnicos y legales de las diferentes fuentes de materiales de la zona, que los llevaron al contratista y al interventor a analizar nuevas fuentes de materiales. En ese sentido el ideal es que los estudios y diseños hubieran dado la información suficiente para desarrollar la etapa de construcción, sin embargo, el aspecto de legalidad de algunas de las fuentes de materiales es un elemento que al pasar el tiempo entre el desarrollo de los diseños y la ejecución de las obras suelen tener variaciones.

PREGUNTADO. POR LO OBSERVADO DENTRO DE LA DOCUMENTACION REVISADA Y EN ATENCION A QUE USTED HA REFERIDO COMO AJUSTES LA DETERMINACION DE LAS NUEVAS COTAS DEL TERRAPLEN, EN PARALELO, CONSIDERA DESDE SU CRITERIO PROFESIONAL QUE LA ACTIVIDAD RELACIONADA CON LA CONSECUION Y ESTUDIO DE FUENTES DE MATERIALES REALIZADA POR EL CONTRATISTA PUEDE RECIBIR LA MISMA VALORACION DE AJUSTE A LOS DISEÑOS? CONTESTÓ. Para el caso del estudio de fuentes de materiales, desde mi punto de vista fue una complementación a los estudios y diseños.

187

IUS E-2017-519707 /IUC-D-2017-956399
Auto: Fallo de primera instancia-30-09-2020
Caso: Proyecto Vía La Prosperidad – Gobernación de Magdalena
CJOM/OLSC



PREGUNTADO. ES DECIR NO FUE UN AJUSTE? CONTESTÓ. No, fue una complementación.

En declaración rendida el 31 de mayo de 2018 por el ingeniero civil JAVIER DAVID DIAZ BUENDIA, director administrativo del consorcio Ribera Este, contratista de obra, al igual que en los anteriores testimonios manifestó que la cantera la Fontana desde su operación, en marzo de 2016, nunca ha suplido por si sola o ha satisfecho plenamente los materiales requeridos pues siempre se han requerido mezclas con otras canteras, reduciendo paulatinamente las distancias hasta llegar a 50 km en una proporción de 87% desde la Fontana y 13% desde Rancho Alegre. Lo expuesto en su testimonio se puede comprender con mayor facilidad en el cuadro que adjuntó a su testimonio:

ALTERNATIVA	DISTANCIA DESDE CANTERA A PALERMO - FACTURADO EN ACTAS DE COBRO	FECHA DE IMPLEMENTACION	OBSERVACIONES
<p>ANTECEDENTES: Antes del inicio de obra (1 de Mayo del 2015), se realiza en conjunto con Interventoría y Contratista, revisión del inventario de fuentes de materiales entregadas en la licitación para explotación de Terraplén, de las cuales a fecha del inicio del proyecto no se encuentran vigentes para explotación (sin licencias, Explotación total del material disponible, No cumplen las especificaciones INVIAS), a excepción de la cantera Arroyo de Piedra, la cual cumple con las especificaciones INVIAS y se encuentra relacionada dentro del inventario, por lo que se inicia la explotación de material en esta cantera .</p>			
1	82 KM	MAYO - OCTUBRE 2015	De la identificación del inventario, se determinó que la única que se encontraba en vigencia y reglamentada para su explotación era la cantera Arroyo de Piedra y se realiza el transporte desde esta fuente de material.
2	68 KM	OCTUBRE - DICIEMBRE 2015	Tras una exhaustiva búsqueda de fuentes alternativas de materiales, se encuentra la cantera Rancho Alegre, con el cual cumpliendo las especificaciones de licenciamiento y caracterización del material requerido para Terraplén, se genera un primer ahorro, tras reduciendo la distancia en 14 Km.
3	TRANSPORTE MULTIMODAL	DICIEMBRE 2015- MARZO 2016	Con el objetivo de generar un mayor ahorro, se implementa el transporte multimodal desde la cantera Rancho Alegre, con su componente terrestre, y el transporte fluvial desde Puerto Giraldo a Sitionuevo
4	58 KM	MARZO - JULIO 2016	Debido a la problemática presentada en los rendimientos del transporte fluvial, por el bajo calado del río Magdalena, y las

			restricciones vehiculares implementadas en las vías departamentales del Atlántico, se realizó una nueva búsqueda de fuente de materiales encontrando la cantera La Fontana (cantera que inicia su operación en Marzo 2016), la cual mediante mezcla con la cantera Rancho Alegre (proporción 50%-50%) se logra disminuir la distancia de acarreo en 10 Km con respecto a la cantera Rancho Alegre.
5	50 KM	JULIO 2016 A LA FECHA	Al encontrarse nuevas vetas de mejor calidad en la cantera La Fontana (cantera que inicia su operación en Marzo 2016), se mejora la mezcla en una proporción 87% Fontana y 13% Rancho Alegre, disminuyendo aún más la distancia de acarreo en 8 Km menos que la alternativa 4.
CONCLUSIONES:			Comparando las condiciones iniciales en que se inicia el proyecto, se puede concluir que, debido a la buena posición del CONSORCIO RIBERA ESTE y en compañía de la INTERVENTORIA de generar un ahorro al proyecto, se logra reducir la distancia en 32 Km con respecto a la fuente de material de inicio del proyecto, lo que se traduce en \$24.499.475.654,63

En el testimonio rendido el 1° de junio de 2018, por el ingeniero civil VLADIMIR CARDONA, director técnico de interventoría del CONSORCIO ICI, hace un relato que da cuenta que en efecto la cantera LA FONTANA, ubicada más cerca del centro de gravedad de la obra, aunque apta física y jurídicamente no abastecía por sí sola los requerimientos de materiales en la forma técnica establecida por el INVIAS:

PREGUNTADO. YA USTED NOS MENCIONO LAS ACTIVIDADES REALIZADAS PARA REDUCIR EL IMPACTO, CUAL FUE EL RESULTADO OBTENIDO DE ESAS ACTIVIDADES CONTESTÓ. Una vez informado a las entidades sobre el impacto que generaba las omisiones de cantidades de transporte y material de terraplén por efecto de los cambios climáticos y de omisiones en la elaboración del presupuesto de la licitación las entidades, invias y la gobernación instaron al contratista y la interventoría buscar alternativas que permitieran reducir el impacto presentado dentro de las alternativas, la primera alternativa presentada fue la suscripción de un precio unitario no previsto denominado



transporte de material via fluvial cuyo objetivo era utilizar el rio magdalena para traer materiales de canteras que se encontraban distante vía terrestre y con ello se acortaban las distancias, esta alternativa fue implementada a partir de diciembre de 2015, aclarando que esta actividad fue motivada principalmente por el contratista de obra ya que la actividad de transporte fluvial no era un ítem contractual cuyos rendimientos y labores de ejecución difieren totalmente respecto del transporte terrestre, eso se hace en relación a que desde el inicio del contrato no se podía haber utilizado la modalidad fluvial porque el contratista no licitó bajo la condición de que pudiese hacer un transporte fluvial. Una vez implementada la modalidad de transporte fluvial, en marzo de 2016 se tuvo conocimiento de una fuente de material ubicada en el corregimiento del vaivén denominada La Fontana, fuente de materia que no se encontraba en el listado que se CRA que se tomó como base para la revisión de las canteras en el periodo precontractual del 2015 de la revisión y ajuste de los diseños, una vez obtenida o conocida la fuente La fontana se realizaron los análisis técnicos y ambientales y se pudo constatar que dicho material podía ser utilizado en obra, pero que debía ser mejorado con otro material de mejores calidades técnicas, razón por la cual el contratista realizar un estudio técnico avalado por la interventoría donde definen que realizar una mezcla de materiales donde se reducía distancia de acarreo hasta Palermo a 57.5 Km, de manera posterior, en agosto de 2016 se realiza nueva valoración de las calidades del material de la fontana y se obtiene una mezcla con otro material de mejores condiciones en un proporción de 87 y 13% reduciendo la distancia a 50 km hasta Palermo. Es importante aclarar que la ejecución de mezclas de materiales disminuye los rendimientos de obra debido a que hay que hacer mayor control de calidad, a requerimientos de mayores procesos de control de calidad. En resumen de mayo de 2015 inicio de la obra hasta noviembre de 2015 la cantera Arroyo de piedra estaba a 82 km hasta Palermo, luego rancho alegre de diciembre de 2015 hasta febrero de 2016 a 24 terrestre y 40 fluvial es decir la conversión a 68 km terrestre y la fontana mezcla 50-50 desde marzo de 2016 hasta julio de 2016, a 57.5 km y la mezcla fontana en proporción 87 fontana -13 rancho alegre % a 50 km, todos hasta Palermo, de arroyo de piedra solo se transportó el 29% de material que se ha movido a la fecha, el 70% corresponde a las estrategias solicitadas por las entidades para la disminución del acarreo.

PREGUNTADO. TODAS ESTAS ESTRATEGIAS ADOPTADAS PARA LA DIMISMUNICION DEL ACARREO FUERON APROBADAS POR LAS PARTES INVOLUCRADAS, INVIAS, DEPARTAMENTO, INTERVENTORIA, Y CONTRATISTA CONTESTÓ. Si todas fueron avaladas por todos.

El ingeniero ALFONSO TIQUE ANDRADE en declaración jurada rendida el 31 de octubre de 2019 puntualizó:

APODERADO SUPLENTE ANDRÉS CÁRDENAS BONILLA: “Listo. Ingeniero vamos entonces a otra afirmación que usted ha hecho ahorita. Vamos al tema la cantera la Fontana. ¿Usted conoce el tema de la cantera La Fontana? ¿Lo estudió en su momento, al momento de hacer este concepto?”.

190

IUS E-2017-519707 /IUC-D-2017-956399
Auto: Fallo de primera instancia-30-09-2020
Caso: Proyecto Vía La Prosperidad – Gobernación de Magdalena
CJOM/OLSC



INGENIERO ALFONSO TIQUE ANDRADE: “Sobre el tema de la fuente de materiales yo hice aquí algo que también si me permiten yo lo leo en la página 8. Dice *“En los informes mensuales de Interventoría desde enero de 2015, se encuentran registradas las acciones realizadas con relación a la búsqueda de canteras con material para terraplenes tramo Palermo – Sitio Nuevo, que cumplan los requisitos legales referidos a la licencia ambiental y permiso minero, así como también el cumplimiento de especificaciones técnicas. Se relacionan principalmente la siguiente información de los informes semestrales de Interventoría”* (Sic). Los comités técnicos entiendo que se realizaban cada mes, entonces en marzo de 2015 en acta del comité técnico se dijo que sólo existe la cantera *“Arroyo de Piedra”* (Sic) que cumple especificaciones. En abril del 2015 informe semanal #19 dice *“Revisados los ensayos Geomecánicos de las fuentes de materiales para terraplén de las canteras Monariz y Arroyo de Piedra, se define como fuente de material de terraplén la cantera Arroyo de Piedra, la cual dista de Palermo en una longitud de 97km”* (Sic) entonces con base en eso tenía que pagarse el transporte del material en base a esa distancia. Luego en diciembre 01 del 2015 en el informe de Interventoría #13 dice *“La Interventoría manifestó al contratista que la distancia de transporte para el material de terraplén queda establecida en 68.7km, esta distancia corresponde a la cantera Rancho Alegre”* (Sic). Lo que yo observé en ese tiempo, tanto la interventoría como con el contratista, estaban investigando y tomando muestras de laboratorio, dónde encontraban una fuente de material que estuviera ubicada en un lugar más cercano, para disminuir justamente el costo por transporte ¿no?. En mayo 16 del 2016 en el informe de interventoría #18 dice *“La interventoría da respuesta al contratista con relación a la mezcla de terraplén cantera Rancho Alegre y cantera La Fontana, aprobando este material para terraplén con una distancia de 58km”* (Sic) aquí entonces lo que hacen es que encuentran que, si mezclan Rancho Alegre con La Fontana, producen un material que cumple especificaciones y reducen la distancia de 68km a 58km. *“Y finalmente a partir de agosto de 2016 se utilizan las anteriores canteras Rancho Alegre y cantera La Fontana con una nueva mezcla conociendo una distancia de acarreo de 50km”* (Sic) es decir, varía de acuerdo a los laboratorios encuentran que las mezclas pueden variar y entonces la distancia de acarreo se reduce a 50km. Esto es el informe que yo saqué de toda la información, con respecto a lo de la interventoría y trabajando conjuntamente con los mismos contratistas que hicieron con relación a la fuente de materiales. Ahora, esto como desde el comienzo uno encuentra las actas de los comités técnicos donde estaba todo el mundo, Interventor, contratista, INVIAS y Gobernación de Magdalena, o sea que esto era de conocimiento de todos”.

APODERADO SUPLENTE ANDRÉS CÁRDENAS BONILLA: “Le pregunto entonces. ¿Ese informe de qué fecha es?”.

INGENIERO ALFONSO TIQUE ANDRADE: “Esto es de agosto del 2017”.

APODERADO SUPLENTE ANDRÉS CÁRDENAS BONILLA: “Perfecto. ¿Sabe cuando entró en operación la cantera La Fontana?”.

INGENIERO ALFONSO TIQUE ANDRADE: “La cantera La Fontana tiene que haber entrado a partir de cuándo le dice acá *“mayo 16 del 2016”* (Sic) porque entonces le dice *“La interventoría da respuesta al contratista con relación a la mezcla de terraplén cantera*



Rancho Alegre y La Fontana, aprobando este material para terraplén con una distancia de 58km” (Sic) o sea que desde esta fecha en adelante, el reconocimiento del costo por metro cúbico kilómetro del transporte de material del terraplén tiene que, antes de esa fecha La Fontana no podía operar”.

APODERADO SUPLENTE ANDRÉS CÁRDENAS BONILLA: “Perfecto. Esta pregunta tal vez no la pueda responder pero, se la hago de todas formas. ¿Sabe usted si el material sólo, el que sale sólo de La Fontana, cumple con las especificaciones técnicas de INVIAS?”.

INGENIERO ALFONSO TIQUE ANDRADE: “No, no sé”.

APODERADO SUPLENTE ANDRÉS CÁRDENAS BONILLA: “No sabe, Ok”.

INGENIERO ALFONSO TIQUE ANDRADE: “Pero, le hago una aclaración. En el momento que aceptan la mezcla, la mezcla cumple con las especificaciones del INVIAS”.

APODERADO SUPLENTE ANDRÉS CÁRDENAS BONILLA: “La mezcla”.

INGENIERO ALFONSO TIQUE ANDRADE: “Entonces, puede que alguna de la característica de La Fontana no se cumpla pero, entonces si la mezclan con la otra al final sale un producto con las condiciones”.

APODERADO SUPLENTE ANDRÉS CÁRDENAS BONILLA: “Puede inferir que sólo el de La Fontana no cumple”.

INGENIERO ALFONSO TIQUE ANDRADE: “Pero, eso solamente se puede conocer con los ensayos de laboratorio”.

APODERADO SUPLENTE ANDRÉS CÁRDENAS BONILLA: “Pero, Puedo inferir de su última respuesta de que sólo el de La Fontana no cumple, porque si se necesita una mezcla”.

INGENIERO ALFONSO TIQUE ANDRADE: “Exactamente”.

APODERADO SUPLENTE ANDRÉS CÁRDENAS BONILLA: “Podría inferir eso”.

INGENIERO ALFONSO TIQUE ANDRADE: “Puedo inferir eso, sí”.

Los anteriores testimonios que también encuentran respaldo en los informes de interventoría y pruebas de ensayo solicitadas en descargos por la defensa, contenidos en el oficio ADM-INVIAS-3795-2013-195 del 12 de noviembre de 2019, obrante en los folios 3554-3555 y 2 DVD en folios 3556, impiden objetivamente que este Despacho mantenga su acusación frente a un posible costo de transporte del material de terraplén con relación a la cantera más cercana a Palermo, esto es la Fontana, en cuantía de \$1.279.878.988, 52, correspondiente al mayor valor estimado según los cálculos realizados con fundamento en el informe técnico de la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales, que se hubiera dejado de



reconocer al contratista de obra por concepto de material de terraplén, si este se hubiera transportado desde la cantera LA FONTANA, dado que como se demostró esta cantera en ningún momento abasteció por sí sola la integridad de los materiales y en las mezclas requeridas, siempre tuvo apoyo de la cantera RANCHO ALEGRE.

5.4.2. Pruebas indicativas que la problemática suscitada frente a las fuentes de materiales existentes en el proyecto, el aumento en las cantidades de materiales y costos de transportaron impactaron sustancialmente en la meta física de la obra.

A continuación, se procede a hacer un análisis de los testimonios acopiados en el proceso que refieren y declaran en torno a la problemática suscitada en el proyecto por el aumento en las cantidades de materiales y en los costos del transporte, para finalmente establecer las consideraciones o conclusiones por parte de este Despacho.

El ingeniero **civil ORLANDO SANTIAGO CELY**, quien emitió los dictámenes técnicos aportados al expediente por la Sociedad Colombiana de Ingenieros, descritos en el folio 1835 y página 3 de su declaración, atendió el siguiente interrogatorio formulado por el ingeniero civil GERMAN CHACÓN, comisionado como apoyo en la práctica del testimonio técnico, en torno al **dictamen técnico ejecución actividades de terraplén** (folios 1839 vuelto a 1842)

En el dictamen expuso que **las mayores cantidades de materiales de terraplén fueron resultado de los ajustes en los diseños para adaptarlos a lo sucedido en la ola invernal 2010-2011**, en donde por lo revisado siempre se presentó un aumento de la cota de rasante con su consecuente aumento en la altura del terraplén, fluctuando entre los 20 cm hasta los 120 cm, y en su declaración agregó que de acuerdo a la revisión efectuada la sección transversal operativa de la vía se mantuvo igual, es decir, anchos de carril y bermas iguales, sin embargo por el incremento en altura del terraplén si se presentaron ampliaciones en la corona del terraplén que se reflejaron en mayor material para terraplén.

Lo anterior se complementa con lo expuesto en el folio 21 del dictamen en el que señala que *“debido al cambio de diseños en el tramo entre Palermo y Sitio Nuevo, revisado en el anterior numeral, se tuvo un aumento de cantidad de material del orden del 59% con respecto a la cantidad originalmente prevista”*; cambios de diseños generados por *“efectos de la ola invernal 2010-2011 en donde se generaron mayores alturas de la rasante del terraplén dando como consecuencia la necesidad de utilizar mayor material de afirmado”* como lo anotó en su testimonio.

En el folio 22, numeral 22 del dictamen refirió que **las cantidades de transporte para el ítem de terraplén previstas dentro de la licitación fueron muy inferiores a las realmente ejecutadas**, en donde las originalmente previstas eran muy reducidas para unas condiciones del proyecto normales dentro de la zona de



ejecución, y en su declaración al preguntarle ¿A qué se refiere con condiciones del proyecto normales? CONTESTÓ: *“En proyectos para esa zona se deben tener en cuenta las zonas de donde se pueden extraer los materiales para construcción de carreteras y las distancias que estaban incluidas dentro de la licitación eran inferiores a las distancias de esas posibles fuentes de materiales hasta el proyecto”,* pues para el perito *“Un orden de magnitud normal debería ser cercano a los 50 km desde el proyecto hasta una fuente de materiales.*

Ahora bien, en cuanto a la **actividad de estudio de fuentes de materiales**, consideró que de la documentación revisada se encontraron evidencias de varias falencias, por lo cual el constructor y el interventor adelantaron, en la zona, un análisis de fuentes de materiales actualizado. Preciso que *“Las falencias principalmente se referían a ensayos de los materiales presentes en esas fuentes de materiales que permitieran concluir el cumplimiento de normas técnicas de los mismos”.* Específicamente se utilizó de la cantera LA FONTANA (87%) y la cantera RANCHO ALEGRE (13%), mezcla que obedeció a un diseño técnico del material que cumplía con las normas técnicas de construcción para construcción de terraplenes. Lo anterior teniendo en cuenta que el material para terraplén de la cantera La Fontana no cumplía y era necesario mejorarlo con un porcentaje de material de la cantera Rancho Alegre, de ahí que se presentó un incremento de la cantera la fontana entre marzo y agosto de 2016, situación cuya explicación dada por el experto, se generó por un ajuste al diseño de mezcla producto de ensayos de laboratorio adicionales que hizo el constructor y el interventor, que les permitió optimizar el diseño de mezcla. Y al preguntarle si **“ERA PREVISIBLE HABER DISEÑADO TAL PROPORCION DE MEZCLAS (87% FONTANA, 13% RANCHO ALEGRE) DESDE MARZO DE 2016? CONTESTÓ.** De la documentación revisada no me consta que hubieran podido hacer ese diseño desde marzo, lo que se vio fue que posterior a su inicio de implementación en marzo de 2016 se realizaron optimizaciones que permitieron ajustar el diseño de mezclas.”. La actividad relacionada con la consecución de fuentes de materiales realizada por el contratista es considerada por el especialista como **una complementación a los estudios y diseños y no un ajuste a los mismos.**

El ingeniero civil ALFONSO TIQUE ANDRADE quien elaboró el concepto técnico allegado al expediente por parte de la Sociedad de Colombiana de Ingenieros como se describe en la página 3 de su declaración conceptuó que:

“... el contrato prácticamente se veía que el alcance no se iba a poder cumplir ni en tiempo ni en costo, y que esto estaba originado porque las cantidades de obra de dos ítems del contrato, que eran terraplenes y transporte de materiales a distancia mayores de 1000 metros, las cantidades de obra habían superado las cantidades que habían sido contratadas. Básicamente era eso.” (folio 1860 vuelto)



Y más adelante en referencia a los ítems de terraplenes y transporte señala la incidencia del aumento de las cantidades de materiales de terraplén y de transporte en los costos del proyecto: (folio 1862 -1863)

“De otra parte cuando uno revisa los informes de interventoría y las actas de comité de obra, son mensuales, se encuentra desde un comienzo, no recuerdo si es marzo, **en el 2015**, en la cual la interventoría plantea en uno de esos comités de obra, donde asisten todos los involucrados del proyecto **y se empieza a mencionar que con el valor el contrato no se puede ejecutar la totalidad de la obra** y en esa argumentación principalmente se basa en que las cantidades contratadas en los ítems de terraplenes y transporte de material para esos terraplenes a distancia mayores de 1.000 metros; también hace mención a las cantidades de obra para las alcantarillas y box culvert, principalmente esos 3 ítems y especialmente los dos primeros. **Especialmente, el transporte de material de terraplén está desbalanceando el contrato y van a impedir que se ejecute el objeto del contrato en su totalidad.** De estos ítems mencionados uno puede decir que ese aumento de cantidades de obra son lógicos porque hay unos estudios que son actualizados para que la carretera que se propone mejorar no sea afectada por la dinámica del río cuando hay las crecientes.

Expone que la licitación pública cambió el ítem de material de afirmado por el de terraplén que comprende dos ítems, el de material propiamente dicho y el de transporte:

Además los documentos de los estudios iniciales contemplaban que se utilizara material de afirmado para completar los terraplenes existentes que soportaban la vía y, la licitación se hizo utilizando el ítem de terraplenes en remplazo de afirmado. Las especificaciones del INVIAS 2007 para el ítem de terraplén contempla además el ítem de transporte del material para el terraplén que debe ser reconocido por aparte. El ítem de afirmado dice cuáles son las actividades que van desde el suministro de material, el transporte de ese material, la colocación y la compactación y cuando se abre la licitación el ítem de afirmado no aparece y aparece el ítem de terraplenes, y en las especificaciones del invias, cuando se trata de terraplenes ese comprende 2 ítems, uno que es el material propiamente dicho, y dos el transporte de ese material (en este caso desde la fuente de material que haya sido aprobada por la interventoría hasta el centro de gravedad del tramo donde se está trabajando).

Explica que como consecuencia de la inclusión del ítem de material de terraplén, se deben cumplir unas especificaciones puntuales que para su atención deben ser extraídas de fuentes de materiales que den atención y cumplimiento a lo dispuesto por el INVIAS, siendo las únicas cercanas las ubicadas en el área de arroyo grande, distante al centro de gravedad del proyecto.

195



Hay otro ítem que es fundamental, el material de terraplén debe cumplir unas especificaciones que están en las especificaciones del INVIAS y eso debe ser extraído de una fuente de materiales que cumpla esas especificaciones, y en conclusión, después de leer todo lo que hay en esos documentos para que cumpliera las especificaciones de terraplén, la única fuente de materiales eran las que estaban en el área de arroyo grande que está localizado más o menos 82 o 100(km) según si se mide entre centro de gravedad o a sitio nuevo y Palermo.

En el momento en que aparece el ítem de terraplenes los documentos de licitación es necesario o se debe considerar el ítem de transporte de materiales para distancia mayores a 1.000 metros para construir estos terraplenes. Ahí viene otro tema, y es que los documentos iniciales al considerar que esos terraplenes se construiría con afirmado, dentro del costo del ítem afirmado, el transporte de ese material de afirmado debe estar incluido dentro del costo del ítem afirmado, en tanto que en el momento en que aparece el ítem de terraplenes debe aparecer el ítem de transporte y ahí tiene incidencia la ubicación de las fuentes de materiales que cumpla con las especificaciones técnicas, los requerimientos ambientales y los requerimientos mineros.

Señala que al inicio de la ejecución del proyecto no se tienen definidas ni ubicadas fuentes de materiales que cumplan con las especificaciones técnicas y requerimientos ambientales y mineros.

Al iniciar la ejecución del proyecto no se tiene definida ni ubicada las fuentes de materiales que cumplan las especificaciones técnicas y requerimientos ambientales y mineros y entonces las acciones se focalizan en buscar fuentes de materiales que cumplan esos requerimientos y ahí hay una serie de acciones en los documentos que vi, cruce de comunicaciones entre el interventor, invias, aparece la CAR del Atlántico, el convenio "Ramsar", contratante, anexos sobre cantidad de fuentes de materiales en esa zona, cuales tienen licencia ambiental, permiso minero, para que sirven (terraplén, sub base, entre otros). Sobre toda esa información que aparece en ese momento se entiende que tanto el contratante como el contratista e interventor empiezan a hacer las gestiones para ubicar fuentes de materiales para disminuir costos de acarreo. Para iniciar el contrato la única fuente que estaba era la de Arroyo de piedra entre 80 y 100 km y ahí me quiero referir a lo que está en la página 8, el testigo lee para decir que: con base en lo leído se termina reconociendo los costos de acarreo para el transporte de material de terraplén, quiero decir que de todas las comunicaciones que se cruzan, eso no me da base para poder decir que se pudo hacer antes o después, es decir si se hubiera podido hacer en marzo del 2015 y no en agosto de 2016, es una descripción de acciones que hicieron para buscar unas fuentes de materiales que cumplieran las especificaciones de terraplenes y



permitiera disminuir las distancias de acarreo con la consecuente disminución de costos.

En cuanto a la planeación del proyecto y la forma como debieron ser abordados estos ítems indica que **“la licitación salga con estudios completos, eso permite en gran medida establecer unas cantidades de obra y costos realistas para ejecutar un proyecto”**

PREGUNTADO. DE ACUERDO A LO EXPUESTO EN SU CONCEPTO, QUE ASPECTOS DEBIERON TENERSE EN CUENTA PARA EL INICIO DE LA LICITACION, O COMO DEBIERON SER ABORDADOS FRENTE A ITEMS COMO ESTUDIOS Y DISEÑOS, TERRAPLENES, TRANSPORTE, FUENTES DE MATERIALES. CONTESTÓ. Yo diría varias cosas, la situación ideal es que **cuando se va a hacer un proyecto es que la licitación salga con estudios completos, eso permite en gran medida establecer unas cantidades de obra y costos realistas para ejecutar un proyecto**, pero hay diferentes formas de contratación que el contratante puede utilizar para ejecutar un proyecto. En este caso el contratista realiza la revisión y actualización de los estudios con un plazo de 3 meses, no me atrevo a juzgar si eran los justos, es los necesarios para actualizar estos estudios, pero lo importante en este caso es que estos estudios había que actualizarlos, pero había dos elementos, 1. El hecho que se cambia el ítem de afirmado por terraplén y esto genera además un nuevo ítem de transporte que no se tuvo en cuenta en los documentos de licitación y de esa misma forma se suscribe el contrato de obra; y sobre ese cambio no encuentra documentación al respecto, y 2. Que esta situación, en los comités de obra se fue poniendo de presente **pero no se hizo una actualización real del contrato, y en informes de interventoría se dice que en lugar de construir 56 km solo se podían hacer 22 o 26, esto hace que se continúe la ejecución del contrato pensando que se va a ejecutar todo el contrato cuando la realidad financiera es que los recursos solo alcanzaban para una parte.**

(...)

PREGUNTADO. PARA REALIZAR EL INFORME USTED REVISÓ EL PRESUPUESTO EL CONTRATO DE OBRA 617 DE 2013? CONTESTÓ. AL final se focalizó en lo que es Palermo Sitio Nuevo, porque de Sitio Nuevo a Guáimaro no se le puso énfasis por la duda de si la carretera debería ir por donde estaba o se alejaba del rio, realmente los presupuestos en que me concentré a mirar son los de Palermo Sitio Nuevo, en la tabla 1 de la pagina 9, ahí me concentré en los ítems de terraplén y transporte de las cantidades establecidas en la licitación. **Lo que hago es comparar lo que salió en la licitación, el presupuesto oficial en el momento de la licitación, y lo que quedó en el contrato escrito que fue lo mismo, y miro también lo que llevaban facturado a abril de 2017.**



PREGUNTADO. EN ESA REVISION QUE ADELANTÓ, ES CONSCIENTE, SI O NO, DE QUE EL AUTOR, EL QUE LO HIZO, DEL PRESUPUESTO DEL CONTRATO DE OBRA 617 DE 2013 ES EL INVIAS? No podría decirle eso, porque yo tengo el documento de INGEOCIM con unos formatos de cantidad de obra, tengo los documentos de licitación, no se quien los produjo, sé que la gobernación hizo la licitación, pero no se quien los hizo, pero específicamente con cantidades de obra **quiero aclarar que tengo lo que hizo ingeocim, el presupuesto y cantidades de obra para la licitación y tengo las cantidades de obra que iban ejecutadas a abril de 2017 en estos 2 ítems particulares, y toda esa información me fue enviada por la sociedad a través de un disco duro.** Negritas y subrayado fuera del texto original.

También se refirió sobre la necesidad de actualizar los estudios y diseños, en respuesta a lo preguntado por la defensa:

PREGUNTADO. DE ACUERDO CON SUS CONCLUSIONES UNA DE LAS RAZONES PARA EL AUMENTO DE CANTIDADES DE OBRA QUE SE MENCIONA EN SU INFORME SIENDO ESTE ESENCIAL ES LA SITUACION DE CRECIENTES DEL RIO MAGDALENA EN LOS AÑOS 2010-2011? Si el tema de las crecientes en el rio magdalena en el año 2010-2011 son las que originan principalmente el aumento de las cantidades de obra en lo que se refiere a la construcción del terraplén que soporta la estructura de la vía incluyendo entre otras las obras de drenaje subdrenaje protección de taludes, entre otras. Esto no descalifica la necesidad de actualizar los estudios puesto que han transcurrido entre 6 y 7 años cuando se empieza a construir la carretera.

PREGUNTADO. EN RELACION CON LA PAGINA 9, INICIO DEL NUMERAL 2.3.3. EXPLIQUE SI SEGÚN SU INFORME SI LA RAZON PARA LA DISMINUCION DEL ALCANCE DEL OBJETO DEL CONTRATO ES LA MAYOR CANTIDAD DE OBRA QUE SE DA COMO RESULTADO DE LA ACTUALIZACION DE ESTUDIOS Y DISEÑOS APROBADA POR EL INTERVENTOR? CONTESTÓ. Si, queda implícito el tema del cambio de afirmado a terraplén, que no desaparece, porque de todas maneras así hubiera sido en afirmado hubieran aparecido mayores cantidades de afirmado, mayores cantidades de obra de drenaje e incluso nuevos ítems no contemplados en los estudios iniciales. CORPOMAG encontró obras deterioradas que hubo necesidad de construir de nuevo, no rehabilitarlas como en algún momento se pensaba. En conclusión la actualización de los estudios generó mayores cantidades de obra a las contratadas e inclusive la creación de precios unitarios para nuevos ítems que no estaban contemplados en los estudios iniciales. **Además de los mayores costos originados por el cambio de especificación de material de afirmado a material de terraplén.**



En declaración rendida por JUAN VALENTIN BRICEÑO MARTINEZ, respecto a las fuentes de materiales y el transporte de éstos indicó lo siguiente respecto de las preguntas planteadas por la defensa: (folios 1384-1373)

Refiere que al inicio de la obra el único material que cumplía con las especificaciones era el de la cantera de Arroyo de Piedra.

PREGUNTADO. ESPECÍFICAMENTE DESDE LOS CARGOS QUE USTED EJERCIÓ QUE NOS PUEDE DECIR RESPECTO DE LAS FUENTES DE MATERIAL DE TERRAPLEN. CONTESTÓ. Que inicialmente el **único material que cumplía con las especificaciones INVIAS, era Arroyo de Piedra que se encontraba a 82 Km** y como se iba a buscar nuevas fuentes que lograra minimizar el impacto económico se encontraron las otras canteras que son Rancho Alegre y la Fontana, porque en el estudio que entregó el INVIAS de los diseños de la vía, de las que aparecían la única que funcionó era la de Arroyo de Piedra, cuando estuve en el INVIAS recorrí personalmente con la interventoría en búsqueda de canteras que minimizaran el impacto económico, fuimos también el contratista, la tarea se hizo bastante amplia.

En cuanto a la incidencia en los costos de la obra por concepto del mayor volumen de material y la contemplación del ítem del transporte en el presupuesto indicó:

PREGUNTADO. EN SU CONCEPTO EXISTIÓ UN SOBRECOSTO DERIVADO DEL ÍTEM DE TRANSPORTE DEL MATERIAL DE TERRAPLEN. CONTESTÓ. De ninguna manera, **lo que se presentó fueron unas mayores cantidades de materiales por lo expuesto anteriormente, el mayor volumen de material, eso se paga a precio unitario, a más material, a más transporte, la una implica la otra, el valor del material no sufre, la incidencia ha sido sobre el transporte del material sobre la cantidad de material**, los costos son costos de mercado demostrados. Si en condiciones normales se da lo que está plasmado en el presupuesto y los estudios no habría problema, pero como se aumentó el volumen, esto cambió todo, **hubo un errorcito en el presupuesto original, que fue el presupuesto de la licitación del que hablo** porque yo no conocía el de INVIAS, pero entiendo que fue el mismo de INVIAS porque no contemplaban transporte de material sino que se trabaja con material de préstamo pero como el volumen era mínimo no hay problema. El impacto real es de dar por mayor cantidad de obra y mayor transporte. Quiero aclarar que yo no conozco el presupuesto de INVIAS. No me consta si decir que no hubo un sobrecosto, **lo que existió fue una mayor cantidad de volumen de terraplén.**

PREGUNTADO. TENIENDO EN CUENTA TODO LO ANTERIOR CUAL FUE EL IMPACTO QUE DICHA SITUACIÓN GENERÓ EN LA METAFÍSICA DEL CONTRATO. CONTESTÓ. Al producirse una mayor cantidad de volumen y por ende de



transporte era obvio que se afectar la meta en materia económica del contrato, se afectaron las metas físicas simplemente por costos.

PREGUNTADO. CUANDO USTED INGRESÓ AL INVIAS TENIA CONOCIMIENTO LA ENTIDAD QUE EL PRESUPUESTO DEL ITEM DEL TRANSPORTE DEL MATERIAL DE TERRAPLEN SE HABIA SUBESTIMADO. CONTESTÓ. SE SOLICITA REFORMULE LA PREGUNTA ANTE EL CALIFICATIVO DEL PRESUPUESTO SUBESTIMADO QUE ES UN TEMA DE PRUEBA Y EVALUACION EN EL PROCESO. PREGUNTADO. DE CONFORMIDAD CON LO MANIFESTADO ANTERIORMENTE EN EL SENTIDO DE QUE EN EL PRESUPUESTO NO SE HABIA CONTEMPLADO EL TRANSPORTE DEL MATERIAL DEL TERRAPLEN, EN QUE MOMENTO TUVO CONOCIMIETO EL INVIAS DE ESA SITUACION. CONTESTÓ Cuando yo entró ya la obra estaba dinamizada, ya la obra venía funcionando, lo que digo es cuando yo entré ya venían pagando, pues el contratante es la gobernación, ya si eso se venía pagando es porque el INVIAS ya debía tener conocimiento sobre tal situación. Cuando supo el INVIAS, no sé.

En declaración rendida por el ingeniero WALTER ALFONSO PAUTT TORRES, en torno al impacto del proyecto relacionado con las fuentes de materiales indicó lo siguiente frente las preguntas de la defensa (folios 1384-1392)

PREGUNTADO. CUAL FUE LA PROBLEMÁTICA QUE SE EVIDENCIÓ AL MOMENTO DEL INICIO DEL CONTRATO EN LA ETAPA DE REVISION Y AJUSTE DE LOS DISEÑOS. CONTESTÓ. Ya en la etapa esa de la revisión de los estudios y diseños, y por parte de la interventoría y en los diferentes comités se detectó **que no estaba contemplado el fenómeno hidrológico de 2010, una temporada de bastante lluvia que se inundó toda la ribera del rio**, en esa revisión y teniendo en cuenta ese fenómeno se consideró aumentar la altura de los terraplenes de la vía, **en el estudio inicial estaba a una altura de 1 o 2 metros, pero ya con ese fenómeno quedaron unos terraplenes entre 3 y 4 metros**; otro factor es que la cantera contemplada en los estudios, se hizo una revisión, y muchas ya no existían otras ya no tenían licencia ambiental y quedó una la de Arroyo de Piedra que está mas o menos como a 78, 80 kilómetros a la entrada del proyecto, que es Palermo; otras son las obras de drenaje contempladas en su momento eran alcantarillas, ya las dimensiones mínimas de voxculver son de 1, x1 según dice INVIAS. Con el impacto del fenómeno de 2010 aumento la capacidad de las obras de drenaje, ya no eran pequeñas, sino mas grande, en esa revisión salieron 35 obras de drenaje, se le presentó a CORPAMAG, que es la rectora ambiental y ella conceptuó que además de esa había que hacer otras para beneficiar la comunidad y se aumentó a 70 obras, eso es básicamente lo mas impactante de esa revisión. (...)



PREGUNTADO. RETOMANDO LO DICHO ANTERIORMENTE EN RELACIÓN CON LAS FUENTES DE MATERIAL DE TERRAPLEN PUEDE EXPLICARNOS QUE FUENTES ESTABAN CONTEMPLADAS EN LOS ESTUDIOS EN COMPARACION A LAS FUENTES QUE FINALMENTE FUERON UTILIZADAS. CONTESTÓ. En los estudios había una relación de canteras en el Magdalena, en el Atlántico, se hizo un recorrido, una no cumplía con el material con las especificaciones, otras ya estaban agotadas como Vuelta de Leña y tenía buen material, ya no tenía material, otras no tenían licencia ambiental como las de Puerto Colombia **y las que cumplieron fueron las de la zona de Arroyo de Piedra** y dijo zona porque ahí hay varias canteras y cumplían con el material y las necesidades de la obra porque se requería bastante material y tenían permiso, creándose el problema ese de mayor distancia, afectando los costos.

En cuanto al impacto en el proyecto y su alcance físico, por las deficiencias en las fuentes de materiales existentes, las cantidades y el transporte manifestó lo siguiente respecto a las preguntas de la defensa:

PREGUNTADO. QUE IMPACTO TUVO LO ANTERIOR, LO RELACIONADO CON LAS FUENTES DE MATERIAL DE TERRAPLEN Y CON LO MENCIONADO PREVIAMENTE RESPECTO DE LA MAYOR ALTURA DE TERRAPLEN SOBRE LA PROGRAMACION DE LA OBRA. CONTESTÓ. Eso, el impacto importante fue la disminución de la meta física inicial del contrato y afectando la programación porque ya hay mayores cantidades de obra, y los costos de eso, marcó, disminuyó enseguida las metas que se tenían proyectado.

PREGUNTADO. DESDE SU CONCEPTO TÉCNICO CUALES FUERON LAS RAZONES PARA QUE SE REDUJERA EL ALCANCE FISICO DEL CONTRATO. CONTESTÓ. Primero el fenómeno del 2010, el invernal, y la ubicación de las canteras.

El ingeniero Javier David Díaz Buendía rindió declaración en su condición de Director Administrativo del Consorcio Ribera Este hizo un recuento de las canteras existentes al momento de iniciar la obra:

“Recordemos que la licitación se adjudicó en el año 2013, los estudios y diseños contemplaban un plano de fuentes de materiales que para la fecha, tal y como decían los estudios en fase 3 dichas fuentes se encontraban aptas, lo que no me consta, **una vez revisada la fuente de materiales en el año 2015 encontramos que la única fuente de materiales para el año 2015, apta y con vigencia para poder despachar era la cantera ARROYO DE PIEDRA del departamento del Atlántico que se encuentra a 90 KM.** Luego en septiembre de 2015 cambiamos a Rancho Alegre a 68 km del proyecto y en Junio del año 2016 empezamos a transportar desde la fontana a 50 km de la entrada del proyecto. Entre Junio y Julio de 2016 llegamos a establecer una distancia de fuente de materiales a 50



km. De mayo a septiembre de 2015 solo Arroyo de Piedra a 90 km. De septiembre de 2015 a junio de 2016 Rancho Alegre a 68 km. De junio a octubre de 2016 a 54 km era mezcla de rancho alegre con la fontana y luego se optimizó la mezcla entre 2 canteras y a partir de octubre de 2016 pagamos a 50 km desde la Fontana que es la actual. En la oficina tenemos un cuadro que nos solicitó la gobernación de Magdalena donde se indica las fechas exactas del transporte de las diferentes fuentes de material dentro del proyecto y los volúmenes transportados, que de ser necesarios serán reportados como pruebas.

➤ **Conclusiones de los testimonios**

El Despacho procede a destacar y acoger las declaraciones más relevantes de los testigos:

1. La licitación pública adelantada por la gobernación de Magdalena cambió las especificaciones del material para terraplén, de afirmado a terraplén:

- Los documentos de los estudios iniciales, entregados por INVIAS a la gobernación de Magdalena, contemplaban que se utilizara material de afirmado para completar los terraplenes existentes que soportaban la vía, sin embargo, esta especificación fue cambiada por la gobernación de Magdalena en la Licitación Pública, incluyendo material de terraplén. Es decir, la licitación se hizo utilizando el ítem de terraplenes en remplazo de afirmado.

2. Con la inclusión de material de terraplén no se hicieron ajustes en el transporte pues este ítem no estaba asociado directamente como si en el material de afirmado:

- En los documentos iniciales al considerar que esos terraplenes se construirían con afirmado. Dentro del costo del ítem afirmado, el transporte de ese material de afirmado estaba incluido, a diferencia de lo que sucede con el material de terraplén que no incluye el transporte y su costo debe pagarse por un ítem independiente.

3. La inclusión del ítem de material de terraplén incide en la ubicación de fuentes de materiales:

- Con la aparición en la licitación del ítem de terraplenes debe aparecer el ítem de transporte y ahí tiene incidencia la ubicación de las fuentes de materiales las cuales deberían estar en orden de magnitud normal, cercanas a los 50 km desde el centro de gravedad del proyecto hasta una cantera, y en este caso la cantera de Arroyo de Piedra utilizada inicialmente por ser esta la disponible distaba hacia los 100 km.



4. Las cantidades de transporte y material de terraplén, previstas en la licitación pública no fueron las reales para ejecutar el proyecto. Eran inferiores:

- Cuando se va a hacer un proyecto es que la licitación salga con estudios completos, eso permite en gran medida establecer unas cantidades de obra y costos realistas para ejecutar un proyecto
- Las cantidades de transporte previstas dentro de la licitación fueron muy inferiores a las realmente ejecutadas
- Las cantidades de transporte previstas originalmente en los diseños eran para una zona en donde la extracción de los materiales tenía considerada unas distancias inferiores a las distancias incluidas en la licitación para la extracción de las posibles fuentes de materiales hasta el proyecto, entiendo que un orden de magnitud normal debería ser cercano a los 50 km desde el proyecto hasta una fuente de materiales y en este caso la cantera de Arroyo de Piedra utilizada inicialmente por ser esta la disponible estaba hacia los 100 km
- Las cantidades de obra de dos ítems del contrato, que eran terraplenes y transporte de materiales a distancia mayores de 1000 metros habían superado las cantidades que habían sido contratadas, situación que hacía inviable el proyecto como fue programado y presentado a la comunidad y al país, dado que no se podía atender su alcance

5. La ola invernal 2010-2011 generó aumento en las cantidades de material para terraplén:

- Otro aspecto que se debe destacar, además de los cambios de especificaciones en el material para terraplén son las mayores cantidades de material para terraplén, en el orden del 59% respecto de la cantidad originalmente prevista pues como consecuencia de los cambios en los diseños por efectos de la ola invernal 2010-2011 **hubo la necesidad de aumentar la altura del terraplén**, fluctuando entre los 20 cm hasta los 120 cm.
- En el estudio inicial estaba a una altura de 1 o 2 metros, pero en el estudio inicial estaba a una altura de 1 o 2 metros, pero ya con ese fenómeno quedaron unos terraplenes entre 3 y 4 metros; **creándose el problema de mayor distancia, afectando los costos.**
- El tema de las crecientes en el río Magdalena en el año 2010-2011 son las que originan principalmente el aumento de las cantidades de obra en lo que se refiere a la construcción del terraplén



6. Incidencia del mayor volumen de materiales en el transporte:

- Se presentaron mayores cantidades de materiales. El volumen de material, eso se paga a precio unitario, luego a mayor volumen de material se paga más transporte, lo uno implica lo otro. El valor del material no se afecta pues es a precio unitario, la incidencia ha sido sobre el transporte del material por el aumento en la cantidad de material.
- Queda implícito el tema del cambio de afirmado a terraplén, que no desaparece, porque de todas maneras así hubiera sido en afirmado hubieran aparecido mayores cantidades de afirmado, mayores cantidades de obra de drenaje e incluso nuevos ítems no contemplados en los estudios iniciales.

7. Inicio de la obra con fuentes de materiales que no cumplían especificaciones:

- Para iniciar el contrato la única fuente que estaba era la de Arroyo de piedra entre 80 y 100 km.
- Al iniciar la ejecución del proyecto no se tiene definida ni ubicada las fuentes de materiales que cumplan las especificaciones técnicas y requerimientos ambientales y mineros y entonces las acciones se focalizan en buscar fuentes de materiales que cumplan esos requerimientos
- Se inicia un proyecto con fuentes de materiales que no cumplían con las especificaciones técnicas de construcción requiriendo durante el desarrollo de la obra hacer ensayos de las mismas para su validación, como ocurrió con la utilización de mezcla de materiales de la cantera LA FONTANA (87%) y la cantera RANCHO ALEGRE (13%), presentando un incremento de la cantera la fontana entre marzo y agosto de 2016, valoración que guarda conexidad y coherencia con los mayores valores que fueron reflejados en el acápite anterior, luego de analizar el informe técnico rendido por el ingeniero civil Miguel Ángel Soto Roa de la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales en conjunto con los argumentos de la defensa, **determinando que a partir de marzo de 2016 era viable utilizar la cantera la Fontana.**

8. Creación de un nuevo ítem o ítem no previsto:

- Con la modificación de obra número 3 se incluyó un (1) ítem no previsto; el transporte de materiales vía fluvial, justificado para disminuir costos de acarreo de materiales, favorecer los rendimientos y no afectar la infraestructura existente.



- Se destaca que los ítems 900.2 – Transporte de materiales provenientes de la excavación- y 900P Transporte de material fluvial- incidieron en el valor del contrato y la reducción del alcance del proyecto, al pasar de 52.6 kilómetros a 26, 013 km, (corte acta modificatoria 5) lo que representa una disminución del 50.55%, por la ejecución del proyecto inicial programado.

9. Afectación e impacto en el alcance físico del contrato:

- Desde el año 2015 que se detectó la problemática generada por el aumento de cantidades de material de terraplén y el transporte se advertía un desbalance del contrato, que desde ya hacía ver que la obra, con el valor presupuestado no podría ejecutarse en su totalidad
- Prácticamente se veía que el alcance del contrato no se iba a poder cumplir, ni en tiempo ni en costo y que esto estaba originado porque las cantidades de obra de dos ítems del contrato, que eran terraplenes y transporte de materiales a distancia mayores de 1000 metros, las cantidades de obra habían superado las cantidades que habían sido contratadas.
- Se empieza a mencionar que con el valor el contrato no se puede ejecutar la totalidad de la obra y en esa argumentación principalmente se basa en que las cantidades contratadas en los ítems de terraplenes y transporte de material para esos terraplenes a distancia mayores de 1.000 metros
- Al producirse una mayor cantidad de volumen y por ende de transporte era previsible que se afectaría la meta en materia económica del contrato.
- Las razones para que se redujera el alcance físico del contrato: Primero el fenómeno del 2010, el invernol, y segundo, la ubicación de las canteras una vez revisada la fuente de materiales en el año 2015 se encontró que la única fuente de materiales para el año 2015, apta y con vigencia para poder despachar era la cantera ARROYO DE PIEDRA del departamento del Atlántico que se encuentra a 90 KM.
- La desactualización de los estudios y diseños generó principalmente impactó en la cantidad de material de terraplén y su transporte, adicional a ello las canteras propuestas en los estudios y diseños originales se encontraba desactualizada y la información para su análisis era insuficiente.
- Durante la elaboración de los diseños por parte de la firma ingeocim para el tramo sitio nuevo Palermo se consideró la utilización de material de afirmado para la construcción de terraplén cuya especificación dentro del precio unitario se incluye el transporte, el material y la instalación, una vez unificadas las cantidades de terraplén para el tramo sitio nuevo Palermo y guáimaro sitio nuevo se deduce que se excluyó

205



el transporte para el tramo sitio nuevo Palermo, situación que impactó el contrato por errores en la estructuración por un valor de 63 mil millones de pesos aproximadamente.

De lo expuesto se puede **evidenciar las deficiencias en la planeación de la contratación que estaba a cargo del señor Luis Miguel Cotes Habeych como gobernador del departamento** dado que si bien es cierto como la defensa lo ha sostenido el INVIAS le entregó los diseños y estudios de los que disponía, también **lo es que era obligación de la gobernación como ordenador del gasto y responsable de la contratación pública**, a través de la cual se ejecutaría la obra objeto del proyecto, disponer que se verificaran y de ser el caso que se hicieran los ajustes y actualizaciones, que como se observa no es cierto que hayan sido impuesto y presentados en la licitación pública sin modificación alguna, **pues se ha determinado que el presupuesto de la licitación fue variado por parte de la gobernación, en el ítem asociado a las especificaciones del material para terraplén de afirmado a terraplén**, cambio advertido desde el informe técnico elaborado por el ingeniero Miguel Ángel Soto de la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales de la Procuraduría General de la Nación, y corroborado por el consultor e ingeniero Alfonso Tique Andrade, especialistas que revisaron la documentación del proyecto especialmente en lo atinente al presupuesto de la licitación, puntualmente para el tramo Palermo Sitio Nuevo, así como por los demás testimonios presentados anteriormente entre los que se encuentran ingenieros civiles de los distintos actores del proyecto como la gobernación, el contratista e interventor.

5.4.3. Pruebas indicativas del conocimiento y advertencias de las diferencias entre lo presupuestado y lo real para la distancia de transporte de materiales del contrato para la actividad de terraplén.

Mediante el oficio del CONSORCIO ICI 3795-2013-116 del **6 de julio de 2015** (copiada también al Invias), el Ing. Vladimir Cardona Páez, director de interventoría del consorcio ICI le informa al Ing. Walter Pautt, supervisor del contrato 617 de 2013, por parte de la gobernación de Magdalena, que se presentan notables divergencias entre lo presupuestado y lo real para la distancia del transporte de materiales para la actividad del terraplén. Señala que tomando como base las cantidades de obra y transporte deducidas, se encuentra que la distancia sería la siguiente:

DISTANCIAS DE TRANSPORTE DEDUCIDAS DEL PRESUESTO DEL CONTRATO

Material	Cantidad transporte (M3-Km)	Cantidad de obra (M3)	Distancia deducida (Km)
Terraplén	14.067.696,80	900.170,69	16

A continuación, consigna las distancias de transporte deducidas del contrato y la real, en la cual se observa un **desfase de 100 km**.

206

IUS E-2017-519707 /IUC-D-2017-956399
Auto: Fallo de primera instancia-30-09-2020
Caso: Proyecto Vía La Prosperidad – Gobernación de Magdalena
CJOM/OLSC



DIVERGENCIAS DE DISTANCIAS DE TRANSPORTE PARA ACTIVIDAD DE TERRAPLÉN

Material	Distancia deducida del contrato (ver tabla No. 1) (Km)	Distancia real al centro de gravedad del proyecto (Km)	Desfase distancia deducida del contrato vs. distancia real (Km)
Distancia terraplén	16	116	100

Destaca que las canteras de Arroyo de Piedra ubicadas en Luruaco - Atlántico **son las únicas en la zona de influencia del proyecto, que cumplen las especificaciones del INVIAS para materiales de terraplén y con los requisitos legales ambientales (permisos mineros y licencias ambientales)**, puntualizando que por esta razón en el proyecto solo fueron tenidas en cuenta estas canteras de todas las propuestas para la firma consultora La Viabilidad como se observa en la siguiente tabla.

DISTANCIAS DE TRANSPORTE DEDUCIDAS DEL PRESUESTO DEL CONTRATO

Material	Cantidad transporte (M3-Km)	Cantidad de obra (M3)	Distancia deducida (Km)
Terraplén	14.067.696,80	900.170,69	16

Por lo anterior concluye la interventoría:

“De todo lo anterior puede concluirse que las distancias de transporte según se deducen del contrato son inferiores a las reales. La interventoría encuentra necesario indicar que esta situación impactará notablemente el alcance físico del contrato. En la medida que se concreten aspectos de diseño, que como es de su conocimiento, se vienen adelantando, la interventoría informará con mayor detalle sobre el asunto de que se ocupa este oficio, cuantificará el efecto y oportunamente informará al INVIAS y a la Gobernación de Magdalena de sus nuevas conclusiones.”
(Negritas y subrayado fuera del texto original)

Este documento se configura en una advertencia importante que marca un hito en el tiempo señalado un punto de partida en torno a las inconsistencias que se venían presentando en el transporte de materiales para la actividad de terraplén donde las distancias reales son ampliamente inferiores a las determinadas en el contrato, situación que, en palabras de la interventoría, impactará notablemente en el alcance físico del contrato



5.4.4. Pruebas de las acciones adoptadas frente a la problemática conocida por el desbalance financiero que presentaba la obra con ocasión de las mayores distancias para el transporte de materiales de terraplén al centro de gravedad de la obra.

Corolario de lo descrito en los acápites precedentes se puede señalar que desde el 6 de julio de 2015, con ocasión del oficio CONSORCIO ICI 3795-2013, se detectaron las falencias en la definición de los volúmenes y cantidades de material de terraplén establecidas desde el presupuesto de la licitación pública LP-DM-07-2012 y la incidencia que ha tenido en el presupuesto de la obra principalmente en el ítem de transporte de material y por ende en la consecuente afectación física del alcance del proyecto.

Durante el periodo del gobernador Luis Cotes Habeych corresponde examinar las acciones adelantadas como administrador del departamento, como ordenador del gasto, como representante legal de la entidad territorial y director de la contratación pública en el periodo de julio 6 de 2015 al 31 de diciembre de 2015, fecha de finalización de su mandato electoral.

El **8 de julio de 2015** mediante oficio INVIAS SRN-34871 del 8 de julio de 2015 el Ing. Juan Valentín Briceño Martínez, Subdirector de la Red Nacional de Carreteras del INVIAS en comunicación dirigida a Andrea del Pilar Peña Sánchez, representante legal del Consorcio ICI, en atención al oficio del CONSORCIO ICI 3795-2013-116 del 6 de julio de 2015, le solicita que aclare algunos aspectos entre ellos las razones técnicas, relacionadas con las especificaciones generales de construcción, por las cuales las fuentes de materiales caracterizadas en los estudios elaborados por La Viabilidad fueron descartadas.

Sobre este aspecto **el Gobernador del Departamento** participó en el comité técnico realizado el **6 de agosto de 2015** en las instalaciones de la Gobernación de Magdalena, reunión en la cual se acordó que a partir del **10 de agosto de 2015 se realizará un plan en conjunto con el contratista e interventor, con el fin de buscar fuentes de materiales mas cercanas a los centros de gravedad, buscando posibles licenciamientos de fuentes que actualmente tengan permisos provisionales, estudiar alternativas de mezclar materiales de diferentes fuentes para cumplir con las especificaciones generales de construcción para carreteras y por ende disminuir las distancias de acarreo, según consta en el oficio SRN-42868 del 24 de agosto de 2015 suscrito por Juan Valentin Briceño Martínez, Subdirector Red Nacional de Carreteras del INVIAS y dirigido a Andrea del Pilar Peña Sánchez, representante legal del Consorcio ICI, interventor del contrato de obra (folio 152 c.a 13)**

Concomitante con lo expuesto, el **8 de agosto de 2015** mediante oficio INVIAS 3795-2013-141 dirigido a la Subdirección de la Red Nacional de Carreteras, **la Interventoría hace un estudio de la disponibilidad de canteras para material de terraplén, dejando constancia que la definición de la cantera de Arroyo de**



Piedra como fuente de materiales para el proyecto, fue producto de “un completo y selectivo proceso realizado por esta interventoría apoyada principalmente en temas de orden técnico (calidad del material) y legalidad ambiental” (folio 241 vuelto c.p 1.)

En este oficio la interventoría realizó un análisis de fuentes de materiales, a solicitud del INVIAS, y deja constancia de que *“atendiendo lo solicitado por el INSTITUTO NACIONAL DE VIAS en los comités operativos de los días 30 de julio y 06 de agosto de 2015m esta interventoría manifiesta que con el objeto de disminuir los costos de acarreo de terraplén, a partir de la presente comunicación, se realizará un plan de contingencia técnica con el apoyo logístico del contratista d de obra, con el fin de detectar posible fuente de materiales de terraplén más cercanas al proyecto, que cumplan las especificaciones INVIAS, incluyendo aquellas que no se encuentren licenciadas con el fin de iniciar sus trámites de licenciamiento de manera oportuna”*

Posteriormente con oficio INVIAS SRN 42868 del **24 de agosto de 2015** el Ing. Juan Valentín Briceño Martínez, Subdirector de la Red Nacional de Carreteras del INVIAS en comunicación dirigida a Andrea del Pilar Peña Sánchez, representante legal del Consorcio ICI, le expone lo siguiente:

De conformidad con el comité técnico realizado en las oficinas de la Gobernación de Magdalena el día 6 de agosto de 2015, en desarrollo del convenio citado en el asunto, con la participación de funcionarios del departamento entre ellos del Señor Gobernador, Director Operativo del INVIAS, Representante Legal y Director de Obra del Consorcio Ribera Este y Representante Legal y Director de Interventoría del Consorcio ICI, se llegó al siguiente compromiso:

A partir del día lunes 10 de agosto del año en curso, en coordinación con la Dirección Territorial Atlántico se realizará un plan en conjunto con el contratista e Interventor, con el fin de buscar fuentes de materiales más cercanas a los centros de gravedad, buscando posibles licenciamientos de fuentes que actualmente tengan permisos provisionales, estudiar alternativas de mezclar materiales de diferentes fuentes para cumplir con las especificaciones generales de construcción para carreteras y por ende disminuir las distancias de acarreo.

En cumplimiento de sus funciones y responsabilidades contractuales y bajo un enfoque de desempeño proactivo, debe realizar lo pertinente en búsqueda de alternativas técnicas, económicas, legales y ambientales que conlleven a la disminución de las distancias de acarreo entre fuentes de materiales y sitio de las obras, con el fin de lograr el máximo beneficio posible para el proyecto.

En comunicación SRN 48013 del **16 de septiembre de 2015** dirigida por el subdirector de la red nacional de carreteras, Juan Valentín Briceño Martínez, a la representante legal de la interventoría, le solicita informe de manera urgente los resultados sobre las visitas a canteras que cumplan a cabalidad con material adecuado para terraplén, los resultados para obtener fuentes de materiales mas cercanas, buscando posibles licenciamientos de fuentes que actualmente tengan permisos provisionales, disminuir costos en transporte y buscar el máximo beneficio para el proyecto. Igualmente le indica que una vez corroboradas que dichas fuentes cumplen para material de terraplén, el consorcio Ribera Este deberá iniciar el proceso de legalización en coordinación y colaboración con la gobernación de Magdalena y la subdirección del medio ambiente del INVIAS.

209

IUS E-2017-519707 /IUC-D-2017-956399
Auto: Fallo de primera instancia-30-09-2020
Caso: Proyecto Vía La Prosperidad – Gobernación de Magdalena
CJOM/OLSC



Mediante oficio SRN 52968 del **14 de octubre de 2015**, dirigido por el subdirector de la red nacional de carreteras, Juan Valentín Briceño Martínez, a la representante legal de la interventoría, hace las siguientes precisiones respecto de las alternativas para disminuir la distancia de acarreo de materiales para terraplén planteadas por la interventoría.

En atención a su comunicación INVIAS 3795-2013-222, con radicado INVIAS No. 95311 del 7 de octubre de 2015, mediante el cual remite las alternativas estudiadas para disminuir las distancias de acarreo de las fuentes de materiales para terraplén, recomendando la interventoría emplear la alternativa No. 2 y por consiguiente, requiriéndose pactar un precio unitario nuevo para el transporte fluvial, esta Subdirección precisa lo siguiente:

El procedimiento para la evaluación y definición de precios nuevos es el definido en el Manual de Interventoría del INVIAS, por tanto, el mencionado precio debe ser concertado en coordinación del Gestor del Contrato y la firma Contratista Consorcio Ribera Este.

Concomitante con las anteriores pruebas documentales se procede a revisar los testimonios allegados al proceso relacionados directamente con el tema aquí tratado.

El ingeniero MIGUEL GARCIA en su declaración señaló que una de las acciones adoptadas fue la del empleo del transporte multimodal, pasando materiales en barcaza a través del río Magdalena (folio 1796)

El Ingeniero ERNESTO CORREA VALDERRAMA, director operativo del INVIAS en respuesta al interrogatorio formulado por la defensa destacó que no obstante y con ocasión de las visitas realizadas a la zona, haber encontrado fuentes de distancias más cortas, *“aún la modificación en la cantidad de ítem de transporte de material de terraplén, seguía siendo muy grande”*. Agregó que el INVIAS, a través de diferentes comunicaciones, le propuso a la gobernación de Magdalena como entidad contratante revisar el precio, las distancias, se le propuso organizar la ejecución del contrato, porque estaba pasando el tiempo y nada del pavimento, organizar el tema, porque había temas pendientes de licenciamiento ambiental, además de estudios y diseños se le propuso a la gobernación organizar el contrato.” (folio 1802 vuelto y 1803)

El ingeniero Javier David Díaz Buendía rindió declaración en su condición de Director Administrativo del Consorcio Ribera Este expuso las acciones adelantadas para la búsqueda de fuentes de materiales (ver folio 1410)



PREGUNTADO, POR FAVOR SEÑALE QUE ACTUACIONES ADELANTARON USTEDES COMO CONTRATISTAS PARA MINIMIZAR EL IMPACTO PRODUCIDO POR LA DESACTUALIZACION DE LOS ESTUDIOS Y DISEÑOS. CONTESTO. Una vez elaborado el presupuesto para la ejecución de la obra con las condiciones actualizadas al año 2015 nos arrojó que de los 48 km que hay entre Palermo y Guaimaro solo podíamos construir 26 km, esto quiere decir exactamente la mitad de lo inicialmente contemplado en el proyecto que eran 52 km, al hacer la medición con topografía se determinó que la distancia real a ejecutar era de 48 km, pero con las nuevas condiciones solo nos alcanzaban los recursos para construir 26 km, entendiendo que había una disminución significativa del alcance del contrato conjuntamente con la interventoría y por solicitud de la misma Gobernación y el Invias entramos a considerar reducir la distancia del transporte de los materiales el cual estaba impactando bastante el proyecto porque como ya lo dije en alguna oportunidad las distancia de transporte de materiales de las fuentes se incrementaron en un 1.000% dentro del contrato, siendo esta actividad la que mas impactaba negativamente el contrato, para disminuir estas cantidades de transporte era necesario conseguir fuentes de materiales mas cercanas al proyecto, nos dedicamos conjuntamente con interventoría a visitar las corporaciones respectivas que nos entregaron los listados de todas las canteras licenciadas, o sea con permiso para trabajar en el Departamento del Magdalena y en el del Atlantico, asimismo nos dieron los listados de las canteras que se encontraban sin licencia, producto de estas visitas encontramos fuentes de materiales que cumplían con las especificaciones técnicas exigidas por el invias y que se encontraban mas cercanas al proyecto pero que carecían de algun documento legal para iniciar su operación, los visitamos y les propusimos que si agilizaban los tramites para legalizar su producción nosotros podíamos adquirir esa producción y es asi como en agosto de 2015 encontramos una fuente de material llamada Rancho Alegre que cumplió todos los requisitos legales para poderla incluir dentro del proyecto y en Febrero de 2016 encontramos la fuente de material la Fontana que empezó a hacer sus tramites de licenciamiento y hacia finales de junio de 2016 entró en operación y fue vinculada al proyecto. Eso permitió hacer reducciones en la distancia del transporte que inicialmente rondaba los 100 km hasta llegar en julio de 2016 a un promedio de 50 km; esto nos permitió generar ahorros dentro del proyecto e incluir actividades importantes como la construcción de las obras de drenaje y la construcción del puente de caño clarín que se adicionó al contrato en octubre de 2016 producto de un plan de mejora solicitado por la Contraloria General de la Republica

Por su parte, el ingeniero ALFONSO TIQUE ANDRADE manifestó:

PREGUNTADO POR EL APODERADO: RESPECTO DE LO CONSIGNADO EN EL NUMERAL 2.4 SUBNUMERAL 4 DE LA PAGINA 17, INDIQUE POR FAVOR SI LA GOBERNACIÓN DEL MAGDALENA, EL INVIAS, EL INTERVENTOR HAN ESTADO ACTIVOS EN LA BUSQUEDA DE FUENTES DE MATERIAL DE TERRAPLEN, LO CUAL

211

IUS E-2017-519707 /IUC-D-2017-956399
Auto: Fallo de primera instancia-30-09-2020
Caso: Proyecto Vía La Prosperidad – Gobernación de Magdalena
CJOM/OLSC



PERMITA DISMINUIR COSTOS DE LA OBRA? CONTESTÓ. El testigo responde dando lectura al numeral 4 del ítem 2.4 de la pagina 17.

“Desde el inicio del contrato se han revisado fuentes de materiales para la construcción del terraplén lo cual se evidencia en los informes de interventoría, lo cual muestra acciones realizadas para localizar fuentes aptas de materiales para terraplén con el fin de reducir la distancia de acarreo y por consiguiente los costos de transporte del material. Dichas acciones aparecen registradas en 13 de los informes de interventoría presentados entre enero 2015 a mayo 2016. No obstante para los efectos del presente informe no es posible calificar si la misma fue suficiente para conseguir el logro buscado en el menor tiempo posible a partir del inicio del contrato.”

En declaración rendida por JUAN VALENTÍN BRICEÑO MARTÍNEZ, respecto a las fuentes de materiales y el transporte de éstos indicó lo siguiente respecto de las preguntas planteadas por la defensa: (folios 1384-1373)

PREGUNTADO. DE LO QUE A USTED LE CONSTA QUE ACCIONES TOMÓ EL INVIAS PARA REDUCIR EL IMPACTO QUE PRODUCIA LA LOCALIZACION DE LAS FUENTES DE MATERIAL DE TERRAPLEN, CONTESTÓ. Lo que ya le comenté empezamos a explorar nuevas fuentes que nos permitieran reducir los costos y el impacto fuera menor, explorar nuevas canteras que permitieran que se redujeran los costos.

PREGUNTADO. LO MISMO PARA EL DEPARTAMENTO, QUE ACCIONES TOMO EL DEPARTAMENTO PARA REDUCIR EL IMPACTO. CONTESTÓ. **Se visitaron muchas canteras y se hizo muchos ensayos de material y se logró lo que he dicho de estas canteras, eso fue un equipo conjunto entre gobernación, invias, el contratista y la interventoría, hubo proactividad ahí.** Al final de todo esto la interventoría analiza, estudia y conceptúa y es quien da su aprobación.

En testimonio del ingeniero WALTER ALFONSO PAUTT TORRES, indicó lo siguiente frente las preguntas de la defensa (folios 1384-1392)

PREGUNTADO. QUE ACCIONES TOMÓ EL DEPARTAMENTO FRENTE A ESTAS SITUACIONES QUE NOS RELATA. CONTESTÓ. Después de esas revisiones se hizo un comité operativo en Marzo, exponiendo todas las observaciones que salieron y se le dijo a la interventoría y la contratista, por lo menos en el ítem mas impactante que es el transporte, se les ordenó buscar canteras más cercanas que cumplieran con todos los requisitos u otro medio de transporte, se dio esa orden al contratista y a la interventoría, **el Departamento en el comité dio la orden, y precisamente se hizo, se buscaron otras canteras más**

212



cercanas, una que se llama Rancho alegre y la Fontana, para la utilización de esas 2 canteras hubo un proceso, porque la primera Rancho Alegre cumplía en un momento pero había restricciones porque esa vía estaba concesionada, no aceptan el paso de volteos o volquetas de 14 metros cúbicos que es para que tengan mejor rendimiento, luego se encontró la Fontana, mezclándola con Rancho Alegre se redujo la distancia en 80 frente a Arroyo de Piedra bajándose la distancia a 50 kilómetros y sobre las mayores cantidades se hizo un acta modificativa para incluir las mayores cantidades de terraplén, las cantidades necesarias, sin incluir adiciones, sino con el mismo dinero que se contaba, a eso se reduce el alcance.

PREGUNTADO. CUANDO SE ENTERÓ EL DEPARTAMENTO DE LA SITUACIÓN PRESENTADA EN RELACIÓN CON LOS ESTUDIOS Y DISEÑOS ENTREGADOS POR EL INVIAS. CONTESTÓ. **Oficialmente en un comité operativo de marzo de 2015 con el INVIAS, el contratista e interventoría, de INVIAS estaba el Director o gerente operativo y después se hizo otro comité con el gobernador también y fue cuando se dio la instrucción de buscar otras canteras para buscar los recursos, ese comité fue mas o menos como el 26 o 27 de marzo de 2015, también con Invias y el contratista y la interventoría, en el primer comité el gobernador no estaba, pero en el segundo si, él también dio la orden de buscar canteras mas cercanas.** Esa zona es protegida ambientalmente y esta prohibido cualquier explotación alrededor, esta protegida internacionalmente, zona RANSA es una organización que protege internacionalmente por ser influencia de la zona grande de la magdalena.

PREGUNTADO. TIENE CONOCIMIENTO DE CUANDO SE ENTERÓ EL INVIAS DE LA DESACTUALIZACION DE LOS ESTUDIOS. Yo creo que en este comité y anteriormente la interventoría pasó un informe a INVIAS anteriormente y varios oficios.

PREGUNTADO. EN SU CONCEPTO Y DADA SU TRAYECTORIA PROFESIONAL CONSIDERA QUE ESTA PROBLEMÁTICA PUDO HABER SIDO SUPERADA DE MANERA DIFERENTE A COMO SE SOLUCIONÓ EN SU MOMENTO. CONTESTÓ. Yo creo que la más viable y practica es la que se hizo, no había otra.

El ingeniero Vladimir Cardona, director técnico del proyecto de interventoría señaló (folios 1424-1443)

PREGUNTADO. QUE ACTUACIONES ADELANTÓ LA INTERVENTORIA PARA MINIMIZAR EL IMPACTO PRODUCIDO POR EL ESTADO DE DESACTUALIZACION DE LOS ESTUDIOS Y DISEÑOS. CONTESTÓ. **La desactualización de los estudios y diseños generó principalmente impactó en la cantidad de material de terraplén y su transporte, adicional a ello las canteras propuestas en los**

213

IUS E-2017-519707 /IUC-D-2017-956399
Auto: Fallo de primera instancia-30-09-2020
Caso: Proyecto Vía La Prosperidad – Gobernación de Magdalena
CJOM/OLSC



estudios y diseños originales se encontraba desactualizada y la información para su análisis era insuficiente. La interventoría dentro de sus funciones revisó cada una de las fuentes de materiales propuestas en los diseños tanto de INGEOCIM como de LA VIABILIDAD, revisó y verificó en campo, encontrando que estas presentaban deficiencias en las calidad de material, agotamiento de producto por la explotación entre el 2008 y el tiempo de la licitación y algunas no se encontraban licenciadas ambientalmente, sin embargo a ello, la interventoría considerando que el proyecto se encontraba más cercano al atlántico que al magdalena tomó como referencia un documento que aportaba la corporación ambiental donde listaba las fuentes de material del atlántico que se encontraban licenciadas ambientalmente, de ese análisis que hizo adicional la interventoría pudo concluir que las fuentes ubicadas en el sector arroyo de piedra en Luruaco Atlántico son las que cumplían en su momento con los requerimientos técnicos y legales que podían ser utilizadas para el proyecto, y que la cantera arroyo de piedra fueron propuestas dentro de los estudios de ingeocim y la viabilidad; de eso también hago una observación y es que dentro del análisis que hizo la interventoría de las fuentes de material ubicadas en el Atlántico pudo detectar que existían una fuente de material que cumplía los requerimientos técnicos y ambientales para ser usadas dentro del proyecto que se llamó Rancho Alegre, sin embargo esa cantera no podía ser utilizada por el contratista debido a que el Departamento del Atlántico tenía restricción de carga en las vías departamentales donde solo permitía transportar por eje sencillo 11 toneladas, adicional a lo anterior los vehículos de carga debían atravesar el casco urbano de Sabana Larga Atlántico, situación que no iba a ser permitida por las autoridades municipales por el deterioro de su infraestructura, como complemento a eso se aclara que la afectación de las cantidades de transporte de material de terraplén obedecieron básicamente al aumento de las cantidades material de terraplén por las máximas crecientes del 2010 y su transporte y a errores en la estructuración del presupuesto para las cantidades de transporte de terraplén del tramo sitio nuevo Palermo, esto quiere decir **que durante la elaboración de los diseños por parte de la firma ingeocim para el tramo sitio nuevo Palermo se consideró la utilización de material de afirmado para la construcción de terraplén cuya especificación dentro del precio unitario se incluye el transporte, el material y la instalación, una vez unificadas las cantidades de terraplén para el tramo sitio nuevo Palermo y guáimaro sitio nuevo se deduce que se excluyó el transporte para el tramo sitio nuevo Palermo, situación esta que impacto el contrato por errores en la estructuración por un valor de 63 mil millones de pesos aproximadamente.**

PREGUNTADO. YA USTED NOS MENCIONO LAS ACTIVIDADES REALIZADAS PARA REDUCIR EL IMPACTO, CUAL FUE EL RESULTADO OBTENIDO DE ESAS ACTIVIDADES CONTESTÓ. Una vez informado a las entidades sobre el impacto

214



que generaba las omisiones de cantidades de transporte y material de terraplén **por efecto de los cambios climáticos y de omisiones en la elaboración del presupuesto de la licitación** las entidades, invías y la gobernación instaron al contratista y la interventoría buscar alternativas que permitieran reducir el **impacto presentado dentro de las alternativas, la primera alternativa presentada fue la suscripción de un precio unitario no previsto denominado transporte de material via fluvial cuyo objetivo era utilizar el rio magdalena para traer materiales de canteras que se encontraban distante vía terrestre y con ello se acortaban las distancias, esta alternativa fue implementada a partir de diciembre de 2015, aclarando que esta actividad fue motivada principalmente por el contratista de obra ya que la actividad de transporte fluvial no era un ítem contractual cuyos rendimientos y labores de ejecución difieren totalmente respecto del transporte terrestre, eso se hace en relación a que desde el inicio del contrato no se podía haber utilizado la modalidad fluvial porque el contratista no licitó bajo la condición de que pudiese hacer un transporte fluvial.** Una vez implementada la modalidad de transporte fluvial, en marzo de 2016 se tuvo conocimiento de una fuente de material ubicada en el corregimiento del vaivén denominada La Fontana, fuente de materia que no se encontraba en el listado que de CRA que se tomó como base para la revisión de las canteras en el periodo precontractual del 2015 de la revisión y ajuste de los diseños, una vez obtenida o conocida la fuente La fontana se realizaron los análisis técnicos y ambientales y se pudo constatar que dicho material podía ser utilizado en obra, pero que debía ser mejorado con otro material de mejores calidades técnicas, razón por la cual el contratista realizar un estudio técnico avalado por la interventoría donde definen que realizar una mezcla de materiales donde se reducía distancia de acarreo hasta Palermo a 57.5 Km, de manera posterior, en agosto de 2016 se realiza nueva valoración de las calidades del material de la fontana y se obtiene una mezcla con otro material de mejores condiciones en un proporción de 87 y 13% reduciendo la distancia a 50 km hasta Palermo. Es importante aclarar que la ejecución de mezclas de materiales disminuye los rendimientos de obra debido a que hay que hacer mayor control de calidad, a requerimientos de mayores procesos de control de calidad. **En resumen de mayo de 2015 inicio de la obra hasta noviembre de 2015** la cantera Arroyo de piedra estaba a 82 km hasta Palermo, luego rancho alegre de diciembre de 2015 hasta febrero de 2016 a 24 terrestre y 40 fluvial es decir la conversión a 68 km terrestre y la fontana mezcla 50-50 desde marzo de 2016 hasta julio de 2016, a 57.5 km y la mezcla fontana en proporción 87 fontana -13 rancho alegre % a 50 km, todos hasta Palermo, de arroyo de piedra solo se transportó el 29% de material que se ha movido a la fecha, el 70% corresponde a las estrategias solicitadas por las entidades para la disminución del acarreo.

PREGUNTADO. TODAS ESTAS ESTRATEGIAS ADOPTADAS PARA LA DIMINUCION DEL ACARREO FUERON APROBADAS POR LAS PARTES

215

IUS E-2017-519707 /IUC-D-2017-956399
Auto: Fallo de primera instancia-30-09-2020
Caso: Proyecto Vía La Prosperidad – Gobernación de Magdalena
CJOM/OLSC



INVOLUCRADAS, INVIAS, DEPARTAMENTO, INTERVENTORIA, Y CONTRATISTA CONTESTÓ. Si todas fueron avaladas por todos.

(...)

PREGUNTADO. LA INTERVENTORIA ANTE LA PROBLEMÁTICA CONOCIDA EN EL AÑO 2015 Y AQUÍ EXPLICADA POR USTED, PRESENTÓ RECOMENDACIONES DE SOLUCIONES, DE SER ASI, DE MANERA CONCRETA INDIQUE CUALES. CONTESTO. Si, nosotros presentamos soluciones como licenciamiento de fuentes de materiales, la solución del transporte multimodal que se implementó, **pero aclaro al respecto que esas soluciones no iban a permitir arreglar el desfase presupuestal que existía porque la afectación principal era en las mayores cantidades terraplén y la desactualización en las fuentes de material y las omisiones de transporte en el presupuesto de la licitación, por mucha estrategia que se hiciera no íbamos arreglar el problema, el problema fue por que la afectación principal del presupuesto de la licitación se debe a la omisión en el presupuesto del contrato de cantidades de transporte de materiales de terraplén para el tramo sitio nuevo Palermo, sumado a la no consideración de las cantidades de material de terraplén y transporte necesarias para atender el fenómeno invernal de 2010 y 2011 y la desactualización de las canteras propuestas en los diseños aportados para la licitación, situación esta que redujo el alcance físico del contrato, cualquier alternativa solo iba a minimizar un poco la afectación descrita anteriormente.**

PREGUNTA. DE ACUERDO A LO ANTERIOR, SI LAS ALTERNATIVAS PLANTEADAS SOLO MINIMIZARIAN LA AFECTACION DESCRITA, DE ACUERDO CON EL CARGO QUE OSTENTA EN LA INTERVENTORIA, CUAL SERIA ENTONCES LA ESTRATEGIA QUE SOLUCIONARA DEFINITIVA Y DE FONDO LA PROBLEMÁTICA. CONTESTÓ. Es claro que se necesitaría asignar los recursos para cubrir las mayores cantidades presentadas por los efectos mencionados.

De lo expuesto se colige que **desde el 6 de julio de 2015**, al poco tiempo del acta de inicio de la obra (29 de diciembre de 2014) y de la aprobación con observaciones de los diseños, por parte del interventor, una vez revisados por el contratista (28 de abril de 2015) y del inicio formal de la obra (1° de mayo de 2015) según consta en el informe mensual de interventoría número 6 de mayo de 2015, el 6 de julio de 2015, **la gobernación de Magdalena, representada por el señor Luis Miguel Cotes Habeych, tenía conocimiento, del desfase de 100 kilómetros de distancia para el transporte de materiales para la actividad de terraplén**, tema sobre el cual el gobernador del Magdalena participó en el comité operativo del 6 de agosto de 2015, impartiendo la orden de buscar canteras o fuentes de materiales más cercanas., que permitieran reducir el impacto presentado

216

IUS E-2017-519707 /IUC-D-2017-956399
Auto: Fallo de primera instancia-30-09-2020
Caso: Proyecto Vía La Prosperidad – Gobernación de Magdalena
CJOM/OLSC



En ese periodo, mediante un trabajo conjunto y en equipo entre gobernación, invias, el contratista y la interventoría, hubo proactividad .se visitaron muchas canteras, se hizo muchos ensayos de material y se logró lo que he dicho de estas canteras, se revisaron fuentes de materiales para la construcción de terraplén, acciones aparecen registradas los informes de interventoría.

En estas verificaciones en campo se encontraron canteras que presentaban deficiencias en la calidad de material, agotamiento de producto por la explotación entre el 2008 y el tiempo de la licitación y algunas no se encontraban licenciadas ambientalmente

También se habla que entre la búsqueda de alternativas se contempló la suscripción de un precio unitario no previsto denominado transporte de material via fluvial cuyo objetivo era utilizar el rio magdalena para traer materiales de canteras que se encontraban distante vía terrestre y con ello se acortaban las distancias, alternativa fue implementada a partir de diciembre de 2015, aclarando que la actividad de transporte fluvial no era un ítem contractual cuyos rendimientos y labores de ejecución difieren totalmente respecto del transporte terrestre, eso se hizo en relación a que desde el inicio del contrato no se podía haber utilizado la modalidad fluvial porque el contratista no licitó bajo la condición de que pudiese hacer un transporte fluvial.

En resumen, como lo expone el ingeniero Vladimir Cardona, Director de la Interventoría, “... de **mayo de 2015 inicio de la obra hasta noviembre de 2015** la cantera Arroyo de piedra estaba a 82 km hasta Palermo, luego rancho alegre de **diciembre de 2015 hasta febrero de 2016** a 24 terrestre y 40 fluvial es decir la conversión a 68 km terrestre y la fontana mezcla 50-50 desde marzo de 2016 hasta julio de 2016, a 57.5 km y la mezcla fontana en proporción 87 fontana -13 rancho alegre % a 50 km, todos hasta Palermo, de arroyo de piedra solo se transportó el 29% de material que se ha movido a la fecha, el 70% corresponde a las estrategias solicitadas por las entidades para la disminución del acarreo.”

De manera que en el corto periodo de 6 meses que se evalúan las estrategias adelantadas para solucionar las deficiencias en la planeación, se colige que si bien es cierto el mandatario departamental conoció de la problemática planteada, impartió instrucciones y éstas fueron atendidas y generaron soluciones como la determinación de nuevas fuentes de materiales y la creación del ítem de transporte fluvial, ya se había creado un problema que impactaba el presupuesto del proyecto debido a la deficiencia en la estructuración del presupuesto de la licitación asociados a las modificación en el material de terraplén de afirmado a terraplén para el tramo sitio nuevo Palermo, sumado a la no consideración de las cantidades de material de terraplén y transporte necesarias para atender el fenómeno invernal de 2010 y 2011, así como a la desactualización de las canteras propuestas en los diseños aportados para la licitación.



5.5. PRUEBAS DE LA FALTA DE OPORTUNIDAD Y EFICACIA EN LA ATENCIÓN DE LA DENOMINADA REGULARIZACIÓN O AJUSTES EN EL ALCANCE DEL CONTRATO DE OBRA 617 DE 2013 QUE PERMITIERAN ATENDER LOS FINES DE LA CONTRATACIÓN Y DEL PROYECTO.

5.5.1. Pruebas de la necesidad y obligación de regularizar y/o modificar el alcance del contrato de obra 617 de 2013 y la suspensión de giros por parte del INVIAS.

- Oficio DG 45590 del **21 de septiembre de 2016**: El Dr. Carlos Alberto García Montes, director general del INVIAS, le **solicita a la Dra. Rosa Cotes de ZÚÑIGA**, gobernadora del departamento su intervención para la **regularización de la ejecución del contrato dada la afectación que está padeciendo el proyecto** como consecuencia de los incrementos significativos de algunas actividades de obra especialmente en el transporte de material de terraplén, ítem que representa una variación significativa que representaba un 3.3% del valor total del contrato y en la actualidad (a septiembre de 2016) tiene un peso porcentual del 35% del valor del contrato, como se muestra en la siguiente tabla: folios 146-147 c.a. 13)

	Condiciones Originales Contrato 617 de 2013		Condiciones Actuales Acta Modificatoria No.3 Del 10-12-15
ÍTEM	Transporte de materiales provenientes de la excavación de explanación, canales y préstamos para distancias mayores de mil metros (1.000 m.)		Transporte de material vía fluvial
Unidad	M3-KM	M3-KM	M3-KM
Cantidad	14.067.696,80	88.779.575	47.398.972
Valor Costo Directo	\$1.025	\$1.025	\$1.259,12
Total Costo Directo	\$ 14.419 millones	\$90.999 millones	\$59.680 millones
% Representativo Del Presupuesto GENERAL	3,30%	35%	

Nota: Dentro de este cálculo no se contempla el monto de transporte de los ítems subbase, base, mezcla asfáltica y otros materiales, respecto del cual se considera que puede tener un efecto adicional y significativo en cuanto al incremento en el valor final del transporte; habida cuenta que a la fecha no se ha cerrado la etapa de preconstrucción.



En consecuencia, le solicita a la gobernadora del departamento que revise aspectos inherentes a la ejecución y balance del **contrato y se tomen medidas encaminadas a la regularización** de este teniendo en cuenta los siguientes aspectos:

- Modificar el precio del ítem de transporte de material fijando un nuevo ítem y precio para la ejecución total de esta actividad, o en su defecto implementar una fórmula alternativa en este sentido, en consideración al cambio sustancial que se presenta durante la ejecución del contrato en el ítem de transporte de material de terraplén, ya que en la actualidad es una actividad masiva toda vez que se incrementó de forma exorbitante en un 1000% respecto a lo inicialmente contratado, y que comercialmente se evidencian costos muy inferiores para esta actividad (se adjuntan cotizaciones), decisión determinante que incidiría positivamente en el equilibrio económico del proyecto.
 - Revisar en conjunto con la interventoría el ítem de transporte de material vía fluvial, de manera que esté cumpliendo y cumpla con su funcionalidad de ser un medio más económico como lo solicitó el INVIAS para esta actividad.
 - Dar respuesta a la solicitud de la Interventoría en el sentido de establecer si existe delegación en cabeza del supervisor del contrato de obra y precisar si está facultado para firmar las actas y para definir ítems de pago y precios nuevos.
 - En la licitación se crearon ítems de pago para transporte en forma independiente a los ítems de subbase, bases y mezcla asfáltica, situación que la Gobernación debe evaluar, toda vez que en las Especificaciones Generales de Construcción de Carreteras del INVIAS está establecido técnicamente que en la forma de pago de éstos, se incluye el costo del transporte de tales materiales.
 - Instar al Contratista a iniciar la pavimentación de conformidad con el programa de inversiones vigente y verificar muy bien la ubicación de las plantas de asfalto y trituración.
 - Evaluar la pertinencia de iniciar los procesos sancionatorios por incumplimiento del contrato, solicitados en forma reiterada por la interventoría.
- Oficio DG 61262 del **13 de diciembre de 2016**: En la misiva dirigida por el director general del Invias a la Dra. Rosa Cotes, le ***“reitera la trascendencia que tiene la revisión por parte de la Gobernación de Magdalena de los aspectos inherentes a la ejecución, balance del contrato y medidas encaminadas a la regularización del mismo. Tales medidas son de fundamental importancia, teniendo en cuenta además que el convenio finaliza el próximo 31 de diciembre del presente año”*** (2016). Este oficio es reiteración del oficio DG 45590 del 21 de septiembre de 2016.

En otras palabras, el Director General del INVIAS, según comunicación DG 61262 en el que le insiste en la necesidad de establecer un escenario que permita tomar las acciones contractuales tendientes a regular el equilibrio

219



económico del contrato en función de la adecuada ejecución de los recursos y el alcance del proyecto (folio 145 c.a. 13)

Le expone que esa entidad le preocupa que no se han cumplido por parte de la Gobernación de Magdalena los compromisos adquiridos en los últimos 3 comités operativos llevados a cabo los días 19 de agosto, 7 de octubre y 3 de noviembre del 2016 y particularmente los compromisos de la mesa de trabajo del 22 de noviembre de ese año, así como tampoco se tiene conocimiento que se haya revisado la propuesta presentada para regularizar el contrato, y en todo le reitera la trascendencia del proyecto y le recuerda que el convenio finaliza el 31 de diciembre del 2016.

- **El 28 de diciembre de 2016**, entre ADOLFO ANDRÉS PARODI TORRES, Director de Contratación del INVIAS y ROSA COTES DE ZÚÑIGA, Gobernadora del Departamento del Magdalena suscriben el **ADICIONAL NUMERO 1 Y MODIFICACIÓN NUMERO 3 AL CONVENIO COOPERACION NUMERO 649 DE 2013** con el fin que el Departamento pueda regularizar la ejecución del contrato de obra 617 del 4 de octubre de 2013. Por consiguiente, se estableció prorrogar el plazo del convenio 649 de 2013 desde el 31 de diciembre de 2016 hasta el 13 de noviembre de 2017, ampliación efectuada por solicitud del Departamento, que no implica adición en valor ni sobrecostos para el INVIAS, lo anterior sin perjuicio de las acciones que pueda adelantar INVIAS por el incumplimiento en que haya incurrido o incurra el DEPARTAMENTO (folios 29 a 30. c.p.1)

Entre los considerandos señaló:

“4) Teniendo en cuenta que aún no se ha regularizado la ejecución del contrato de obra derivado No. 617 del 4 de octubre de 2013 (numeración del departamento) se procederá a modificar la CLÁUSULA NOVENA OBLIGACIONES DEL DEPARTAMENTO en el sentido de adicionar el numeral 17 referente a los compromisos DEL DEPARTAMENTO para regularizar el mismo. 5) Que teniendo en cuenta que aún no se ha regularizado la ejecución del contrato de obra derivado No. 617 del 4 de octubre de 2013 (numeración del Departamento) se procederá a modificar la cláusula sexta literal C del convenio interadministrativo 649 de 2013 referente al desembolso de los recursos. (Ver folio 98-99 c.a. 4. Subrayado fuera de texto)

Aquí cabe destacar la principal modificación que alude a las OBLIGACIONES DEL DEPARTAMENTO, contenidas en la cláusula novena y para tal efecto se adicionó el numeral 17 por el cual **se establecen compromisos a cargo del Departamento para regularizar la ejecución del contrato de obra 617 del 4 de octubre de 2013**, como a continuación se exponen:

220



- a) EL DEPARTAMENTO deberá resolver de fondo las solicitudes y requerimientos realizados por el INSTITUTO, especialmente en **sus oficios No. DG -45590 del 21 de septiembre de 2016 y oficio No. DG 61262 de fecha 13 de diciembre de 2016, para lo cual, EL DEPARTAMENTO** deberá acudir a todos los mecanismos que le permita la Ley, esto a mas tardar el día 28 de febrero de 2017;
- b) EL DEPARTAMENTO realizará todas las gestiones requeridas con el fin de precisar el alcance del objeto del contrato derivado, lo anterior solicitando el acompañamiento de las entidades que financian la ejecución del proyecto.
- c) EL DEPARTAMENTO como entidad contratante tendrá hasta el 31 de enero de 2017 para terminar las gestiones necesarias para definir la metodología para que puedan llevarse a cabo la totalidad de los estudios y diseños necesarios del contrato derivado No. 617 del 4 de octubre de 2013;
- d) EL DEPARTAMENTO realizará todas las gestiones para finalizar los estudios necesarios para la ejecución del contrato derivado 617 del 4 de octubre de 2013;
- e) EL DEPARTAMENTO atendiendo las observaciones realizadas por la Interventoría y el INSTITUTO adelantará la revisión estructural a las condiciones de ejecución del contrato derivado para verificar si hay lugar a iniciar proceso administrativo sancionatorio por posibles incumplimientos del contrato de obra derivado;
- f) EL DEPARTAMENTO con el acompañamiento de la interventoría deberá instar con celeridad al contratista para que se cumpla el programa de inversiones del contrato de obra derivado, no solo de la inversión total, sino por cada una de las grandes partidas que lo conforman y especialmente en el pavimento cumpliendo con todas las especificaciones técnicas;
- g) EL DEPARTAMENTO y el INSTITUTO deberán revisar el tema predial con base en las cláusulas del convenio;
- h) EL DEPARTAMENTO deberá verificar con el acompañamiento de la interventoría las distancias de acarreo de materiales y costos, con el fin de realizar los ajustes necesarios.

Por lo anterior la doctora ROSA COTES DE ZÚÑIGA, Gobernadora del Magdalena se comprometió el **28 de diciembre de 2016** a llevar a cabo la regularización de la ejecución del contrato de obra No. 617 del 4 de octubre de 2017, atendiendo las observaciones, contenidas en la cláusula segunda de este acuerdo que modifica la cláusula novena del convenio 649 de 2013, de las cuales se destacan los literales a), b) y f) relacionadas con el cumplimiento del programa de inversiones del contrato de obra y la regularización de su ejecución:

Ahora bien, en cuanto al giro de recursos por parte del INSTITUTO, correspondientes a la vigencia 2016, este quedó condicionado a que el

221



DEPARTAMENTO cumpla las obligaciones de los literales a) y c) de los compromisos adquiridos en este documento adicional del 28 de diciembre de 2016, es decir que se resuelvan de fondo las solicitudes del INSTITUTO del 21 de septiembre y 13 de diciembre de 2016, y que para el 31 de enero de 2017 se encuentre definida una metodología para llevarse a cabo la totalidad de los estudios y diseños del contrato 617 de 2013.

En otras palabras, quiere decir que las obligaciones impuestas para el Departamento, además de propender por una solución pronta, con plazos cortos y definidos, también llevan implícito acciones que en su momento debieron emprenderse, pero que al parecer no se habían realizado como definir una metodología para llevar a cabo la totalidad de los estudios necesarios para la ejecución del proyecto, que también, sea dicho de paso, pone de presente que tales estudios no estarían completos, ni con la suficiencia requerida para ofertar a través de licitación pública dicha obra; también estos nuevos compromisos denotan que al Departamento se le recordaron facultades propias como instar con celeridad al contratista para que cumpla el programa de inversiones del contrato de obra o que verifique si hay lugar a iniciar un proceso administrativo sancionatorio por posibles incumplimientos.

Aunado a lo expuesto también procede señalar que la materialización física del proyecto ejecutado a través del contrato de obra 617 de 2013 por parte del Departamento como contratante y el Consorcio Ribera Este como contratista debió ser sometido su desarrollo a una regularización principalmente a **precisar el alcance del objeto contractual**, que como se evidenciará con otros documentos se redujo significativamente. Lo anterior para garantizar no solo la inversión total sino por cada una de las grandes partidas que la conforman y especialmente en el pavimento cumpliendo con todas las especificaciones técnicas, dado que se encontraban comprometidos cuantiosos recursos públicos y la pavimentación de la vía lograría la conectividad de estas poblaciones y en general de esta región ribereñas y también cercanas a la troncal caribe con el interior del país para un desarrollo más próspero, de ahí su nombre de vía de la prosperidad.

Por lo anterior a la Gobernadora del Departamento, Dra. ROSA COTES DE ZÚÑIGA, representante legal de la entidad territorial se le imponía una carga obligacional y contractual que le correspondía atender, frente a fallas en la planeación, que si bien es cierto se gestaron en el mandato anterior del doctor LUIS MIGUEL COTES HABEYCH, no es menos cierto que fueron advertidas en el primer trimestre del año 2015, como se advierte con otros documentos reseñados en esta providencia, habiendo transcurrido hasta diciembre de 2016 más de 1 año sin que se hubieran solucionado, de ahí la ingente necesidad de ampliar el plazo del convenio supeditado tanto en tiempo como en recursos al cumplimiento de



compromisos a cargo del Departamento, que corresponderá en otros acápite definir el seguimiento a éstos.

- El **28 de diciembre de 2016**, entre ADOLFO ANDRÉS PARODI TORRES, Director de Contratación del INVIAS y ROSA COTES DE ZÚÑIGA, Gobernadora del Departamento del Magdalena suscriben el adicional número 2 al convenio interadministrativo marco número 1266 de 2012 por el cual acuerdan prorrogar el plazo del convenio 1266 del 17 de septiembre de 2012, desde el 31 de diciembre de 2016 hasta el 31 de noviembre de 2016 (sic, entiéndase de 2017 – ver folio 31. c.p.1
- El **12 de enero de 2017** mediante oficio DG 65767 el Dr. CARLOS ALBERTO GARCIA MONTES, Director del INVIAS, en comunicación dirigida al señor Procurador General de la Nación, Dr. FERNANDO CARRILLO FLOREZ, le informa que acorde con el estado actual del proyecto mejoramiento de la vía Palermo. Sitio Nuevo – Remolino –Guáimaro, en el Departamento del Magdalena, ejecutado mediante el convenio 649 de 2012 (derivado del convenio interadministrativo marco No. 1266 de 2012) y contratos derivados se **“dio inicio a las acciones de regularización mediante la suscripción de la modificación 1 del Convenio 649 de 2013, de fecha 28 de diciembre de 2016, del cual se anexa copia.”**. Información puesta en conocimiento de este órgano de control con el fin que de solicitar el acompañamiento en el proceso de regularización “encaminado a la toma de acciones contractuales en función de la adecuada ejecución de los recursos”

En efecto en los folios siguientes al oficio DG 65767 reposan los documentos contractuales que se constituyen en un punto de seguimiento frente a los compromisos y obligaciones adquiridos por el Departamento del Magdalena para regularizar el contrato 617 de 2013 a través del cual se ejecuta la obra objeto del proyecto mejoramiento de la vía Palermo - Sitio Nuevo – Remolino –Guáimaro . (folio 124 c.a, 13, y folio c.p.1)

- El **31 de enero de 2017** el Director General del INVIAS con oficio DG 68503 dirigido a ROSA COTES DE ZÚÑIGA, le solicita que informe el estado actual de los compromisos adquiridos por el Departamento del Magdalena consignados en la cláusula segunda de la modificación No. 3 al convenio 649 de 2013, asociados con la regularización de la ejecución del contrato de obra No. 617 de 2013, y especialmente el compromiso del literal c) referido a las gestiones necesarias para definir la metodología para que puedan llevarse a cabo la totalidad de los estudios y diseños necesarios del referido contrato derivado, no se ha cumplido y el plazo concedido vence ese mismo día de emisión de la comunicación. (folio 123 c.a. 13)
- Oficio SRN 68503 del **31 de enero de 2017**; El Invias le recuerda a la gobernadora del magdalena el cumplimiento de los compromisos consignados en la cláusula segunda del modificadorio 3 al convenio 649 de

223



2013, especialmente el señalado en el literal c) dado que no se ha cumplido y este vence el 31 de enero de 2017.

c) *EL DEPARTAMENTO como entidad contratante tendrá hasta el 31 de enero de 2017 para terminar las gestiones necesarias para definir la metodología para que puedan llevarse a cabo la totalidad de los estudios y diseños necesarios del contrato derivado No. 617 del 4 de octubre de 2013 (Numeración del departamento).*

- **Oficio E-2017-001606 del 10 de febrero de 2017:** El Gerente de Proyectos de la Gobernación de Magdalena presenta un informe ejecutivo en respuesta al oficio enviado por el Dr. LEANDRO RAMOS; Procurador Delegado para la Vigilancia Preventiva de la Función Pública a la Dra. ROSA COTES DE ZUÑIGA, para que absuelva las siguientes inquietudes: (i) *Estado actual del cumplimiento de las obligaciones contractuales de manera especial, pero no exclusiva, en lo atinente a la construcción, ampliación, reconstrucción y mejoramiento de las obras contratadas;* (ii) *cumplimiento del cronograma de obra;* (iii) *cumplimiento de las obligaciones contractuales relacionadas con la gestión predial;* (iv) *cumplimiento de las obligaciones contractuales para la obtención y/o modificación de las licencias ambientales necesarias para la ejecución del proyecto vial;* (v) *cumplimiento de las obligaciones relacionadas con la financiación del proyecto;* (vi) *estado actual de la situación jurídica del contrato en lo atinente a demandas, reclamaciones, procesos sancionatorios y otros eventos de la misma naturaleza, iniciados por el Consorcio Ribera Este en contra de la Gobernación de Magdalena o que esta entidad, haya iniciado en contra del Consorcio desde la suscripción del mismo.* (Folios 49-62 c.p.1)

Respecto del numeral 1) relacionado con el estado actual del cumplimiento de las obligaciones contractuales, este fue respondido a través de varios ítems, así:

- a) Revisión y ajuste de diseños, se indicó que mediante acta del 28 de abril de 2015 se revisaron y aprobaron los diseños con los ajustes allí especificados. Igualmente se consignó que *“En esta acta consta que algunos fueron diseños nuevos (hidrología e hidráulica, geométrico, estabilidad de taludes y terraplenes y geología) y otros fueron ajustes (tránsito, capacidad y niveles de servicios, diseño de estructura de pavimentos)”* (Subrayas fuera del texto original)

De manera que una obra de infraestructura tuvo que ser sometida a diseños nuevos principalmente en volúmenes en los cuales se denota la incidencia de la ola invernal 2010-2011.

- b) Licencias y permisos se indicó que *“Los DAA se recibieron en Julio ya ajustados, para radicación en ANLA, sin embargo el de Sitio Nuevo, debido a*

224



que los especialistas tanto de obra como de interventoría se mantuvieron en que el trazado actual entre Sitio Nuevo – Remolino debía alejarse, esto conllevó a la radicación de los diagnósticos ambientales de alternativas, los cuales luego de surtir las respectivas verificaciones documentales previas, dio inicio al trámite de evaluación de los diagnósticos ambientales de alternativas, según autos No. 06004 y No. 06005 del 5 de diciembre de 2016.” (Subrayas fuera del texto original)

De lo anterior emerge una situación constante originada por deficiencias en la planeación que conllevaron a modificar los trazados de la vía, situación que conlleva trámites administrativos como la radicación de los diagnósticos ambientales de alternativas y su consecuente procedimiento de aprobación por la ANLA.

- c) Gestión Predial, se explicaron las labores adelantadas, la identificación de los predios requeridos, las áreas a adquirir, los avalúos realizados y aprobados.
- d) Construcción de obras.

Se hicieron las siguientes anotaciones, en la cuales la subrayas fuera del texto denotan las consecuencias y ajustes continuos a que se ve sometida la obra por la planeación que aquí se echa de menos y se reprocha en este proceso disciplinario. Veamos:

“La longitud total del proyecto, por el trazado existente, se estima en 52.3 km, sin embargo dadas las recomendaciones técnicas de los especialistas en geotécnia, se requiere alejar el trazado existente de la ribera del Rio Magdalena entre Sitio Nuevo del punto puentes de aguas negras a Remolino y de allí a Guáimaro.

[...]

Los motivos para realizar la reprogramación que se ha solicitado a la interventoría desde el pasado mes de septiembre de 2016, se debe que en el proceso de consolidación de los terraplenes, se debió esperar el concepto de los especialistas geotécnicos para poder iniciar las labores de colocación de la estructura del pavimento, y solamente el 16 de diciembre de 2016, la interventoría autorizó dichas actividades.

El otro motivo es la inclusión del tramo 1.5 km entre Sitio Nuevo Guáimaro y 1.9 km de la entrada a la variante de Sitio Nuevo.

[...]



Es importante informar que solo se está ejecutando el tramo Palermo – Sitio Nuevo, debido a que las llamadas Variantes de Palermo y Sitio Nuevo se encuentran en trámite ante ANLA para definir la alternativa que esta señale dentro del estudio de DAA que se le presentó, al igual que el tramo entre Sitio Nuevo (aguas negras) a Remolino y según se defina desde Remolino a Guáimaro , el trazado que se ajuste, se requerirá o no de tal trámite.

[...]”

Ahora bien, en respuesta al numeral 2) asociado al cumplimiento del cronograma de obra se indicó que el 2 y 9 de septiembre de 2016 se solicitó una reprogramación del programa de obra y de inversiones principalmente de las actividades de pavimentación, por razones técnicas referidas a la consolidación e los terraplenes, también porque no se contaba con mayor longitud de vía aprobada para intervenir, dado inicio a las actividades de construcción del pavimento a partir del 16 de diciembre de 2016.

Agrega que la interventoría solicito la imposición de multas por incumplimiento en la reprogramación del mes de Mayo de 2016 y el Departamento se encuentra en trámites para decidir en consecuencia.

En lo concerniente al numeral 3° se reitera que “el trámites de licencias ambientales para el tramo llamado Variante de Palermo y la de Sitio Nuevo se encuentran en curso ante la autoridad ambiental ANLA”. El numeral 4° no fue respondido, solicitando aclaración de la inquietud planteada por la Procuraduría y el respecto al numeral 5° que “A la fecha no se encuentran en curso demandas del contratista en contra del Departamento del Magdalena.”

- **El 14 de febrero de 2017** ante la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Preventiva de la Función Pública se instala la mesa de trabajo con el fin de dar trámite a la solicitud elevada por el Director General del INVIAS para el acompañamiento al proceso de regularización de la ejecución del contrato de obra 617 de 2013 a la cual asisten representantes del interventor, el contratista, el contratante e INVIAS. A esta reunión asistió la señor ROSA COTES, gobernadora, según registro de asistencia y en el cual se tratan temas relacionados con el avance físico de la obra, **las solicitudes de incumplimiento elevadas por la interventoría**, los riesgos y planes de mejora señalados por el DNP, los costos de acarreo de transporte, se indica que para la fecha de la reunión, según la interventoría, solo hay 760 metros pavimentados de la vía y se plantea como compromiso elaborar un borrador de otro si para determinar si jurídicamente se pueden modificar compromisos contractuales.(folios 120-122 c.a. 13 y folios 32- 37 c.p.1)



En cuanto a la intervención de la Gobernadora del Magdalena se consignó: “La señora Gobernadora, Rosa Cotes, agradece el espacio que realiza la Procuraduría General de la Nación, y resalta la importancia del proyecto para la Comunidad.”

En esta reunión se busca conocer a través de informes ejecutivos solicitados y la participación de las personas convocadas, la situación actual de la ejecución del contrato, de los recursos financieros y las **acciones tomadas o por tomar para lograr el cumplimiento del objeto contractual. En el acta de reunión se plasman las intervenciones de representante del INVIAS, de la Gobernación de Magdalena, de la Interventoría, DNP.**

Para los efectos de esta investigación, se procede a señalar que en el **INFORME EJECUTIVO DEL DNP** presentado en la mesa de trabajo se hicieron los siguientes señalamientos: (folios 38 a 41 c.p.1)

“En virtud de la función preventiva adelantada por la Procuraduría General de la Nación a la Licitación Pública LP-DM_07-2012, conocida por el Departamento Nacional de Planeación a través de los oficios No. 14873, 85371, 69343, 97860 dirigidos a la Gobernación de Magdalena y actuando en ejercicio de las facultades otorgadas en relación con los recursos del Sistema General de Regalías, la Dirección de Vigilancia de las Regalías, inició actividades de monitoreo y control a los recursos del SGR que para el momento no habían iniciado la ejecución” y presento un informe de las actuaciones realizadas desde el 30 de julio de 2013 hasta el 27 de enero de 2015, que incluye el procedimiento administrativo PAP-445-14 contentivo de la Resolución 2359 por medio de la cual la Subdirección de Control de la Dirección de Vigilancia de las Regalías impone la medida de suspensión preventiva de giro sobre los recursos objeto del proyecto, condicionada a la definición legal del proceso contractual LP-DM-07-2012 por parte de la Corte Constitucional; y la Resolución 0085 adoptada también por esta Subdirección, que con base en la decisión del máximo tribunal constitucional por la cual se permitió la continuación de la ejecución contractual del proyecto y considerando que cesaron las situaciones que dieron lugar a la configuración del peligro inminente, ordenó el levantamiento de la medida de suspensión preventiva de giros impuesta al Departamento del Magdalena.

Para los efectos de este proceso y como elementos de prueba que permite estructurar la acusación disciplinaria aquí formulada resulta importante traer a colación que el DNP, conforme en dicho informe esta entidad pública lo menciona, entre los años 2015 (entre el 30 de noviembre y el 11 de diciembre) y el 2016 (entre el 25 y 29 de abril) realizaron visitas al proyecto, identificando acciones de mejora, de las cuales las siguientes presentaron incumplimiento:



Primera visita. Insuficiencias Técnicas.

- El trazado y longitud definitiva de la vía Palermo (Sitio Nuevo) - Guáimaro (Salamina) está sujeta al diagnóstico ambiental de alternativas DAA por la Agencia Nacional de Licencias Ambientales ANLA y definir la viabilidad ambiental.

Segunda visita. Insuficiencias Técnicas.

- El Departamento del Magdalena no cumplió con la oportunidad dado que no ha actualizado los estudios y diseños que requiera el corredor vial, Palermo. Sitio Nuevo – Remolino Guáimaro y el plan de recursos, correspondiente a la acción de mejora.
- El trazado y longitud definitiva de la vía Palermo (Sitio Nuevo) – Guáimaro (Salamina) está sujeta a un diagnóstico ambiental de alternativas DAA por la Agencia Nacional de Licencias Ambientales ANLA y definir la viabilidad ambiental.
- Falta de licencias ambientales de las variantes en el sector Palermo y Sitio Nuevo.
- Ausencia de los ajustes a los estudios hidrológicos e hidráulicos desde el km 22 al 52,6 de la vía correspondiente a la oportunidad de mejora No. 4-d Adicional a lo expuesto el DNP clasificó el proyecto *mejoramiento de la vía Palermo – Sitio Nuevo – Remolino – Guáimaro en el Departamento del Magdalena (Vía de la Prosperidad)* como un **proyecto crítico** en consideración a que se presentó:
- **Falencias en la formulación y estructuración**

Trámites adicionales no previstos en el proyecto como licencias y permisos por el impacto ambiental que generarán las obras en los sectores de construcción (trazado nuevo Palermo – Sitio Nuevo y la variante de Sitio Nuevo) y posibles costos adicionales y demoras injustificadas en la ejecución.

- **Falencias en la Operación.**
A la fecha no se ha definido el trazado, longitud y costo real de la vía, lo que genera incertidumbre sobre el cumplimiento de la meta y el alcance del proyecto.
- **Riesgos en la gestión contractual.**

Se encuentra en curso una acción de controversias que pretende que se declare la nulidad del proceso de adjudicación de la Licitación.



Por todo lo expuesto el DNP en el procedimiento preventivo PAP-1352-16 le impuso al Departamento del Magdalena la medida preventiva de suspensión de giros, a través de la Resolución 4450 del 25 de noviembre de 2016, comunicada el 21 de diciembre de 2016, dado el incumplimiento por parte de la entidad territorial a los planes de mejora formulados, decisión contra la cual, el 26 de diciembre de 2016, el Departamento interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación. Decisión confirmada por el DNP como se expone ampliamente en el acápite relacionado con el análisis frente la irregularidad cuestionada porque al parecer la Gobernación de Magdalena incumplió las acciones de mejora, formuladas ante el DNP, originando la imposición de la medida de suspensión de giros para el proyecto de inversión VIA DE LA PROSPERIDAD.

Lo señalado también fue reiterado en el oficio No. 20174460135901 del 22 de febrero de 2017, dirigido a la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Preventiva de la Función Pública, en el marco de las mesas de trabajo adelantadas para concertar la regularización de la ejecución del contrato de obra 617 de 2013. Allí se expuso lo siguiente en relación con el proyecto de inversión denominado “MEJORAMIENTO DE LA VÍA SALAMINA – GUÁIMARO – SITIO NUEVO (PALERMO)”: “... **el proyecto fue catalogado crítico por el DNP al no tener garantizada su sostenibilidad y funcionalidad, lo cual se traduce en un proyecto con un alto riesgo de no cumplir con su alcance y no servir para el propósito para el cual fue aprobado.**”

En este oficio también precisó que las acciones de mejora fueron formuladas por la Gobernación de Magdalena en su calidad de ejecutor de los recursos del Sistema General de Regalías y que de las acciones de mejora se presentó incumplimiento de:

- “El trazado y longitud definitiva de la Vía Palermo (Sitio Nuevo) – Guáimaro (Salamina) está sujeta a un diagnóstico ambiental de alternativas “DAA” por la Agencia Nacional de Licencias Ambientales “ANLA” y definir la viabilidad ambiental.
- Actualización de los estudios y diseños que requiera el corredor vial, Palermo – Sitio Nuevo – Remolino – Guáimaro y el plan de recursos correspondiente a la acción de mejora.
- El trazado y longitud definitiva de la vía Palermo (Sitio Nuevo) – Guáimaro (Salamina) está sujeta a un diagnóstico ambiental de alternativas “DAA” y definir la viabilidad ambiental.
- Falta de licencias ambientales de las variantes en el sector Palermo y Sitio Nuevo.
- Ausencia de los ajustes a los estudios hidrológicos e hidráulicos desde el km 22 al 52,6 de la vía, correspondiente a la oportunidad de mejora No. 4-d.”

229

IUS E-2017-519707 /IUC-D-2017-956399
Auto: Fallo de primera instancia-30-09-2020
Caso: Proyecto Vía La Prosperidad – Gobernación de Magdalena
CJOM/OLSC



Igualmente consideró pertinente señalar que “...el Sistema General de Regalías exige que los proyectos se ejecuten en las condiciones en las cuales fueron aprobados por parte del OCAD y cuando necesiten ser ajustados, el Sistema prevé el trámite para dicho ajuste.”, condiciones enmarcadas en **el artículo 29 de la Ley 1530 de 2012** que establece que los proyectos de inversión que se financien con cargo del Sistema General de Regalías serán ejecutados por quien designe el respectivo Órgano Colegiado de Administración y Decisión, con estricta sujeción al régimen presupuestal definido en esta ley y al de contratación pública vigente y aplicable y el ejecutor garantizará la correcta ejecución de los recursos asignados al proyecto de inversión, así como el suministro y registro de la información requerida por el Sistema de Monitoreo, Seguimiento, Control y Evaluación.

Lo anterior por cuanto del total del proyecto por \$466.683.000.00, la suma de 200 mil millones de pesos fueron financiados con cargo a recursos del Sistema General de Regalías, circunstancia por la cual el Departamento Nacional de Planeación “... **propende por el uso eficaz y eficiente de los recursos del Sistema General de Regalías, buscando que los proyectos se ejecuten en los términos que fueron aprobados**” (folio 136 cp.1)

Concordante con lo señalado y de manera complementaria el DNP en acta de visita especial del 3 de agosto de 2017 allegó un resumen ejecutivo relacionado con este proyecto de infraestructura vial y considerado de importancia estratégica en el CONPES 3742 del 15 de abril de 2013 (folios 384-389 c.p.3)

En este documento presenta unas conclusiones de la mesa de trabajo instalada con el fin de generar un acompañamiento para la regularización del contrato de obra No. 617 del 4 de octubre de 2013, citada por la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Preventiva de la Función Pública, de fecha 14 de febrero de 2017, la cual se centra en 7 puntos identificados por el INVIAS (ver folio 388 vuelto y 389)

1. Balance de los precios del acarreo.
2. Definición del alcance del contrato en el que se determine a ciencia cierta hasta dónde se va a llegar con la obra.
3. Organización de la obra. Se debe estructurar el cronograma de manera eficiente, adicionalmente se debe incrementar la velocidad de pavimentación.
4. Las acciones de mejora que mencionó el DNP debe tenerse en cuenta para la ejecución, pero deben tener en cuenta las condiciones reales del proyecto.
5. Deben buscarse fuentes de material alternativo.



6. Debe tenerse en cuenta que los estudios y diseños costaron 300 y 400 millones de pesos y que además de las situaciones de la fuente de material, no determinaron que hay sectores que no corresponden con el mejoramiento de la vía sino con una construcción total.
 7. La incertidumbre debe eliminarse.
- El **17 de febrero de 2017**, el Director General de INVIAS, mediante oficio DG 71577 dirigido a la señora ROSA COTES, le solicita que en la elaboración del otro si al contrato 617 de 2013, como compromiso adquirido en la mesa de trabajo del 14 de febrero, se tengan en cuenta aspectos relacionados con la modificación del ítem de pago de transporte de material, la reducción del valor del contrato, la entrega de diseños definitivos por el contratista, la verificación del cumplimiento del programa de inversiones y el inicio de procesos sancionatorios contra el contratista por incumplimientos reportados por la interventoría, entre otros, y en consecuencia le solicita incluirlos, en la elaboración del otro si al contrato de obra 617 de 2013.(folio 119 c.a. 3)
 - Oficio E-2017-002231 del **22 de febrero de 2017**: La Gobernación de Magdalena en comunicación dirigida al Director del INVIAS le indica que de conformidad con los compromisos adquiridos en el literal a) del modificatorio No 3 al Convenio Especifico 649 de 2013, suscrito el 28 de diciembre de 2016, y con el fin de resolver de fondo las solicitudes y requerimientos realizados por el INVIAS, da respuesta de la siguiente manera: (folios 67 a 73 c.p.1. y anexos en folios 74 a 126 c.p.1)

A la recomendación para la modificación del “... *precio del ítem de transporte de material fijando un nuevo ítem y precio para la ejecución total de la actividad, o en su defecto implementar una fórmula alternativa en este sentido, en consideración al cambio sustancial que se presenta durante la ejecución del contrato en el ítem de transporte del material de terraplén, ya que en la actualidad es una actividad masiva toda vez que se incrementó en forma exorbitante en un 1000% respecto de lo inicialmente contratado, y que comercialmente se evidencian costos muy inferiores para esta actividad (se adjuntan cotizaciones) decisión determinante que incidirá en el equilibrio económico del proyecto*” la Gobernación señala que ha hecho múltiples reuniones con el contratista CONSORCIO RIBERA ESTE a efectos de lograr el planteamiento de alternativas que permitan reducir los costos del ítem de transporte y pone de presente aspectos y antecedentes del contrato.

A continuación, se transcriben dichos antecedentes contractuales dado que para los efectos de la presente decisión y el carácter de la investigación disciplinaria es ilustrativo para este Despacho establecer dónde y cómo se determinó el presupuesto oficial de la licitación pública que culminó con la



celebración del contrato de obra 617 de 2013 a través del cual se ejecutaría el proyecto vía de la prosperidad.

- i. El presupuesto del contrato deriva de una convocatoria pública que tuvo como soporte un **presupuesto oficial que el Departamento publicó** para que los interesados ofertaran conforme al cuadro de ítems y cantidades que allí se definió.
- ii. Los proponentes no podían modificar las cantidades del presupuesto oficial que rigió la licitación y tenían unas reglas para ofertar y modificar los precios oficiales que podrían conllevar o no al rechazo de su oferta.
- iii. Como quiera que la modalidad del contrato No. 617 de 2013 fue a precios unitarios y se encuentran soportados en los respectivos APUs anexos a la oferta del contratista, su valor final se establece del resultado de multiplicar las cantidades ejecutadas, de todos los ítems, por el precio del respectivo ítem.
- iv. El valor total inicial del contrato se estableció de acuerdo a la verificación de las cantidades por los precios unitarios de cada ítem, ofertados por el contratista.
- v. El ítem de transporte de materiales provenientes de la excavación de explanación, canales y préstamos para distancias mayores a mil metros (1.000m), **tiene una cantidad inicial presupuestada de 14.067.696,80 M3/KM (...).**
- vi. La cantidad de M3/KM iniciales para el ítem de transporte **proviene del presupuesto que el INSTITUTO entregó al Departamento el mes de Julio de 2012**, para la presentación del proyecto ante el OCAD REGIONAL CARIBE para acceder a los recursos de Regalías y el que utilizó el Ministerio de Transporte (para) tramitar (el) documento CONPES No. 3742.
- vi. **Las mayores cantidades de M3/KM de transporte provienen**, según se ha podido verificar tanto por la interventoría como por el contratista de varias **circunstancias que confluieron al momento de revisar los estudios y diseños fase II recibidos, y de efectuarse visita de campo**, entre ellas: *1. Mayores volúmenes de material por altura superior del terraplén lo que generan mayor cantidad de acarreo; 2. Mayores distancias por ubicación de las canteras con capacidad de suministro, calidad de material y debidos licenciamientos, respecto a las reportadas en las memorias de los estudios fase III; 3. Corrección del cálculo de cantidades por cambio de especificación de afirmado a terraplén, que si bien incluyó las cantidades de M3 de material de terraplén, las cantidades de transporte no se sumaron el ítem respectivo.*

[...]



*La Contraloría General de la Nación, expuso un supuesto detrimento con ocasión a las mayores distancias pagadas para el transporte del material de terraplén y piedra desde el inicio de las obras. Soporta su afirmación en el hecho que toma como referencia la de la Cantera LA FONTANA, cuyos materiales solos no cumplen y no se encontraba en funcionamiento, según lo afirma la interventoría en su oficio INVIAS 3795-2013-900 del 27 de octubre de 2016, observación No. 7. Sin embargo, posteriormente en sus conclusiones, **afirma la interventoría que esa cantera solo estaba disponible para suministrar materiales a partir de marzo de 2016, quedando aprobada su utilización con mezclas, que fueron verificadas geotécnicamente por la interventoría en el mes de mayo de 2016, como allí señala.** La Contraloría respecto a los precios unitarios de transporte de material para terraplén no presenta objeción.*

La existencia de unas mayores cantidades para el ítem de transporte del material de terraplén es conocido por el INVIAS, desde el inicio de las obras, no solo porque la interventoría, entre otras, mediante comunicaciones No. INVIAS 3795-2013-116 del 6 de julio de 2015, y comunicación No. INVIAS 3795-2013-260 del 25 de octubre de 2015, dio a conocer la situación, además de haberse tratado en diversos comités de obra y operativos, entre ellos los siguientes: Comité del 27 de marzo de 2015, del 3 de junio de 2015” (Negritas y subrayas fuera del texto original)

La Gobernación presentó consideraciones jurídicas y de índole jurisprudencial para no considerar como alternativa viable la modificación del contrato.

El ente territorial manifestó que la propuesta del contratista consistió en “*renunciar a cualquier distancia mayor a la de la cantera de la FONTANA, ubicada como se dijo a 5¿48 km hasta Palermo, asumiendo en adelante las mayores distancias que requiera para mejorar el material de terraplén con mezclas o simplemente porque se agote el material de la fuente, incluye su propuesta traer la totalidad del material de fuentes más lejanas aunque sean mayores distancias para lo cual asumirá las diferencias.*”

El Departamento consignó en este oficio el análisis pertinente y consideró viable aceptar la propuesta del contratista y dado que consideró que la misma no conlleva a una modificación del contrato sino a una renuncia de cobros de distancias superiores a los 47 km señaló que daría instrucción a la interventoría para que la aplicara al momento de efectuar los pagos al contratista, sin embargo, a renglón seguido señaló:



“No obstante, lo expuesto, en reuniones posteriores con el Contratista, y en el evento en que, posteriormente, con ocasión a las mesas de trabajo que se siguen con la PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION, se diera un acuerdo diferente que implique modificación del contrato en algunas de sus partes, se dará trámite al contenido de lo dispuesto en el párrafo tercero de la cláusula primera del modificatorio No. 3 al convenio 649 de 2013, es decir, se someterá a la no objeción previa del INSTITUTO.” (Negritas originales)

Igualmente, en esta comunicación la Gobernación responde otros planteamientos del INVIAS “... no sin dejar de resaltar la importancia de precisar que, toda la parte pre contractual y de las condiciones que rigieron el proceso licitatorio, según consta en los archivos y documentos recibidos del Instituto, el Departamento se basó en las especificaciones técnicas del proyecto en fase III recibidos, incluidos en ellos el presupuesto de obra (...)” Subrayado fuera del texto original.

Lo cierto de todo lo expuesto y analizado el informe de respuesta de la Gobernación de Magdalena al INVIAS para atender compromisos adquiridos en el modificatorio al convenio 649 de 2013, del 28 de diciembre de 2016, es que la licitación pública para ejecutar el proyecto vía de la prosperidad que culminó con la celebración del contrato 617 de 2013 se basó en un presupuesto entregado por el INVIAS en julio de 2012 a la Gobernación de Magdalena, presupuesto que corresponde al derivado de los estudios y diseños que en fase III también le fueron entregados por este Instituto al Departamento y que corresponde a aquellos elaborados en los años 2008-2009, a partir de los consultores INGEOCIM y LA VIABILIDAD, que como corresponde al análisis de los estudios y diseños que aquí se hace se encontraban desactualizados para el momento de inicio de este proyecto, en el año 2012, pues había ocurrido la ola invernal producida por el fenómeno climático de la niña, estudios que tampoco validaron las canteras y fuentes de materiales que realmente para el momento de ejecución del proyecto a través del inicio del proceso contractual y la celebración del negocio jurídico de obra fueran aptas y viables jurídica y materialmente es decir que contaran con los permisos de explotación y funcionamiento correspondientes y tuvieran a disposición el material requerido para los terraplenes en las condiciones, cantidades y especificaciones que demandaba la obra.

- En la reunión de la mesa de trabajo adelantada el **23 de febrero de 2017** por la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Preventiva de la Función Pública, ante el Procurador Delegado estuvieron presente, los señores Carlos García, Director de Invias, Rosa Cotes, Gobernadora del Magdalena, Gary Espitia representante legal del contratista Consorcio Ribera Este, Andrea Peña representante legal de la Interventoría, con el fin de atender el compromiso adquirido el 14 de febrero de 2017, en el sentido que el INVIAS presentaría el borrador de modificación relacionado con posibles acuerdos sobre el precio del acarreo del material para



los terraplenes, plazos contractuales o posibles modificaciones al contrato que lleven a regularizar o normalizar la ejecución del contrato. (Folios 132- 135 C.P.1)

En esta acta quedó consignado lo siguiente: *“Teniendo en cuenta que al revisar el contenido de la siguiente cláusula “AJUSTE ÍTEMS A ESPECIFICACIONES INVIAS” la Gobernación de Magdalena y el INVIAS no lograron acuerdo sobre la misma, se suspendió la mesa de trabajo para indicar, que la Gobernación de Magdalena, presentaría contrapropuesta para el día viernes 24 de febrero con copia a la Procuraduría General, para en lo posible lograr acuerdos que puedan regularizar el contrato No. 617 de 2013, suscrito entre la Gobernación de Magdalena y el Consorcio Ribera Este.”*

- En la reunión del **27 de febrero de 2017** ante la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Preventiva de la Función Pública también asistieron la Gobernadora del Magdalena, el Director del Invias, La representante legal del interventor Consorcio ICI, representantes del contratista Consorcio Ribera Este. Se dejó consignado que en la reunión del **23 de febrero de 2017**, no hubo acuerdo en la totalidad de las condiciones establecidas en el borrador del documento “Otro Si No. 5 al Contrato No. 617 de 2013” y se reanuda la reunión con el fin que la Gobernación de Magdalena presente contrapropuesta al INVIAS para regularizar el contrato de obra, a quien se le otorga el uso de la palabra y se consignó a renglón seguido: *“Frente a la propuesta del INVIAS, el “ITEM NO PREVISTO” cuyo valor es de \$715 pesos m3km se propuso este mismo valor adicionándole el costo del AIU (Administración, Imprevisto, Utilidad) para lo cual el INVIAS no aceptó y manifestó reservarse el uso de las acciones a que hubiera lugar. **Esta Procuraduría Delegada, una vez conocidas las posiciones, se manifestó que la Gobernación de Magdalena, como entidad contratante, deberá tomar las medidas contractuales legales para el cumplimiento de las obligaciones contractuales, dando por finalizada la mesa ante el organismo de control”** – negritas fuera del texto original- (folios 117-118 c.a. 13)*

Igualmente se precisó el alcance de la regularización, así: (folios 139-140 c.p.1)

“Se entiende por regularizar la ejecución del contrato, las condiciones contenidas en la cláusula segunda del convenio específico de cooperación número 649-01-13 de 2016, adicional número uno (1) y modificación número tres (3) al convenio principal de cooperación No 649 de 2014 (sic- leáse 2013). Así como los aspectos que deberá tener en cuenta la Gobernación de Magdalena para la elaboración de la minuta del otro si al contrato de acuerdo al contenido del oficio DG-71577 del 17 de febrero de 2017, suscrito por el Director General del Instituto Nacional de Invías – Invías.”



En esta reunión la Gobernación de Magdalena presentó la contrapuesta al INVIAS para el posible acuerdo de regularización al contrato 617 de 2013.

Como conclusión de la reunión se anotó: “Frente a la propuesta del INVIAS, *“El ITEM NO PREVISTO” cuyo valor es de \$715 pesos m3-km, se propuso este mismo valor adicionándole el costo AIU (Administración, imprevisto y Utilidad) para lo cual el INVIAS no aceptó y manifestó reservarse el uso de la acciones a que hubiera lugar.*”

En consecuencia, la Procuraduría finalizó la mesa de trabajo señalando que “...una vez conocidas las posiciones, se manifestó que **la Gobernación de Magdalena, como entidad contratante, deberá tomar las medidas contractuales legales para el cumplimiento de las obligaciones contractuales.**” (Negritas fuera del texto original)

- El 27 de febrero de 2017 en la mesa de trabajo realizada nuevamente ante la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Preventiva de la Función Pública en la
- Oficio de la Gobernación de Magdalena del 28 de febrero de 2017: El gerente de proyectos de la Gobernación de Magdalena en comunicación dirigida al Director del INVIAS (Rad. 137357 del 28-02-2017) le informa lo siguiente:

Con ocasión a las mesas de trabajo realizadas a su petición, ante la PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION, entre los días 14, 23 y 27 de febrero de los corrientes, y en consideración al documento de OTRO SI No.5 solicitados por Ustedes para la modificación de algunos apartes del contrato No.617 de 2013, suscrito entre el DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA Y EL CONSORCIO RIBERA ESTE, entre ellos la priorización de las obras a ejecutar, incluir dentro de las obligaciones del contrato la realización de la totalidad de estudios y diseños, la reducción del precio del ítem de transporte de material de terraplen creando un nuevo ítem, el ajuste de los ítems de sub base, base y mezcla densa en caliente a las especificaciones INVIAS, incluyendo el costo del transporte dentro de estas, adjunto nos permitimos remitir nuevamente el documento ajustado en mesa de trabajo realizada con el CONTRATISTA, conforme a su recomendación ante el ente de control el pasado 23 de febrero al levantar la sesión.

El documento adjunto corresponde en su contenido al mismo que le remitimos el pasado 24 de febrero, con los ajustes pertinentes, los cuales realizamos en consideración a los precedentes que reglamentan el contrato.

Quedamos a la espera del trámite de que trata el párrafo tercero de la cláusula primera del Modificadorio No.3 al convenio 649 de 2013, previamente a perfeccionarlo con el Contratista de obra.



- La gobernación de Magdalena acorde con lo señalado en su Oficio del 28 de febrero de 2017 (Rad. 137357 del 28-02-2017) presenta ante el INVIAS el proyecto de otro sí al contrato de obra 617 de 2013, del cual se destacan las siguientes cláusulas:

acuerda: **CLAUSULA PRIMERA.- PRIORIZACION DE LAS OBRAS A EJECUTAR.-** Se adiciona el PARÁGRAFO PRIMERO DE LA CLÁUSULA PRIMERA del contrato No. 617 de 2013, en el sentido de priorizar las obras a ejecutar, llevando a nivel de pavimento debidamente señalado y demarcado, para los tramos intervenidos a la fecha que corresponden a los sectores PR 34+500 al PR 36+000; PR 39+650 al PR 55+600 y PR 58+500 al PR 60+329, la terminación del Puente Caño Clarín con PR 60+880 al PR 61+180, así como las demás obras que se requieran, incluyendo las variantes de Palermo y Sitio Nuevo, siempre y cuando cumplan con los requisitos de construcción, para la funcionalidad del tramo Palermo - Sitio Nuevo, sin perjuicio de las reducciones al valor del presente contrato que puedan surgir como consecuencia de la suscripción de este documento. **PARAGRAFO PRIMERO:** El presente Otrosí deberá surtir los trámites ante la Dirección Nacional de Planeación para lo de su competencia. **CLÁUSULA SEGUNDA.- OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA.-** Adicionar la CLÁUSULA TERCERA del contrato No. 617 de 2013 OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA: 9. El contratista se compromete a entregar la totalidad de los nuevos estudios y diseños para la vía Palermo – Sitionuevo – Remolino – Guaimaro, previa aprobación y autorización del precio no previsto que incluye dichas actividades. **CLÁUSULA TERCERA.- ÍTEM NO PREVISTO.-** Se modifica la CLÁUSULA QUINTA del contrato No. 617 de 2013 incluyendo un nuevo ítem NO PREVISTO al contrato No. 617 de 2013, que se denominará TRANSPORTE DE MATERIALES PROVENIENTES DE LA EXCAVACIÓN, CANALES Y PRÉSTAMOS PARA DISTANCIAS A CINCUENTA KILÓMETROS, que se aplicará a todos los volúmenes de terraplén transportados, por valor de \$715 pesos m3-km, en costo directo, a partir de la suscripción de la presente modificación. **PARÁGRAFO:** La distancia para el reconocimiento del precio de este ítem se establece en CINCUENTA KILÓMETROS (50 KM), hasta la entrada del Corregimiento de Palermo, más la distancia al punto de descargue en la vía. Esta modificación rige a partir de la suscripción del presente documento. **CLÁUSULA CUARTA.- AJUSTE ÍTEMS A ESPECIFICACIONES INVIAS.-** Se modifica la CLÁUSULA QUINTA del contrato No. 617 de 2013 en los siguientes ítems: 16. Mezcla Densa en Caliente tipo MDC-2; 13. Subbase Granular CBR>40% y 14. Base Granular CBR>80% ajustándolos a las Especificaciones Generales de Construcción de Carreteras del Instituto Nacional de Vías incluyendo el transporte de los materiales según las distancias reales. Se tendrá en cuenta la ubicación de la planta de asfalto existente que ofrezca menor distancia al proyecto. **PARÁGRAFO:** Las partes convienen que con el apoyo de la interventoría determinarán el ajuste de los ítems indicados en la presente cláusula, para lo cual se suscribirán las modificaciones correspondientes. **CLÁUSULA QUINTA: NUEVO PROGRAMA DE TRABAJO E INVERSIONES.-** Para la continuidad en el cumplimiento de sus obligaciones, EL

- El Director General del INVIAS mediante oficio DG 77243 del **22 de marzo de 2017** dirigido a la doctora ROSA COTES DE ZÚÑIGA , le recuerda que ese ente territorial desconoció casi en su totalidad el contenido del otro sí que en consenso se había logrado con su representante, doctor FABIO MANJARRÉS PINZÓN, circunstancia que no permitió mantener lo acordado, disminuyendo el impacto económico positivo respecto del balance del proyecto, y que frente a su propuesta del **28 de febrero de 2017**, el INVIAS es discordante de ella y presenta observaciones en torno al balance del precio de acarreo de materiales, la entrega de los estudios y diseños definitivos, la verificación del cumplimiento del programa de inversiones, entre otros y le recuerda lo siguiente: (folios 114-115 c.a. 13).



Tal como está estipulado en el Adicional No. 1 y Modificación No. 3 del Convenio Específico de Cooperación Nro. 649, de 2013, el próximo 13 de noviembre de 2017 es la fecha de terminación del Convenio y de su contrato Derivado, al cual no se le otorgaran adiciones ni prorrogas, por lo que el INSTITUTO NACIONAL DE VIAS, propone que no se de apertura a más frentes de trabajo y que por el contrario se intensifiquen las actividades de pavimentación actualmente autorizadas por la interventoría CONSORCIO ICI, lo anterior como medida preventiva evitando que para la fecha de terminación del contrato queden obras inconclusas, garantizando de esta manera que la totalidad de las obras ya iniciadas sean entregadas a nivel de pavimento.

Para el particular es menester precisar que durante la ejecución del Convenio existen obligaciones a cargo del Departamento que no han sido cumplidas y que este proceso de regularización había sido tratado de forma positiva entre las partes.

- Oficio DG 77289 del **23 de marzo de 2017**: Comunicación dirigida por el director del Invias al procurador delegada para la vigilancia preventiva de la función pública en el marco de las mesas de trabajo de acompañamiento para la regularización de la ejecución del contrato 617 de 2013, poniendo en conocimiento que *“no obstante lo acordado en la reunión del 23 de febrero del año en curso realizada por parte de esa Delegada, los representantes del Departamento del Magdalena desconocieron casi en su totalidad el contenido del referido otro sí”* (se refiere al proyecto de otro sí número 5 al contrato de obra)
- El **18 de abril de 2017** la Procuraduría Delegada Preventiva para la Función Pública presentó el informe de finalización de la actuación preventiva que tuvo por objeto *“Actuar como tercero imparcial en los acercamientos realizados entre el Instituto Nacional de Vías y la Gobernación de Magdalena para lograr que las partes puedan regularizar o normalizar la ejecución del contrato 617 de 2013”* y generó las siguientes CONCLUSIONES: (folios 145-152 c.p.1)

“1. Al parecer la Gobernación de Magdalena, frente a la solicitud elevada por el Consorcio ICI en su calidad de interventor y quien mediante oficio INVIAS – 3795-2013-984 del 9 de diciembre de 2016, solicitó a la Gobernación de Magdalena, adelantar el trámite correspondiente con el fin de imponer multa al Consorcio Ribera Este por posible “INCUMPLIMIENTO DEL PROGRAMA DE INVERSIONES DEL CONTRATO DE OBRA 617 DE 2013 DE LA GOBERNACIÓN DE MAGDALENA”, no ha resuelto la solicitud de imposición de multa, presunción que se basa en la fecha de la solicitud y la manifestación por parte de los funcionarios del ente territorial, en las mesas de trabajo iniciadas el día 14 de febrero de 2017 ante la Procuraduría General, según las cuales hasta esa fecha se encontraba en análisis la solicitud efectuada por la interventoría y no se había tomado la decisión de dar inicio al procedimiento administrativo sancionatorio.

238



La posible omisión de la entidad pública contratante de adelantar la diligencia establecida en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, podría conllevar a la pérdida de efectividad de una medida que busca apremiar al contratista para lograr el cumplimiento de las obligaciones pactadas en el contrato 617 de 2013. [...]

2. Es posible que la Gobernación de Magdalena incumplió las obligaciones derivadas del Convenio de Cooperación No. 649-01-2013, su adicional No. 1 y la modificación No. 3, suscrito entre al Instituto Nacional de Vías Inviás, especialmente la contenida en la cláusula segunda [...]-

1. En relación con el contenido del informe ejecutivo presentado por los funcionarios del Departamento Nacional de Planeación -DNP, la Gobernación de Magdalena, al parecer incumplió las acciones de mejora formuladas, el cual originó el procedimiento preventivo PAP-1352-16, mediante al cual se impuso la medida de suspensión de giros a través de la Resolución 4450 del 25 de noviembre de 2016, puesta en conocimiento a la entidad territorial el día 21 de diciembre de 2016, y que posiblemente continua el incumplimiento, la situación que justifica la suspensión de giros. A lo anterior se suma las situaciones reportadas por el DNP a los órganos de control y a la Fiscalía General de la Nación de acuerdo al mencionado informe.
2. Teniendo en cuenta lo manifestado por los funcionarios de la Gobernación de Magdalena, así como lo señalado por el interventor del contrato de obra, en las mesas de trabajo realizadas por la Procuraduría General, **cuyo avance físico de obra se encontraba en un 38% de ejecución y un estado financiero del 52% del contrato No. 617 de 2013, llama la atención de este organismo de control que la entidad contratante no haya dado aplicación al artículo 18 de la Ley 80 de 1993**, toda vez que la fecha prevista para la terminación del plazo contractual vence en el día 13 de noviembre de 2017.” (Negritas fuera del texto original) Las conclusiones derivadas del anterior informe, soportadas en la documentación que antecede al mismo, originaron que la Procuraduría Primera Delegada para la Contratación Estatal, por auto del 5 de mayo de 2017, en condición de funcionario especial para el conocimiento disciplinario del asunto, según designación efectuada por el Procurador General de la Nación por Resolución 128 del 19 de abril de 2017, ordenará abrir indagación preliminar y dispusiera como prueba la realización de un informe técnico y financiero respecto de la ejecución y cumplimiento de las obligaciones del contrato 617 de 2013 (folios 165-167)



- **Oficio DG 81311 del 19 de abril de 2017 y DG 83234 del 2 de mayo de 2017:** El director general del Invias en respuesta a la gobernadora del Magdalena que solicita que el Instituto realice el desembolso de los recursos correspondientes a la vigencia 2016, teniendo en cuenta que ha cumplido con las obligaciones del adicional 1 y modificación 3 al convenio 649 de 2013, le señala que éste presentó unas observaciones puntuales frente al (a) balance de precios del acarreo de materiales, (b) entrega de los estudios y diseños definitivos, (c) verificación del cumplimiento del programa de inversiones, (d) atención al hallazgo fiscal (e) ítems, cuyas respuestas no han sido atendidas de fondo como se indica en el oficio DG 77243 del 22/03/2017.
- **Oficio INVIAS SRN 86088 del 17 de mayo de 2017 y DG 95679 del 14 de julio de 2017:** El Ing. Juan José Oyuela Soler, Subdirector de la Red Nacional de Carreteras del INVIAS, en comunicación dirigida a la Dra. Rosa Cotes de ZÚÑIGA, gobernadora del departamento del Magdalena, le indica que en el seguimiento realizado al convenio 649 de 2013, ese ente territorial a la fecha no ha dado cumplimiento a las obligaciones de regularización del contrato como lo estipula el modificatorio 1 y adicional 3 al citado convenio. Igualmente le solicita que gestione los recursos y aportes del Sistema General de Regalías, dado que la Nación no es el único aportante.
- **Oficio SRN 86088 del 17 de mayo de 2017:** El Invias le manifiesta a la gobernación de Magdalena que efectuado el seguimiento a las obligaciones del adicional 1 y modificación 3 del convenio 649 de 2013, el ente territorial no ha cumplido sus obligaciones y por tanto para la obtención de recursos le recuerda que también puede gestionar aquellos provenientes del Sistema General de Participaciones aprobados por el OCAD Caribe.
- **Oficio SRN 86358 del 18 de mayo de 2017 y DG 91102 del 14 de junio de 2017:** El Invias requiere a la gobernación en relación con las licencias ambientales para las variantes Palermo y Sitio Nuevo:

Al respecto, comedidamente le solicito se informe a esta Subdirección el cronograma que ha fijado la Gobernación de Magdalena para continuar con las gestiones de obtención de las licencias ambientales y la elaboración de los estudios y diseños correspondientes. Es claro que la definición de estas actividades influye en gran manera en la meta física del proyecto y en la entrega por parte del contratista de la totalidad de los estudios y diseños necesarios para el proyecto.



- Oficio DG 88338 del **31 de mayo de 2017** y DG 89034 del **2 de junio de 2017**: El Invias le señala a la gobernación de Magdalena en atención a los compromisos adquiridos en las mesas de trabajo, ante la Procuraduría General, para la regularización de la ejecución del contrato 617 de 2013, informe los resultados sobre las medidas evaluadas como alternativas referentes al precio y distancia de acarreo de materiales, toda vez que no tiene conocimiento de la gestión adelantada por el departamento.
- Oficio Gobernación de Magdalena E-2017-009819 del **21 de junio de 2017**: El gerente de proyectos de la Gobernación de Magdalena le informa lo siguiente al director de INVIAS:

En mesas de trabajo realizadas entre la Gobernación del Magdalena y el Consorcio Ribera Este, se obtuvo como resultado, dos borradores del Modificadorio No. 6 del contrato de obra 617 del 4 de Octubre del 2013, uno por parte del Departamento y otro por parte del Contratista, evidenciándose en este último un ahorro hasta de \$22.000.000.000 de pesos, equivalentes al 5% del contrato, que para el Departamento, en cabeza de la Sra. Gobernadora resulta positivo en condiciones de regularizar el contrato.

Por lo anterior, me permito remitir copia de los dos documentos para su conocimiento.

- Oficio DG 95680 del **14 de julio de 2017**: El director general del Invias en comunicación dirigida a la Dra. Amparo García Montaña, directora de regalías del DNP, le solicita informar el avance de las acciones preventivas adelantadas por esa entidad respecto del cumplimiento por parte del departamento del Magdalena frente a plan de mejoramiento implementado.
- El **14 de agosto de 2017** mediante oficio DG 100219, el Director General del INVIAS le recuerda a la señora ROSA COTES DE ZÚÑIGA, Gobernadora del Departamento del Magdalena le reitera el cumplimiento oportuno de las obligaciones del convenio 649 de 2013 especialmente las aludidas en la cláusula segunda, expresado también en comunicaciones del **17 de mayo y 17 de julio de 2017** así: (folios 80, 106, 110 c.a. 13)

“... en cumplimiento de lo establecido en la CLÁUSULA SEGUNDA – VALOR Y APOORTE del Convenio del asunto, a este Departamento le corresponde realizar las gestiones necesarias que le permitan disponer de los aportes provenientes de los recursos del Sistema General de Regalías OCAD – Regional Caribe aprobados según acta No. 002 de 2012; ante lo cual el INVIAS le solicitó adelantar el trámite pertinente mediante el oficio No. SRN 86088 de fecha 17 de mayo de 2017, que fue reiterado a través del oficio No. DG 95679 de fecha 14 de julio de 2017, sin que hasta la fecha se tenga pronunciamiento alguno por parte de ese Departamento.”



- El **15 de agosto de 2017** nuevamente el Director General del INVIAS en comunicación DG 100403 le señala a la doctora ROSA COTES DE ZÚÑIGA que: (folios 77-79 c.a. 13)

“... al no haberse dado aún la regularización del contrato, se insiste para que de forma prioritaria y urgente el Departamento del Magdalena en su calidad de Entidad Contratante informe al Instituto el mecanismo mediante el cual pretende resolver los requerimientos establecidos en los literales respecto de la regularización que nos ocupa, que se transcriben a continuación; por lo que se solicita definir e indicar a esta Entidad para cada uno de ellos las acciones propuestas para logra el cumplimiento mediante la adopción de los mecanismos contractuales posibles, la aplicación de las facultades exorbitantes que estime pertinentes o las acciones judiciales que considere haya lugar”

- Mediante oficio DG 101076 del **22 de agosto de 2017** el INVIAS atiende las solicitudes efectuadas por esta Procuraduría Delegada en la visita especial del 2 de agosto de 2017 (folios 593-602 y 9 medios magnéticos en folios 603 “Requerimientos convenio 649/13 y 1266/2012 via la prosperidad”; 604 (2 CD) “Estudios y diseños Sitio Nuevo – Remolino – Guáimaro Contrato 3434 de 2008” a 608 del cuaderno principal número 3); 605 “Estudios y Diseños INGEOCIM Contrato 1873 de 2007”; 606 “Requerimientos Contrato de Interventoría No. 3795/203”; 607 (2 CD) “Informes Mensuales Interventoría Cto 3795/13 Prosperidad”. CD 1 inf del 1-10. CD 2 inf del 11-16.. 608 (2CD) “Informes Mensuales Interventoría Cto 3795/13 Prosperidad”. CD 1 inf del 17-23. CD 2 inf del 24-30.
- El **25 de septiembre de 2017**, la doctora ROSA COTES DE ZÚÑIGA , Gobernadora del Departamento del Magdalena, en comunicación dirigida al Director General del INVIAS, le solicita la modificación de los convenios 1266 de 2012 y 649 de 2013 a efectos de realizar los ajustes contractuales acordados en las reuniones del 12 y 25 de septiembre de 2017 que generará la modificación al contrato de obra pública número 617 de 2013 suscrito entre el Departamento y el Consorcio Ribera Este y de esta manera dejar regularizado la ejecución de dichos acuerdos (folios 48-52 c.a. 13)
- El **25 de septiembre de 2017** entre el Director General del INVIAS y la doctora ROSA COTES DE ZÚÑIGA, Gobernadora del Departamento del Magdalena se suscribió el adicional número 2 y modificadorio 4 al convenio principal de cooperación No. 649 de 2013 por el cual se prorrogó el plazo del convenio del 13 de noviembre al 15 de julio de 2018 en virtud de que el Departamento Suscribió el otro si No. 6 del contrato de obra No. 617 de 2013 para lograr la regularización del contrato precisando el alcance del objeto contractual a través de cual se ejecutarán los tramos de Palermo – Sitio Nuevo y la construcción del puente caño clarín, excluyendo los tramos Sitio Nuevo - Remolino – Guáimaro y las variantes de Palermo y Sitio Nuevo, de manera

242



que se ajusta el valor del contrato en \$109.851.745.540,42 al pasar de \$432.010.178.757,42, inicialmente contratados a \$322.158.433.217,00 (folios 46-47 c.a. 13)

El director del INVIAS CARLOS GARCIA en su segunda declaración jurada explicó el alcance y concepto de lo que se denominó la regularización de la ejecución del contrato de obra 617 de 2013

AG24 OLGA LILIANA SUAREZ COLMENARES PROCURADURIA PRIMERA DELEGADA PARA LA CONTRATACIÓN ESTATAL: “Bien. En este expediente se encuentra acreditado que el contrato de obra 617 de 2013 a través del cual se ejecuta el proyecto conocido como vía La Prosperidad, tuvo una regularización ¿Qué significa ese término, cual es el alcance de ese término, por qué se origina ese término?”.

INGENIERO CARLOS ALBERTO GARCIA MONTES: “Debido a la situación de los costos que estaba implicando la modificación del material y que los volúmenes a movilizar eran muy superiores a los que estaban en el contrato, la entidad vio la necesidad de buscar un acuerdo con la Gobernación y con el contratista de disminuirle los costos a ese valor de ese ítem, eso no es normal pero, si uno en un contrato pensaba que tenía que hacer una silla que valía 200 y ahora va a tener que hacer son 200 sillas, pues lo lógico es pensar que el costo de esas sillas sea más económico, pero ya a una cosa más a voluntad del contratista porque él puede decir *“A mí me da mucha pena pero es que yo puse este valor”* (Sic) Entonces ¿Qué vimos nosotros? Vimos que era muy numeroso ese contrato y que lo mejor, y lo logramos, fue reducir el costo, el valor del contrato”.

AG24 OLGA LILIANA SUAREZ COLMENARES PROCURADURIA PRIMERA DELEGADA PARA LA CONTRATACIÓN ESTATAL: “O sea. Regularizar puede ser entendido como reducir el costo o ¿Qué significa la expresión de regularizar?”.

INGENIERO CARLOS ALBERTO GARCIA MONTES: “Si, en este caso fue las acciones que se emprendieron que fue acotar el proyecto para que no nos siguiera valiendo más. Entonces se hizo que en lo que ya había intervenido el contratista, terminara de hacer las labores y dejamos un recurso. El contrato valía como 432 mil millones de pesos y terminó valiendo menos valor. Regularizar era no adicionarle al contrato, porque entendíamos que para nosotros el contrato estaba saliendo muy costoso para la comunidad, para el Departamento y para el país. Entonces a pesar que la ley permite adicionarle al contrato, No le adicionamos al contrato. Se hizo la reducción y la reducción aceptó el contratista y pues esos fueron básicamente los puntos esenciales en esa regularización. Tuvimos el acompañamiento de La Contraloría General de la Republica y de las Veedurías”.

AG24 OLGA LILIANA SUAREZ COLMENARES PROCURADURIA PRIMERA DELEGADA PARA LA CONTRATACIÓN ESTATAL: “¿Cuándo advirtieron que había que entrar a regularizar ese contrato, para qué época, para qué fecha?”.



INGENIERO CARLOS ALBERTO GARCIA MONTES: “El contrato se había adjudicado, el contrato se había suspendido, el contrato entró en esa etapa de revisión de estudios y diseños, el contrato inició obras y cuando ya empezamos a ver que en los pagos de las actas había un costo muy alto, que los volúmenes de material eran enormes, entonces ahí fue donde vimos la necesidad de regularizar el contrato. Eso fue en diciembre del año 2016”.

AG24 OLGA LILIANA SUAREZ COLMENARES PROCURADURIA PRIMERA DELEGADA PARA LA CONTRATACIÓN ESTATAL: “Mencionó usted que se buscaban acuerdos con la Gobernación y el contratista para disminuir esos costos. La entidad refiriéndose a INVIAS ¿Por qué INVIAS buscaba acuerdos con la Gobernación y el contratista, cuál era el fundamento para que la entidad INVIAS propendiera por acuerdos?”.

INGENIERO CARLOS ALBERTO GARCIA MONTES: “El interés público, el interés de la comunidad. ¿Qué fue el hallazgo de la contraloría? Le dijo a la Gobernación *“Mire, como usted está pagando los costos entre la fuente del material y el sitio”* (Sic) nosotros que hicimos, empezamos a insistir en buscar nuevas fuentes de materiales y efectivamente se encontraron fuentes de materiales más cercanas. Cuando se encontraron fuentes de materiales más cercanas entonces se disminuyó el costo del acarreo, porque el costo del acarreo dependía de la distancia y lo que hizo la Contraloría fue decir *“A no, no me da mucha pena. Ustedes debieron haber visto esta fuente inicialmente y evitar que se hubiera pagado desde la fuente más lejana”* (Sic) y entonces estableció la diferencia de ese valor que había entre la fuente más cercana y dijo *“Hay un detrimento patrimonial de 32 mil millones”* (Sic) Lo que dijo la Gobernación y yo comparto la posición de la Gobernación *“Me da mucha pena Contraloría pero es que yo estaba utilizando la fuente más lejana y esta cercana no tenía licencia, la licencié, las estudié y la licencié”* (Sic) La Contraloría dice *“La debió haber hecho en un proceso previo”* (Sic) pero ese es un tema discutible, entonces eso era lo que nosotros buscamos, el beneficio a la comunidad que se traducía, en que se pudiera hacer más obra”.

AG24 OLGA LILIANA SUAREZ COLMENARES PROCURADURIA PRIMERA DELEGADA PARA LA CONTRATACIÓN ESTATAL: “En ese proceso que usted habla de reuniones y concertaciones ¿Podía, para regularizar el contrato, podía la Gobernación de Magdalena tomar decisiones de manera autónoma sin concertar con el INVIAS?”.

INGENIERO CARLOS ALBERTO GARCIA MONTES: “Lo que pasa es que llegamos a unos acuerdos, nos pusimos de acuerdo en qué términos, en que no iba a adicionar el contrato. Sí había acuerdo, las decisiones autónomas de la Gobernación son basadas en la relación que tiene con el contratista, pero obviamente las condiciones que estaban establecidos en el contrato y en sus otrosís. Nosotros no hicimos nada distinto de lo que los otrosís y el contrato nos colocaba con relación a la Gobernación”.

AG24 OLGA LILIANA SUAREZ COLMENARES PROCURADURIA PRIMERA DELEGADA PARA LA CONTRATACIÓN ESTATAL: “Es decir, ¿Esas decisiones de la Gobernación estaban sujetas a que hubiera una concertación con el INVIAS o a un aval o aprobación del INVIAS?”.



INGENIERO CARLOS ALBERTO GARCIA MONTES: “En el otrosí ultimo creo que si habían unas condiciones de que al menos se había dejado plasmado que había que regularizar el contrato nosotros apoyamos, pero las decisiones son de la Gobernación. Lo que pasa es que la entidad territorial no puede tomar decisiones con relación a algunas limitaciones del contrato. Voy a poner un ejemplo, nosotros para acabar con esta corrupción que se come este país obligamos en los convenios interadministrativos, que encontramos en la ley una fórmula que los municipios deban contratar con pliegos tipo INVIAS y entonces ese era un debate fuertísimo porque nosotros le entregamos el recurso pero ustedes tienen que sacar la licitación con pliego tipo INVIAS, para que hubiera pluralidad, para que no fuera acomodado, para que no fuera pliego sastre. Ellos atacaban el tema de la autonomía y decían “*Lo que está haciendo el gobierno Nacional es afectar nuestra autonomía como entidades territoriales, la autonomía constitucional*” (Sic) pero nosotros revisamos muy bien con las entidades de control y encontramos que si en el acuerdo contractual, en este caso los convenios, se colocaban unas reglas y unas obligaciones. Entonces eso se entendía que estaban las partes de acuerdo, porque no era una imposición sino que era un acuerdo entre las partes y nosotros sí velamos con que se cumpliera lo que estaba dicho en el convenio. Eso lo quiero referir en términos de la regularización porque está luego en una modificación del convenio con la Gobernación”.

A su turno, el doctor Fabio Manjarrés gerente de proyectos de la gobernación de Magdalena con oficio E-2017-032730 del 1° de diciembre de 2017, expone los motivos y circunstancias bajo los cuales se dio la denominada regularización de la ejecución contractual, señalando que: (folio 829)

“En los términos de las solicitudes de INVIAS, la llamada regularización se dio como aparece en las siguientes cláusulas del modificadorio No. 617 de 2013.

1. MODIFICACION DEL ALCANCE DEL CONTRATO: Conforme quedó en la “**CLAUSULA PRIMERA: AJUSTE DEL ALCANCE DEL CONTRATO No. 617 DE 2013:** *De conformidad con lo pactado por consenso entre las Partes, como alcance del contrato se ejecutará el mejoramiento del tramo comprendido entre Palermo y Sitionuevo que corresponde a los siguientes segmentos: a) PR39+650 al PR55+600 b) PR58+384 al PR+213 y c) PR60+880 al PR60+880 al PR61+180 y la construcción del Puente Caño Clarín, cuyas cantidades están definidas en el Acta de modificación y nuevo programa de obra e inversiones, documento que se suscriben y hacen parte del presente documento.*”

Según parágrafo de la misma cláusula: “*Para todos los efectos se entiende excluido del Alcance del contrato, la ejecución de las obras, estudios y diseños de las variantes de Palermo y Sitionuevo, la ejecución de las obras del denominado tramo 2A que va del PR34+500 al PR 36+000 y la ejecución de las obras, la pavimentación del denominado tramo 1B, estudios y diseños el tramo de Sitionuevo –Remolino –Guáimaro.*”

2. AMPLIACION DEL PLAZO DEL CONTRATO de acuerdo a lo dispuesto en la “**CLAUSULA SEGUNDA: MODIFICACION DEL PLAZO DE EJECUCION:** *Se modifica el plazo de ejecución contenido en la Cláusula Sexta del Contrato No. 617 de 2013, Prorrogándolo hasta el día 15 de julio de 2018. PARAGAF0:* *El programa de obra e inversiones se ajustará en función del plazo adicionado, este programa podrá ser ajustado cuando dentro del proceso constructivo de conformidad con las condiciones técnicas o factores externos así lo ameriten, previo concepto del interventor, y siempre que las Partes así lo convenzan.*”

245

IUS E-2017-519707 /IUC-D-2017-956399
Auto: Fallo de primera instancia-30-09-2020
Caso: Proyecto Vía La Prosperidad – Gobernación de Magdalena
CJOM/OLSC



3. REDUCCION DEL VALOR DEL CONTRATO: De acuerdo al contenido de la **“CLAUSULA TERCERA: VALOR DEL CONTRATO.-** Conforme con lo dispuesto en la Cláusula Primera de este acuerdo modificatorio, se ajusta el valor contenido en la Cláusula Quinta del Contrato No. 617 de 2013, el cual para todos los efectos será de TRESCEINTOS VEINTIDOS MIL CIENTO CINCUENTA Y OCHO MILLONES CUATROCIENTOS TREINTA Y TRES MIL DOSCIENTOS DIECISIETE PESOS CEROS CENTAVOS M.L. (322.158.433.217,00), valor que incluye las cantidades de obra a ejecutar de acuerdo con los diseños definitivos, como también actividades ya ejecutadas y aprobadas por la interventoría, e ítems y provisiones contractuales definidas. **PARAGRAFO:** Como consecuencia de la reducción del valor a ejecutar por parte del CONSORCIO RIBERA ESTE con ocasión del ajuste del alcance del objeto del Contrato Derivado No. 617 del 4 de octubre de 2013, se libera de este contrato un saldo en cuantía de CIENTO NUEVE MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA Y UN MILLONES SETECIENTOS CUARENTA Y CINCO MIL QUINIENTOS CUARENTA PESOS CON CUARENTA Y DOS CENTAVOS \$109.851.745.540.42 respecto del valor inicialmente contratado que fue de \$432.010.178.757.42

Estos son los puntos relevantes de la modificación que se hizo al contrato No. 617 de 2013 según las solicitudes de INVIAS.

En cumplimiento de los acuerdos se sujetaron, conforme aparece en la cláusula cuarta del modificatorio, en función de realizar el pago total de las cuentas debidas al Contratista, en la medida que INVIAS girara al Departamento los recursos de la vigencia 2016 para el proyecto como aportes de la Nación, **situación que solo se logró el pasado 26 de noviembre de 2017**, dado que INVIAS limitó los pagos al porcentual de los aportes, situación que en procura de no discutir por cuanto los recursos del proyecto son uno solo de manera indiferente de su fuente, se debió solicitar autorización y suscribir modificatorio al convenio que nunca tuvo limitación en los pagos, a incluirle tal condición. Realizados estos trámites se procedió a la utilización de los recursos para pagar los saldos al contratista. Momento en el que se cumplió la condición para darle continuidad a los trabajos, acompañado de reprogramación al programa de obra e inversiones, conforme a los pagos realizados.

Los trabajos dieron continuidad desde el pasado 29 de noviembre, una vez la Gobernación efectuó el pago de los saldos de las actas aprobadas por Interventoría como ya se dijo previo trámite que se surtió ante INVIAS para que esta entidad diera autorización para utilizar la fuente de recursos proveniente de los aportes de la Nación para el pago de los saldos de la facturación debida al contratista de obra, conforme aparece en la cláusula cuarta del Otro Sí modificatorio No. 6 al Contrato 617 de 2013, lo cual se produjo el viernes 26 de noviembre de 2017.” (Negritas y subrayado fuera de texto)



Según las declaraciones de los testigos:

En declaración rendida por el administrador de empresas FABIO ALEJANDRO MANJARREZ PINZON, gerente expuso que a partir de septiembre de 2016. Por espacio de 7 meses, se hicieron trabajos conjuntos entre la gobernación, el Invias, contratista, sociedad colombiana de ingenieros, Planeación Nacional, Procuraduría General de la Nación para regularizar temas jurídicos y técnicos de la ejecución del contrato: (folios 1393-1402)

PREGUNTADO. CUÁL FUE LA TRAZABILIDAD DEL PROCESO DE REGULARIZACION CONTESTÓ. Mesas conjuntas, 87 reuniones, con el INVIAS, con el Ministerio de Transporte, con la Procuraduría, con la Sociedad colombiana de Ingenieros, esto empezó en septiembre de 2016, primero para revisar nuevamente el ítem de transporte, se tenían que hacer estudios minuciosos, el trabajo de campo fue extensivo, de revisar nuevas fuentes de material como ya lo expliqué, que finalmente quedó la fontana como óptima para el proyecto, y como la regularización tenía un alto componente jurídico, era ligar en esos meses lo constructivo y lo jurídico, en ese proceso de regularización revisar fuertemente el plan de inversiones, el cronograma, la protección de lo ya realizado, la verificación de lo realizado, que hicimos entre todos y finalmente hasta septiembre se hace otro si, en el 2017 donde quedan establecidas las nuevas reglas contractuales para este actual contrato, fueron sesiones de trabajo grandísimas, yo quiero citar una en particular con el Ministerio de Transporte, reuniones de 12 horas de trabajo para revisar técnicamente el proyecto. Quiero agregar algo ahí, **la gobernadora lideró un proceso de regularización con todas las instituciones como el DNP, con el INVIAS, Ministerio de Transporte y Contraloría general de la Republica**, hicimos 2 reuniones con la ciudadanía para explicar el proceso de regularización en sitio nuevo donde participó el director del INVIAS, el contralor general para participación ciudadana, el veedor nacional Pablo Bustos, la dra. América Susana Flórez como directora regional de regalías del DNP en la Costa Caribe y comunicar a la ciudadanía que el proyecto iba a tener buen futuro y que se iba a regularizar y como se iba a regularizar.

Respecto al término y alcance de la expresión REGULARIZAR, esto fue lo que le respondió a la apoderada que interrogó:

PREGUNTADO. QUE SIGNIFIAC EL TERMINO REGULARIZAR. DE DONDE SURGE. CONTESTÓ Era organizar la esencia del gobierno, tomar decisiones con invias y la Sociedad Colombiana de Ingenieros que permitiera normalizar el proyecto, que los conceptos jurídicos y constructivos fueran diferentes, consejo que nos dio la Procuraduría en su mesa de trabajo, que **consistía en que este contratista se ganó la licitación por 432 millones de pesos y de manera voluntaria hicimos otro si donde el solo ejecutara 322 mil millones de pesos y la diferencia la**

247



custodiara la gobernación de Magdalena con el Invias para sacar nuevo proceso, uno con diseños actualizados y segundo, que este contratista solamente hiciera lo que se había hecho en la inversión de altura de terraplén. El terraplén que pasó de 1 a 4 metros, que fue levantar todo para impedir problemas hidráulicos entre río y ciénaga, para salvaguardar eso, era proteger lo que estaba hecho en altura de terraplén y respondiera por él, porque hay recursos de regalías en este contrato y entonces no se podía seguir exponiendo ese terraplén, entonces en esos 323 mil millones, lo que estaba en altura de terraplén mas el puente de caño clarín y con la custodia de los 110 mil millones de pesos sacar una licitación nueva, elaborada con pliego de INVIAS, y por la regularización quisimos que el invias nos ayudara a sacar la licitación nueva con pliego de invias, una vez termine este contratista ya estaría adjudicado los tramos desafectados, antes de sitio nuevo y después de sitio nuevo, entonces el proyecto no tendría parálisis como no lo tiene hoy. Y Este as su vez por medio de la veeduría de la Contraloría el contratista en acta de diciembre 1 de 2017 se compromete a hacer y ejecutar mes a mes una metas físicas, corroborada por la interventoría la veeduría ciudadana en la que hace parte la universidad del magdalena, la Sociedad Colombiana de Ingenieros del Magdalena, la sociedad de arquitectos del magdalena, metas que se vienen realizando a partir del marco de la regularización, por eso catalogamos como exitosa la regularización del contrato. Y así lo expresa la contraloría general de la Republica siempre en los comités que hacemos mensual para especificar las metas y tareas específicas del contrato. Cabe anotar que este contrato no ha tenido adición de ningún centavo en recursos, como se licitó así se mantienen los recursos eso es bueno resaltarlo (negritas fuera del texto original)

En cuanto al estado inicial del proyecto visto de manera comparativa con el definido a través de la regularización del contrato por el cual se redujo el alcance físico y el valor de este, señaló:

PREGUNTADO. AUNQUE YA LO HABÍA RESPONDIDO ANTERIORMENTE, PERO PARA MAYOR CLARIDAD, AL DIA DE HOY CUAL ES EL ESTADO DEL PROYECTO, CUANTOS KILOMETROS Y QUE METAS ESTAN PENDIENTES. CONTESTÓ. Yo voy a leer la tabla de compromisos de metas físicas que tiene que realizar este contratista, que están en el oficio E-2018-0104-09 de fecha 25 de mayo de 2018 y recibido en la Procuraduría que lleva esta investigación el 28 de mayo. ESTE DESPACHO INFORMA QUE EL OFICIO REPOSA EN EL EXPEDIENTE. Diciembre de 2017, 1.1 km, de pavimento, de terraplén que ya había hecho, esta estrategia de regularización fue para salvaguardar los recursos del Estado invertidos en el terraplén y el terraplén se protege con pavimento y mezcla asfáltica para no dejar el terraplén a la interperie. Meta cumplida corroborada por informe de interventoría y supervisión del departamento, mas por la veeduría de la Contraloría General de la Republica. Enero de 2018, con 1.4 km cumplidos.

248

IUS E-2017-519707 /IUC-D-2017-956399
Auto: Fallo de primera instancia-30-09-2020
Caso: Proyecto Vía La Prosperidad – Gobernación de Magdalena
CJOM/OLSC



Febrero de 2018, 1. 6 Km cumplidos, marzo de 2018, con 1.3 cumplidos y revisados con los actores que mencioné en diciembre, abril 1.5 km y ahí hacemos un gran comité con el Director del Invias con el representante de la Contraloría General de la Republica para la participación ciudadana y hacemos balance de metas y es positivo y ahí lo manifiestan los medios de comunicación para el mes de abril con rueda de prensa que da el Director de INVIAS y el representante de la Contraloría. De forma sucesiva tendrán compromiso de mayo de 1.4 km, de junio de 1.2 km y de julio de 2.66 km, mas el puente del caño clarín que también va al día en su ejecución. Es una tabla de verificación mes a mes de la regularización del contrato con el contratista, y de manera paralela la Gobernación con el INVIAS ya edificaron pliegos para las licitaciones del tramo 1 B y 2 A que no lo haría este contratista **sino un nuevo contratista bajo la modalidad de licitación publica por pliegos de invias, pues así lo quiso la gobernación, mas los concursos de méritos para los diseños definitivos de la variante de Palermo sitio nuevo y del trazado de sitio nuevo hasta adelante, hasta Guáimaro** . También de forma conjunta en la etapa precontractual y contractual de esos nuevos procesos contractuales con el INIAS, es decir, los recursos desafectados del actual contratista que hoy están en custodia del departamento, solo se hace uso de ellos con el consentimiento técnico y jurídico del invias, en el marco de la asociatividad del convenio del invias.

PREGUNTADO. CUAL ERA LA LONGITUD DE LA VIA INICIALMENTE PACTADA. CONTESTÓ. El proyecto lo aprueban **por 52 km, longitud de sitio nuevo a Guáimaro , pero si uno revisa el proyecto de Sitio Nuevo a Guáimaro da 48 km y no 52,** de los cuales los recursos del convenio que son 432 mil millones de pesos, que coloca el INVIAS representando al gobierno nacional **que pone 232, y el Departamento 200 por medio de regalías, porque la interventoría la contrató por aparte el invias,** que no hace parte la gobernación de la contratación de esa interventoría, con esos 432 mil millones de pesos, esos recursos, que nunca ha existido adición en recursos, llegaran a 26 kilómetros, mas el puente en caño clarín con las variantes de Palermo y sitio nuevo, para garantizar origen- destino. **Los 320 mil millones de pesos son para los 18 kilómetros mas el puente de caño clarín que tiene que hacer este contratista** y nosotros de forma conjunta con el invias, estamos haciendo la etapa precontractual y contractual de los 110 mil millones de pesos para los tramos 1 B, 2 A y las variantes de Palermo y sitio nuevo con los diseños nuevos y su etapa consultiva. Por consiguiente, **a este contratista le reducimos su alcance contractual y su alcance financiero** (negritas fuera del texto original).

Ahora bien, respecto al conocimiento de la problemática planteada que estaba generando atrasos en el cumplimiento del programa de inversión y por ende impactando el alcance físico de la obra, el administrador de empresas FABIO ALEJANDRO MANJARREZ PINZON, gerente del proyecto de la gobernación

249

IUS E-2017-519707 /IUC-D-2017-956399
Auto: Fallo de primera instancia-30-09-2020
Caso: Proyecto Vía La Prosperidad – Gobernación de Magdalena
CJOM/OLSC



del departamento, manifestó lo siguiente frente a las preguntas de la defensa: (folios 1393-1402)

PREGUNTADO. EN QUE MOMENTO TIENE CONOCIMIENTO EL DEPARTAMENTO QUE NO SE LOGRARIA CUMPLIR CON EL ALCANCE FÍSICO DEL PROYECTO. CONTESTÓ. **Una vez en mayo que yo entro a la supervisión del contrato y lógicamente uno lo primero que mira es toda la trazabilidad del proyecto**, conocer de fondo el proyecto, en marzo del 2015 que no estaba este gobierno ni mucho menos yo, en este comité por el tema de mayores cantidades de obra iba a ver reducción de la meta física.

PREGUNTADO. TIENE CONOCIMIENTO SI UNA VEZ EL DEPARTAMENTO TUVO CONOCIMIENTO DE ESTO, TOMO ALGUNA ACCION AL RESPECTO. CONTESTÓ. **Si, si uno comienza a mirar después de ese comité de marzo de 2015, específicamente el ítem de transporte por tema de mayores cantidades de material, tenían que buscarse estrategias para minimizar el tema de peso del contrato el tema de transporte, y uno mira la gráfica y es descendente siempre, arranca con una distancia y a medida que se va ejecutando el proyecto, buscando estrategias conjunta con el INVIAS e interventoría, va reduciendo la distancia del ítem de transporte y es claro ahí que se va optimizando el tema de recursos de ese contrato en ese ítem que impactaría positivamente en el mayor alcance de metas en el proyecto, si la curva es descendente, la gestión es positiva, el problema fuese que la curva fuera ascendente, y esto se va haciendo con eficacia.** (Negritas fuera del texto original)

En cuanto a las estrategias implementadas por la gobernación de Magdalena señaló:

PREGUNTADO. TIENE CONOCIMIENTO EN QUE CONSISTIERON ESAS ESTRATEGIAS EMPLEADAS PARA OPTIMIZAR RECURSOS, CONTESTÓ Cuando yo entré en mayo ya estaba la distancia estandarizada que hoy se está pagando que es de 52 km, que es la distancia regularizada del contrato **entonces, esa distancia regularizada desde mayo de 2016 se viene efectuando igual**. El tema de las canteras estaban a unas distancias producto de un tema clave, lo que pasó después del 2010 no solamente para el Departamento del Magdalena sino para el Departamento del Atlántico cambio geomorfológicamente por el tema de las inundación y por eso biofísicamente cambio todo el sector, por **eso las gestiones que se hicieron, fue buscar fuentes de materiales mas cercanas que cumplieran lógicamente con calidad, con legalidad y sostenibilidad del producto**, entonces pasaron de 84-88 km a 68 y después gestionaron una práctica bimodal, que era por rio y por tierra que daba unos ahorros, pero el rio en época de sequia baja su caudal y el transporte no puede dar hasta que aparece una nueva fuente de material y es la Fontana y como todos sabemos y

250



lo hemos explicado en el marco de la regulación y así lo sabe el INVIAS y la interventoría del INVIAS, pues no la contrató el Departamento sino el INVIAS en el marco del convenio, aparece la fontana que tenía impedimentos de carácter ambiental y apenas se otorga el proyecto comienza a extraer fuente de material a la distancia que hoy está más óptima y regularizada por el contrato. Entonces a esa curva descendente es la que me refiero, inicia con distancia de 88, aprox, pasa a 68 aprox y luego a 50 km que hoy es la que se está facturando y ejecutando, pero ya desde mayo de 2016 ya se estaba ejecutando, entonces cuando entré yo al cargo ya estaba la extracción desde la Fontana. Apenas dieron licencia de una vez empezaron a traer de ahí. (Negritas fuera del texto original)

Por su parte el ingeniero civil Javier David Díaz Buendía en declaración rendida, atendido su condición de Director Administrativo del Consorcio Ribera Este dio a conocer que, si bien con ocasión de la regularización del contrato 617 de 2013 donde finalmente se atenderán y mejorarán 18 kilómetros de la vía, también lo es que no será posible finalizar la obra para el 15 de julio de 2018 porque por causas ajenas

De manera que la regularización que considera tan exitosa la gobernación de Magdalena, porque se reduce el costo de la obra, por la que pagaran alrededor de 322 mil millones de pesos de 432 mil, para el mejoramiento de una vía en uno de los tres tramos iniciales establecidos, en 18,02 kilómetros, de los 52,6 originales, y el puente del caño clarín, y con un plazo real de ejecución desde el 29 de diciembre de 2014 que se reinició la obra luego hasta el 15 de julio de 2018, es decir, 3 años y 7 meses o 43 meses aproximadamente, tampoco podrá culminarse para la fecha prevista, esto es para el 15 de julio de 2018, situación que denota la falta de efectividad y eficacia en las medidas adoptadas y lideradas por la gobernación de Magdalena, y frente a las cuales se había advertido fallas en la estructuración de este otro sí que impactaran negativamente su cumplimiento.

“PREGUNTADO: CUAL ES EL ESTADO ACTUAL DE LA EJECUCION DEL CONTRATO. CONTESTÓ. Producto de una regularización del contrato que se firmó en septiembre de 2017, el 5 de septiembre de 2017, creo, el alcance del mismo quedó confirmado en 18.02 km porque supuestamente el tramo de 7 km de las 2 variantes por no tener licencia ambiental no podía ser construido por el Consorcio Ribera Este. De los 18 km contratados, en este momento llevamos 11 km faltándonos 7 km de vía que deberían ser entregados en Julio de 2018. El otro sí número 6 debía dar inicio el 1° de octubre de 2017, Producto de situaciones ajenas al contratista, las obras acordadas en el otro sí número 6 solo pudieron dar inicio el 1° de diciembre de 2017. El 1° de diciembre de 2017 se celebra un comité con el Invias, la gobernación, el contratista, la veeduría, el comité de veedurías donde se conmina al contratista a que finalicen las obras del contrato el 15 de julio de 2018, en ese comité se dejó sentado que no era

251



posible finalizar las obras el 15 de julio de 2018, porque las obras que deberían hacerse durante los meses de octubre y noviembre de 2017 en las que no se pudo dar inicio al otro sí por causas ajenas al consorcio Ribera Este **no estaban siendo contempladas en los compromisos que se estaban manifestando el 1° de diciembre, es decir que el consorcio Ribera Este no contaba con 8 meses y medio para terminar las obras faltantes del contrato 617** y como no se pudo dar inicio a las obras en octubre, sino el 1° de diciembre de 2017, en el comité del 1° de diciembre no estaban teniendo en cuenta este insuceso y estaban prácticamente obligando al contratista a renunciar a 2 meses de ejecución de obra, manteniendo la fecha de 15 de julio como fecha definitiva de la finalización del contrato 617 de 2013, sin embargo en el transcurso del año 2018, producto de la **supresión de actividades dentro del contrato 617 tales como la gestión predial que fue excluida del contrato a través de otro si modificatorio número 6, la gobernación de Magdalena y el Instituto Nacional de Vías entendieron que esa actividad no se puede excluir del contrato y por lo tanto debió ser incorporada al mismo.** En el año 2018 y producto de las obligaciones impuestas a través de una Resolución emanada de CORPOMAG se obliga al CONSORCIO RIBERA ESTE a realizar una compensación ambiental de 12 mil especies vegetales, las cuales deberán ser plantadas y mantenidas por lo menos durante 5 meses, **la resolución de la corporación tiene fecha de marzo de 2018, por lo tanto el programa de siembra y mantenimiento, trascenderá el plazo contractual.** Producto de esto la interventoría del proyecto ha recomendado a la gobernación de Magdalena la **ampliación del plazo contractual en un tiempo no inferior a 6 meses contados a partir del 15 de julio de 2018.**” (negritas fuera del texto original)

En las siguientes respuestas se detallan las causas ajenas al contratista explicadas por el Director Administrativo del Consorcio Ribera Este, por las cuales considera que en los meses de octubre y noviembre de 2017 no se pudo iniciar con las actividades de la regularización acordada con la gobernación de Magdalena, en septiembre de ese año, según el modificatorio número 6 al contrato de obra 617 de 2013, esto debido a que los pagos pendientes solo se hicieron hasta el 28 de noviembre de 2017.

“La regularización del contrato obedece a una solicitud del invias de disminuir el precio unitario del ítem correspondiente al transporte de materiales, el consorcio ribera este siempre se mantuvo en la posición de que este es un contrato a precios unitarios fijos por lo tanto entrar a modificar o cambiar un precio unitario cambiaría la naturaleza del contrato y lo volvería un contrato a precio global, legalmente cambiar la naturaleza del contrato después de firmado creo que no es posible, y por eso el consorcio Ribera Este siempre se mantuvo en la posición de no modificar precios unitarios y si entrar a modificar cantidades de obra o distancias de acarreos de materiales, producto de la

252

IUS E-2017-519707 /IUC-D-2017-956399
Auto: Fallo de primera instancia-30-09-2020
Caso: Proyecto Vía La Prosperidad – Gobernación de Magdalena
CJOM/OLSC



renuncia del consorcio Ribera Este de acceder a las pretensiones del Invias, de manera unilateral el invias suspende los giros a la gobernación de Magdalena desde finales de diciembre de 2016, producto de lo anterior las actas parciales de obra de los meses de febrero a agosto del año 2016 no fueron pagadas por la gobernación de Magdalena debido a su insolvencia económica al estar suspendidos los giros tanto del DNP como del INVIAS, eso obliga al consorcio Ribera Este a solicitar la aplicación de la excepción del contrato no cumplido del artículo 1609 del código civil que establece que en los contratos sinalagmáticos ninguna de las partes está obligada a cumplir mientras su contratante no cumpla en debida forma sus obligaciones, **con la firma del otro si número 6 se acuerda con la Gobernación de Magdalena en presencia del INVIAS que la obligación de cancelar las actas parciales de obra será una vez suscrito y firmado el otro sí número 6 del 25 de septiembre de 2017, producto de este acuerdo se hace la reprogramación 6 que establece la comunidad de las obras para el 1° de octubre de 2017 una vez se hayan cancelado las actas parciales de obra de febrero a septiembre de 2017 al contratista, esta situación solo se pudo dar el 28 de noviembre de 2017 con la cancelación de las actas de febrero a octubre de 2017.** (Negritas fuera del texto original)

Otro de los factores que inciden en el cumplimiento eficaz de los compromisos adquiridos en virtud de la regularización de la ejecución del contrato de obra 617 de 2013 es lo atinente a la inicial exclusión de la actividad de gestión predial:

PREGUNTADO POR EL DESPACHO: POR QUÉ LA GESTION PREDIAL FUE EXCLUIDA DEL MODIFICATORIO COMO LO ALUDIÓ EN RESPUESTA ANTERIOR. POR FAVOR EXPLIQUE. CONTESTÓ: Cuando se hace la regularización del contrato y se excluye la ejecución de las 2 variantes que tienen una longitud de 7 km y se requiere licenciamiento ambiental, de manera extraña la responsabilidad frente a la obtención de la licencia ambiental recayó en el contratista, cuando por ley la obtención de los permisos y licencias para la construcción de una obra civil está en cabeza del Estado, entonces una licitación de una obra pública no puede abrirse si no se tiene la totalidad de los permisos y licencias para su ejecución, sin embargo en esta responsabilidad la obtención de la licencia fue endilgada al consorcio y por lo tanto no se permitió su ejecución, el invias endilgó esta responsabilidad y manifestó que nosotros no podíamos ejecutar y nos quita 87 km del contrato y se hace una reducción del valor del contrato, por lo tanto dentro del presupuesto ajustado que se presenta para la elaboración del otro si número 6 se excluyen las actividades de ejecución de estos 7 km que hemos explicado mas no otras actividades contractuales para los 18 km aprobados, esto quiere decir que dentro del presupuesto que invias el consorcio a invias para la definición del nuevo valor contractual se tienen contempladas todas las actividades necesarias para ejecutar estos 18 km y garantizar a los propietarios el pago de las franjas ocupadas para la ejecución de la vía. El valor presentado

253

IUS E-2017-519707 /IUC-D-2017-956399
Auto: Fallo de primera instancia-30-09-2020
Caso: Proyecto Vía La Prosperidad – Gobernación de Magdalena
CJOM/OLSC



por el consorcio Ribera Este fue de 332 mil millones de pesos, sin embargo el invias por situaciones que aún no entendemos manifestó que el contrato no podía superar los 322 mil millones de pesos, para esto fue necesario recortar actividades que incluyeron la totalidad de la gestión predial y algunas cantidades de obra que era necesario finalizar el contrato. Al preguntar el consorcio Ribera Este sobre el porqué de la supresión de la gestión predial que garantizaba la franja de terreno a los propietarios afectados, ellos manifiestan a que **esa responsabilidad se la habían trasladado a la gobernación quien sería la que debería adelantar la gestión predial hasta su culminación.** (Negritas fuera del texto original)

El ingeniero civil ingeniero Vladimir, director de interventoría del Consorcio ICI señala que frente a la problemática aludida se han realizado varios comités operativos en los cuales ha asistido la gobernador del departamento. También expone que por parte de esta entidad han tenido respuestas tardías (folio 1424)

Al preguntarle si la regularización del contrato, suscrita en septiembre de 2017, se hubiera podido realizar antes, teniendo en cuenta que para el 2015 fue detectada la problemática mencionada, contestó:

Yo creería que si se pudo realizar antes, porque ya se conocía desde el comienzo la problemática del contrato y la decisión era a nivel institucional de que se buscaran las medidas que establecieran las mejoras para solucionar la problemática y parte de ellos es la regularización, pero ellos, la gobernación como el invias, tendrán sus motivos para explicar porqué no lo hicieron, PREGUNTADO Y POR QUE NO SE HIZO ANTES, es una decisión institucional y ellos podían dar la explicación al detalle del tema.

En cuanto al planteamiento de soluciones por parte de la interventoría respecto de la problemática aludida desde el 2015 y aquí tantas veces referida señaló:

Si, nosotros presentamos soluciones como licenciamiento de fuentes de materiales, la solución del transporte multimodal que se implementó, pero aclaro al respecto que esas soluciones no iban a permitir arreglar el desfase presupuestal que existía porque la afectación principal era en las mayores cantidades terraplén y la desactualización en las fuentes de material y las omisiones de transporte en el presupuesto de la licitación, por mucha estrategia que se hiciera no íbamos arreglar el problema, el problema fue por que la afectación principal del presupuesto de la licitación se debe a la omisión en el presupuesto del contrato de cantidades de transporte de materiales de terraplén para el tramo sitio nuevo Palermo, sumado a la no consideración de las cantidades de material de terraplén y transporte necesarias para atender el fenómeno invernal de 2010 y 2011 y la desactualización de las canteras

254



propuestas en los diseños aportados para la licitación, situación esta que redujo el alcance físico del contrato, cualquier alternativa solo iba a minimizar un poco la afectación descrita anteriormente. (Negritas y subrayado fuera del texto original)

PREGUNTA. DE ACUERDO CON LO ANTERIOR, SI LAS ALTERNATIVAS PLANTEADAS SOLO MINIMIZARIAN LA AFECTACION DESCRITA, DE ACUERDO CON EL CARGO QUE OSTENTA EN LA INTERVENTORIA, CUAL SERIA ENTONCES LA ESTRATEGIA QUE SOLUCIONARA DEFINITIVA Y DE FONDO LA PROBLEMÁTICA. CONTESTÓ. Es claro que se necesitaría asignar los recursos para cubrir las mayores cantidades presentadas por los efectos mencionados.

Aunado a lo señalado presenta una explicación de los tramos objeto de modificación con ocasión de la regularización de la ejecución del contrato 617 de 2013 que inciden e impactan en el proyecto vía de la prosperidad:

QUÉ TRAMOS DEL OBJETO DEL CONTRATO 617 DE 2013 QUEDARON CUBIERTOS POR LA REGULARIZACIÓN A TRAVÉS DEL OTRO SI 6 DE 2017 Y CUALES NO? La culminación del terraplén del denominado tramo 1B entre el PR 39+650 al PR 41+500, la pavimentación y señalización del PR 41+500 al 55+600 y del PR 58+500 AL 60+329, eso todo esta ubicado en el tramo sitio nuevo Palermo, la terminación del puente, la construcción del puente caño clarín con sus accesos, esto quedó estipulado en el otro si 6; lo que se excluyó fue el tramo guáimaro sitio nuevo, la denominada variante de Palermo y variante de sitio nuevo.

PREGUNTADO. CUANDO SE INCLUYÓ LA CONSTRUCCION DEL PUENTE SOBRE EL RIO CLARÍN. CONTESTÓ. 2016, se hizo una modificación, el contrato tenía una partida de obras adicionales o complementarias y de esa partida se tomó recursos para incluir la construcción del puente.

En descargos el doctor Eduardo Rodríguez, jefe de la oficina jurídica de la gobernación de Magdalena, respecto de la participación de la Dra. Rosa Cotes, indicó:

APODERADO SUPLENTE ANDRÉS CÁRDENAS BONILLA: “Perfecto. Le pregunto ahora con respecto al tema de la regularización y son 2 o 3 preguntas máximo. ¿Usted asistió a las reuniones de la llamada y denominada regularización?”

EDUARDO RAFAEL RODRIGUEZ OROZCO: “Sí. Ese tema largamente tratado desde, no sé si 2016 o 2017, pero hubo un momento en el que el Gerente de Proyectos nos avisó en el año 2018 que llevábamos 44 visitas a Bogotá, solamente con el proceso mal llamado en conceptos del suscrito de regularización. Dado que la regularización es en mi concepto y etimológicamente es “Arreglar algo que está irregular” (Sic) la ejecución del contrato no era irregular, era la ejecución de un contrato de obra donde posiblemente

255



los contratistas tenían una interpretación frente a unas actividades, pero el contrato iba en su ritmo. Sí asistí a muchas de esas reuniones, muchas se hicieron en Procuraduría, muchas se hicieron en el INVIAS en Bogotá, muchas se hicieron en la Gobernación en días hábiles o inhábiles, muchas se hicieron en el sitio de la obra, fueron muchísimas reuniones con el objeto de revisar ejecución y revisar temas que preocupaban al Gobierno Nacional y Departamental frente a la ejecución”.

APODERADO SUPLENTE ANDRÉS CÁRDENAS BONILLA: “Perfecto. Le pregunto ¿Cuál fue la actitud de la Gobernadora de esas reuniones de, entre comillas, regularización? Cuando pregunto actitud es en términos de proactiva o inactiva, desde su óptica claramente”.

EDUARDO RAFAEL RODRIGUEZ OROZCO: “El 100% de las actividades, de las acciones, del comportamiento de la Gobernadora fueron proactivos. Primero que la Gobernadora asistió digamos que al 99% de las reuniones, a pesar de que eran en muchos casos temas netamente técnicos, temas que ni siquiera yo entendía, sin embargo ella asistía, opinaba, muchas veces el director de INVIAS no asistía pero, la Gobernadora siempre asistió. Si había que instar al contratista, ella lo hacía, muchas veces el contratista no asistió porque, insisto que fueron muchísimas reuniones, ojalá pudiera tener la cuenta pero sí fueron muchísimas, fueron decenas de reuniones donde a veces lográbamos avanzar, a veces había mucho detenimiento en la voluntad de seguir avanzando pero, ciertamente la actitud de la Gobernadora siempre fue proactiva, siempre fue en busca de soluciones, siempre fue proponiendo soluciones, siempre fue, creo que en algunas actas de Procuraduría, fue instando a que se logaran concertaciones y ante todo siempre diciendo, manifestando y recalando que las entidades Nacionales, INVIAS, DNP, Ministerio de Obras, era una sola con el departamento del Magdalena, que la institucionalidad era una sola, que el contratista si bien era un aliado, tenía de alguna manera someterse a lo que el estado le colocara en la ejecución del contrato”.

APODERADO SUPLENTE ANDRÉS CÁRDENAS BONILLA: “Perfecto. Le hago una pregunta. ¿En algún momento percibió inactividad o falta de interés en la Gobernadora en regularizar el contrato?”.

EDUARDO RAFAEL RODRIGUEZ OROZCO: “No. Yo puedo decirlo, puedo certificar y puedo dar fe que la Gobernadora nunca tuvo ni siquiera cansancio, a pesar del cansancio de su equipo de trabajo en muchos de esos aspectos, ella no lo tuvo, ella tenía claro que pasase lo que pasase, tuviese que reunirse todas las veces que había que hacerlo, había que de alguna manera hacer modificaciones contractuales en la ejecución del contrato, para efectos de buscar lo que la Nación o el Departamento pretendía”.

APODERADO SUPLENTE ANDRÉS CÁRDENAS BONILLA: “¿Sabe usted si esto se hizo desde el inicio del mandato de la Gobernadora o si empezó en algún momento particular?”.

EDUARDO RAFAEL RODRIGUEZ OROZCO: “Yo pensaría que inclusive desde el mismo empalme, es decir, ella es consciente de la importancia de esta vía. Debe haber registros fotográficos de que la Gobernadora ha visitado esta vía muchísimas más veces que muchos vecinos de la vía y la Gobernadora ha recorrido esta vía, no solo en los carros



oficiales, la Gobernadora se ha montado en los buses urbanos intermunicipales por donde atraviesa la vía, ella se ha montado en esos buses para verificar si verdaderamente la vía es cómoda para cualquier vehículo, se ha montado en moto taxis, la moto que tiene un carrito, para verificar que la vía sea verdaderamente cómoda, no tenga resaltos, que tenga señalizaciones, ella hizo todo ese tema y sobre todo escogió a Fabio Manjarrés y las instrucciones de ella siempre fueron “*Múdese a la vía y repórteme semanalmente, fotográficamente, el estado de cómo va la obra*” (Sic”).

Por su parte, la interventoría del contrato en su oficio ADM-INVIAS 3795-2013-1 del **4 de octubre de 2017** en torno a la regularización del contrato expone: (folios 756-771, 781, 804-813 y CD en folio 814 c.p. 4)

“La regularización del contrato de obra se llevó a cabo mediante una serie de reuniones promovidas por el INVIAS y la GOBERNACIÓN DEL MAGALENA, con el acompañamiento del CONSORCIO RIBERA ESTE, la Interventoría, y en algunas reuniones con acompañamiento de LA PROCURADURIA en su primera fase y después de no llegar a acuerdos, se hicieron reuniones en el mes de septiembre de 2017, con la participación de la comunidad y la veeduría ciudadana. Los términos y condiciones de la regularización conciliada consistió en **la disminución del valor del contrato pasando de \$432.010.178.757 a \$322.433.217; disminución del alcance contractual excluyendo la construcción de las variantes Sitionuevo y Palermo, como también el tramo 2 A (PR 34+500 a PR 36+000), el tramo Sitio Nuevo – Remolino Guáimaro y así mismo la exclusión de la pavimentación del tramo 1 B (PR39+650 a PR 41+500). De otra parte, se excluyó del alcance del contrato la gestión predial que comprendía la compra de predios.**”

La regularización empezó a regir a partir del 25 de septiembre de 2017, fecha en que se firmó el otro si modificatorio No. 6 entre la GOBERNACION DEL MAGDALENA y el CONSORCIO RIBERA ESTE, así como el Adicional No. 2 y Modificación No. 4 del convenio No. 649 de 2013. (...)” (folio 806 c.p.4)

Respecto de la **suspensión de giros por parte del INVIAS**, esta se encuentra condicionada según el adicional 1 y modificatorio 3, del 28 de diciembre de 2016, al convenio principal de cooperación No. 649 de 2013,

El **4 de octubre de 2017**, la representante legal del consorcio ICI, firma interventora del contrato 617 de 2013, mediante oficio ADM-INVIAS 3795-2013-136 atiende la solicitud de información requerida por esta Delegada mediante oficio radicado 151140, en cumplimiento a lo ordenado por auto del 16 de noviembre de 2017 (folios 756-771, 781, 804-813 y CD en folio 814 c.p. 4)

En cuanto a la **suspensión de giros por parte del INVIAS**, condicionada según el adicional 1 y modificatorio 3, del 28 de diciembre de 2016, al convenio principal de

257



cooperación No. 649 de 2013, manifestó que la Interventoría tiene conocimiento de que no han efectuado pagos a partir de diferentes comunicados del Consorcio Ribera Este, emitidos en los meses de abril, mayo, junio, julio, agosto, septiembre, octubre y noviembre de 2017.

Frente a los motivos por los cuales ha persistido esta suspensión de los giros, se consignó:

“... se cuentan con diferentes oficios del INVIAS: DG 71577 de 17 de febrero de 2017 DG 83234 de 2 de mayo de 2017; SRN 86088 de 17 de mayo de 2017, DG 89034 DE 2 DE JUNIO DE 2017, DG 11387 de 3 de noviembre de 2017, e INVIAS DG 115960 DE 17 de noviembre de 2017, donde se manifiesta que la GOBERNACIÓN DE MAGDALENA no ha dado cumplimiento con la regularización del contrato de obra número 617 de 2013 ya que el INVIAS manifestaba que existía un importante desequilibrio económico en el contrato de obra No 617 de 2013, debido al valor contractual establecido para el precio unitario del transporte de material de terraplén denominado TRANSPORTE DE MATERIALES PROVENIENTES DE LA EXCAVACION DE LA EXPLANACIÓN CANALES Y PRÉSTAMOS PARA DISTANCIAS MAYORES A 1000 M (m³/km) el cual fue contratado a \$1.322,5 m³/km y el INVIAS manifestaba disminuir el precio a \$750 m³/km haciéndolo efectivo para todas las cantidades transportadas por ejecutar y ejecutadas de manera retroactiva; los oficios remitidos a la GOBERNACIÓN DE MAGDALENA por parte del INVIAS, de los cuales tenemos conocimientos por la suscripción del Adicional No. 1 y Modificación No. 3 al Convenio 649 de 2013, el INVIAS solicitaba como punto principal la disminución del precio contractual de transporte de material de terraplén como mecanismo de regularización del contrato de obra derivado No. 617 de 2013. Mediante la suscripción el 25 de septiembre de 2017 del Otro Si modificadorio No. 4, Adicional No. 2 del convenio específico No. 649 de 2013, el INVIAS y la GOBERNACIÓN DE MAGDALENA, acuerdan dar por regularizado el contrato No. 617 de 2013.

La forma como se han efectuado estos desembolsos ha consistido en que el INVIAS ha exigido a la GOBERNACIÓN DE MAGDALENA que sus recursos se destinen para el pago solamente del cincuenta y cinco por ciento (55%) del valor de las actas de obras, que corresponde al porcentaje de recursos aportados al convenio No. 649 de 2013, por el INVIAS y el saldo restante lo aporta la Gobernación (45%)” (folio 805 c..4)

En sentido similar informó el Director General de Invias mediante oficio DG 11780 del 29 de noviembre de 2017 atiende el requerimiento de este Despacho ordenado por auto del 16 de noviembre de 2017 y puntualmente que los giros correspondientes las vigencias 2014 y 2015 fueron efectuados.

258

IUS E-2017-519707 /IUC-D-2017-956399
Auto: Fallo de primera instancia-30-09-2020
Caso: Proyecto Vía La Prosperidad – Gobernación de Magdalena
CJOM/OLSC



Respecto de la vigencia 2016, el INVIAS hizo múltiples requerimientos a la Gobernación de Magdalena manifestando su inquietud y preocupación por el estado del proyecto, quien mediante el adicional 1 y modificatorio 3 al convenio 649 de 2013, de fecha 28 de diciembre de 2016, se comprometió a la regularización de la ejecución del contrato 617 de 2013 y el Invias por su parte condicionó los giros hasta tanto se diera el cumplimiento de esta obligación. Por ello indicó que se solicitó a la Subdirección Financiera del INVIAS tener en cuenta lo estipulado en la cláusula tercera de citado modificatorio, “toda vez que se requería el cumplimiento de las obligaciones adquiridas por el Departamento del Magdalena en el periodo estipulado en el mismo.” (folios 815-817 y CD en folio 819)

Agregó que como consecuencia de la regularización del contrato 617 de 2013 efectuada el 25 de septiembre de 2017, “la Subdirección Financiera del Instituto, efectuó el desembolso de los recursos correspondientes a la vigencia 2016 al Departamento del Magdalena por un valor de \$113.600.000.000 el 29 de septiembre de 2017.

En consecuencia, presenta el siguiente informe financiero en relación con los giros efectuados por el INVIAS al Departamento del Magdalena:

“Tal como lo establece la modificación No. 2 al Convenio Específico de Cooperación No. 649 del 31 de Mayo de 2013, en la **CLÁUSULA PRIMERA**, literal a y b; se han realizado tres desembolsos al Departamento del Magdalena, el primero correspondiente a la vigencia 2014 por un valor de \$63.058.000.000, el segundo correspondiente a la vigencia 2015 por un valor de \$63.660.000.000 y el tercero correspondiente a la vigencia 2016 por un valor de \$113.600.000.000”, **para un total de \$240.318.000.000**

Esta misma pregunta fue respondida por el doctor Fabio Manjarrés gerente de proyectos de la gobernación de Magdalena con oficio E-2017-032730 del 1° de diciembre de 2017, quien señala que mediante los oficios E-2017-001004 del 31 de enero de 2017 y E-2017-002231 del 22 de febrero de 2017 se dio cumplimiento a los literales a y c del modificatorio número 3 del convenio 649 de 2013 que condicionaba el giro de recursos por parte del INVIAS al cumplimiento de las obligaciones allí señaladas a cargo de la gobernación de Magdalena. Asimismo, indica que “*En consecuencia mediante oficios No. E-2017-002623 y E-2017-003945 del 3 y 27 de marzo de 2017 respectivamente se solicitó a INVIAS el giro de recursos comprometidos*” y se insistió con oficio E-2017-004759 del 10 de abril de 2017.

Agrega que:

“Con oficios DG 81311 del 19 de abril de 2017 INVIAS responde manifestando que no han sido resueltas las observaciones que hizo con oficio DG 77243 del 22 de marzo de 2017, referidas básicamente a:

259

IUS E-2017-519707 /IUC-D-2017-956399
Auto: Fallo de primera instancia-30-09-2020
Caso: Proyecto Vía La Prosperidad – Gobernación de Magdalena
CJOM/OLSC



Balance del precio de acarreo

- ii. Entrega de los estudios y diseños.
- iii. Verificación del cumplimiento del programa de inversiones.
- iv. Atención al hallazgo fiscal.
- v. Localización planta de asfalto.

Vale la pena precisar que todos los puntos relacionados fueron contestados de fondo desde el mes de febrero de 2017, según nuestras obligaciones. Y que los oficios recibidos de INVIAS hacen referencia a otro si que, paralelamente, ante la insistencia del Instituto, se venía concertando con el contratista, pero que no obligaba al Departamento ni al contratista.

Así mediante oficio anexo⁵¹ se da respuesta al oficio DG 77243 del 22 de marzo de 2017, a cada uno de los puntos referidos por INVIAS, precisando que esta respuesta era para el proyecto de modificación del contrato No. 617 de 2013, mas no del cumplimiento de las obligaciones de la Gobernación que fueron oportunamente acreditadas en los tiempos acordados.

En este documento se hace una exposición de lo que viene aconteciendo con el contrato y se resalta en todo momento que la Gobernación ha cumplido juiciosamente y oportunamente con sus obligaciones, en particular se ha un pronunciamiento claro sobre cada uno de los 4 puntos en los que INVIAS persiste en argumentar para no efectuar los giros de los aportes de la nación.

Con oficio E-2017-013415 del 15 de agosto de 2017, insistimos a INVIAS en el cumplimiento del convenio 649 de 2013 y su modificadorio No. 3 referido al giro de los recursos del proyecto. (...)

En respuesta INVIAS solo consideró que se cumplía con los requisitos del convenio referidos a responder de fondo el oficio de que se trata el literal a) de la cláusula segunda que modifica la cláusula novena del convenio 649 de 2013 y el literal c) del mismo, solo si se resolvían favorablemente a sus pretensiones, todos los aspectos que solicitaba, ya que no consideraba como respuesta de fondo sustentación diferente.

La situación a la que llegó el convenio y el contrato, ad portas de su vencimiento, y ante la necesidad de pago y ampliación del plazo, obligó a la suscripción del modificadorio No. 6 al contrato No. 617 de 2013, **en los términos que para entonces el INVIAS planteó, referidos a la reducción del alcance físico del contrato, la reducción del valor, modificación de la forma de pago y ampliación del plazo a la fecha fijada por el INVIAS.**

⁵¹ Firmado por la señora Gobernadora y fechado el 10 de abril.



Con base en este documento se procedió a modificar el convenio 649 de 2013, en los mismos términos.

Fue con base en este documento, con el que finalmente INVIAS motivó y procedió al giro de los aportes al proyecto por parte de la Nación, el día 29 de septiembre de 2017.

Se hizo mediante traslado a las cuentas registradas por la Gobernación en la suma de \$113.000.000.000

Así las cosas se encuentra acreditado que el contrato de obra 617 de 2013 debía ser sometido a un proceso de ajustes frente a las condiciones de su ejecución debido a que los pagos de las acta estaban siendo elevados, principalmente por el volumen de materiales, de manera que en tal virtud y como ello no ocurría por parte del ente territorial, se suspendieron los giros a la gobernación en procura de salvaguardar el patrimonio público e impedir que el dinero destinado para una obra terminara en su mayor parte cubriendo ítem de transporte y acarreos de material. El momento temporal de este condicionamiento data del 28 de diciembre de 2016, mediante la celebración del modificadorio 3 al convenio 649 de 2013.

En otras palabras, para lograr avances por parte de la gobernación, el INVIAS tuvo que ordenar la suspensión del giro de recursos, cuya transferencia se reanudó en noviembre de 2017 luego de la suscripción del modificadorio 6 al contrato de obra 617 de 2017 y modificadorio 4 al convenio 649 de 2013 que disminuyó del valor del contrato pasando de \$432.010.178.757 a \$322.433.217; disminuyó del alcance contractual excluyendo la construcción de las variantes Sitionuevo y Palermo, como también el tramo 2 A (PR 34+500 a PR 36+000), el tramo Sitio Nuevo – Remolino Guáimaro , excluyó la pavimentación del tramo 1 B (PR39+650 a PR 41+500); excluyó del alcance del contrato la gestión predial que comprendía la compra de predios y en general redujo sustancialmente la vía la pasar de 52.6 km inicialmente a 18.3 km.

5.5.2. Pruebas del estado de la obra luego de la Regularización.

La obra objeto del convenio 649 de 2013 y del contrato 617 de 2013, previa a los acuerdos de la denominada regulación tenía tenía fecha de finalización para el 13 de noviembre de 2017, y como consecuencia de los modificadorios suscritos en septiembre de 2017 se extendió el plazo de ejecución hasta el 18 de julio de 2018.

De acuerdo con el citado informe de la interventoría (oficio ADM-INVIAS 3795-2013-136 del 04-10-2017), el estado de avance físico de la obra antes de la fecha de regularización del contrato (25-09-2017) era: (folio 808 c.p 4)



- En terraplén:
 - o Del PR 39+650 al PR 41+500 (1850 m) se ha ejecutado el 50% del terraplén proyectado.
 - o Del PR 41+500 al PR 55+600 (14.100 m) se encuentra actualmente a nivel de corona de terraplén
 - o Del PR 58 + 500 al PR 60+329 (1829 M) se encuentra actualmente a nivel de corona de terraplén.
- En sub base:
 - o 4,60 kms, PR 41+600 al PR 46 +200
- En base:
 - o 4,60 kms, PR 41+600 al PR 46 +200
- En pavimento asfáltico:
 - o 3,57 kms, PR 41 + 600 al PR 45+170 (promedio)
- Obras de drenaje: 69 obras ejecutadas de las 69 programadas para los 18,08 kms intervenidos.

1. El estado de avance financiero a la fecha de regularización del contrato (25-09-2017) era:

Valor contrato de obra (A)	\$432.010.178.757
Inversión obra programada acumulada	\$383.680.564.632
Inversión obra ejecutada acumulada (B)	\$247.859.655.389
Avance de obra en % (B/A)	57,43%
Otras inversiones ejecutadas (ajuste, estudios y diseños)	\$196.850.000
Total inversión ejecutada	\$248.056.505.389

Nota: El porcentaje de avance de la obra es la relación B/ (A – valor estudios y diseños).

El ingeniero Vladimir Cardona Páez, director de interventoría del Consorcio ICI en su comunicación con radicación INVIAS 3795-2013-1856 del 13 de junio de 2018 presenta, con **corte al 30 de abril de 2018**, la siguiente información en relación con el avance físico y financiero después del proceso de regularización definido por las partes teniendo en cuenta que tras la suscripción del otro si modificatorio de obra No. 6 del 25 de septiembre de 2017, el plazo de ejecución finalizaría el 15 de julio de 2018. (1531-1544 y soportes en folios 1545 a 1655 y CD en folio 1656 c.p 7)

Hasta el 30 de abril de 2018, la vía de la prosperidad presentaba un avance físico del 84.8% y un avance financiero del 86.88% (nuevo valor del contrato (\$322.158.432.217,0 (75%) valor inicial (\$432.010.178.757,4 (100%) con la siguiente precisión:

“El contrato 617 de 2013 presentaba un 62.69% de avance físico hasta el 30 de septiembre de 2017 y el 84% de avance físico hasta el 30 de abril de 2018, es decir, luego de la regularización el avance se incrementó en un 22.11%, **aclarando que las metas físicas de construcción establecidas después del otro si No. 6 son diferentes y que de la**

262

IUS E-2017-519707 /IUC-D-2017-956399
 Auto: Fallo de primera instancia-30-09-2020
 Caso: Proyecto Vía La Prosperidad – Gobernación de Magdalena
 CJOM/OLSC



suscripción del citado otro si se excluyeron los 1500 metros lineales del tramo Remolino – Sitio Nuevo, el cual ya había sido intervenido a nivel de explanación de terraplén.” (Negritas y subrayado fuera del texto original. Folio 1535-1536 cp.7)

Las actividades ejecutadas son:

- 1) 17.53 km de terraplén de 18.08 km contratado. (en la equivalencia entre volumen instalado y longitud contratada)
- 2) 10.89 km de subsase y base de 16.23 contratado.
- 3) 10.70 km de pavimento en concreto asfáltico de 16.23 km contratado.
- 4) 100% de ejecución de obras de drenaje (Box Couverts)

Conforme al requerimiento efectuado por esta Delegada, la Dirección de Interventoría del Consorcio ICI presenta un informe de los **inconvenientes presentados en la ejecución de la obra posteriores a la suscripción del otro si No. 6 del 25 de septiembre de 2017** en (i) gestión predial; (ii) actividades de compensación ambiental (iii) estado de avance de las obras (iv) estado financiero de a obra (v) solicitud de aplicación de multas al contratista.

1. Gestión predial:

Refiere que tras las suscripción del otro si modificatorio de obra No. 6 del 25 de septiembre de 2017 se excluye del contrato de obra No. 617 de 2013 el rubro presupuestal del ítem No. 72 “Gestión Predial y Social” destinado para la gestión predial cuyo valor era de \$5.700 millones de pesos, dado que **EL DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA manifiesta que asumirá los costos de adquisición de predios y que culminará con sus propios recursos la actividad faltante** (ver folio 1536)

✓ Gestión predial:

Tras la suscripción del otro si modificatorio de obra No. 6 del 25 de septiembre de 2017 entre la GOBERNACIÓN DEL MAGDALENA y el CONSORCIO RIBERA ESTE, en el presupuesto adjunto al citado otro sí, se excluye del contrato de obra No. 617 de 2013 el rubro presupuestal del ítem No. 72 “Gestión Predial y Social” destinado para la gestión predial cuyo valor era de \$5.700 millones de pesos.

Tal como consta en varios de nuestros comunicados dirigidos al DEPARTAMENTO, informando sobre la exclusión en el contrato de obra del rubro destinado para la gestión predial y social; en el comité operativo de seguimiento del día 1 de diciembre de 2017 que contó con la participación de la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPUBLICA, Veedurías Especializadas, INVIAS, GOBERNACIÓN DEL MAGDALENA, contratista e Interventoría, el DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA manifiesta que asumirá los costos de adquisición de predios y que culminará con sus propios recursos la actividad predial faltante.

Mediante nuestros oficios dirigidos a la GOBERNACIÓN DEL MAGDALENA: INVIAS 3795-2013-1618 del 21 de diciembre de 2017, INVIAS 3795-2013-1631 del 10 de enero de 2018, INVIAS 3795-2013-1748 del 5 de abril de 2018 e INVIAS 3795-2013-1802 del 8 de mayo de 2018, se ha solicitado a la GOBERNACIÓN informar sobre las gestiones prediales adelantadas por el DEPARTAMENTO, en particular a los permisos de intervención voluntaria de los predios que permiten la construcción de los accesos del Puente caño el Clarín (300 metros), sin que a la fecha se conozca respuesta a dicha solicitud.

En razón a lo anterior, el Contratista CONSORCIO RIBERA ESTE por el hecho de no poder contar a la fecha con los permisos de intervención voluntaria que permita ejecutar las obras de los accesos del puente caño el Clarín, cuyo inicio se encontraba programado para el mes de abril de 2018, dicha situación se constituye en una demora no imputable al constructor que repercute en el incumplimiento del programa de inversiones y por lo cual el constructor requeriría para ejecutar los accesos de 3,5 meses contados a partir de la obtención de los permisos de intervención voluntaria.

263

IUS E-2017-519707 /IUC-D-2017-956399
Auto: Fallo de primera instancia-30-09-2020
Caso: Proyecto Vía La Prosperidad – Gobernación de Magdalena
CJOM/OLSC

Procuraduría Primera Delegada para la Contratación Estatal.
Carrera 5 No. 15-80 piso 11. PBX 5878750 Exts. 11126. Bogotá
www.procuraduria.gov.co contratacionestatal1@procuraduria.gov.co



2. Actividades de compensación ambiental.

Señala que el contratista CONSORCIO RIBERA ESTE en cumplimiento de los requerimientos ambientales tramitó y obtuvo de parte de la Corporación Autónoma Regional del Magdalena CORPAMAG los respectivos permisos ambientales requeridos para la ejecución del contrato de obra No. 617 de 2013, a quien por Resolución 2218 del 13 de agosto de 2015 y para beneficio del proyecto le fue impuesta la obligación de plantar 5.560 árboles y debía concertar con CORPAMAG las actividades de compensación derivadas de la Resolución No. 2217 del 13 de agosto de 2018 de concesión de aguas superficiales.

Agrega que en reuniones sostenidas con la Corporación Autónoma el 21 de septiembre de 2015 y el 12 de enero de 2016, por consenso con la autoridad ambiental se determinó la viabilidad de cambiar la medida de compensación forestal establecida para el proyecto por un Estudio de Áreas Factibles para siembra, por lo que el contratista radicó formalmente el cambio de medida de compensación forestal establecida en los permisos ambientales, según comunicación JJ-965-CRE-08-16 DEL 15 de junio de 2016, sin que CORPAMAG diera respuesta, de ahí que el contratista, la interventoría y la gobernación de Magdalena realizaron acciones conjuntas ante la Corporación quien el 24 de abril de 2018 expidió la Resolución 1207 por la cual aprueba el PLAN UNICO DE COMPENSACION FORESTAL a ejecutar por el contratista de la obra.

Por lo expuesto y en consideración a que la Resolución No. 1207 fue emitida por CORPAMAG el 20 de abril de 2018, que el vencimiento de la prórroga del contrato 617 de 2013 es el 15 de julio de 2018 y “que las actividades de siembra según cronograma presentado para el PLAN ÚNICO DE COMPENSACION FORESTAL, contempla un tiempo de preparación y siembra de las 12.000 especies de 2.5 meses, es necesario que para dar cumplimiento a la totalidad de las obligaciones de la Resolución No. 1207 del 20 de abril de 2018, se requerirá prorrogar el contrato de obra No. 617 de 2013 en un plazo de cinco (5) meses, para que el CONSORCIO RIBERA ESTE pueda realizar las actividades de mantenimiento de las 12.000 especies sembradas, tal como lo establece la Resolución No. 1207 del 20 de abril de 2018” (folio 1538 c.p.7)

3. Estado avance de las obras.

La interventoría explica que con motivo de las nuevas metas y plazo adicional establecido tras la suscripción del otro si de obra No. 6 se acordó entre contratista e interventoría la reprogramación No. 6 del 1 de octubre de 2017, cuya reprogramación se haría efectiva a partir del mismo día 1 de octubre de 2017.



Según lo estipulado en la cláusula cuarta del OTRO SI modificatorio No 6 del 25 de septiembre de 2017, donde se expresa: "que las obligaciones contenidas en este modificatorio se cumplirán por parte del Contratista en la medida que el Departamento del Magdalena disponga de los recursos que permitan financiar la ejecución del nuevo alcance y del contrato, y este a su vez produzca el respectivo pago de las facturas vencidas y adeudadas por efecto de actas de recibo parcial de obras...", es decir, la GOBERNACIÓN DEL MAGDALENA debía cancelar al contratista la totalidad de las actas parciales de obra adeudadas de los meses de febrero, marzo, abril y mayo de 2017 para que el constructor contara con los recursos económicos que permitiera ejecutar las obras pactadas en el citado otro sí; sin embargo esta situación no se cumplió oportunamente, tal como consta en el oficio de la GOBERNACIÓN DEL MAGDALENA dirigido a esta Interventoría E-2017-031933 del 27 de noviembre de 2017 :

De manera atenta nos permitimos informar a Ustedes que el pasado viernes 24 de noviembre de los corrientes, se ha efectuado el pago de los saldos adeudados al Consorcio Ribera Este, de las facturas por obra ejecutada dentro del contrato del asunto dando de esta manera cumplimiento a lo acordado en la cláusula cuarta del Otro sí Modificatorio No 6 del 25 de Septiembre del año en curso.

Por lo anterior, hemos instruido al Consorcio Ribera Este para que se dé reinicio a las obras que Ustedes vigilan, para efectos de lo cual se requiere que se autorice por Ustedes la reprogramación del flujo de obra e inversiones, que permita vigilar de manera objetiva y real, el cumplimiento de la ejecución de las obras en los tiempos programados

Según lo anterior, el DEPARTAMENTO dio cumplimiento con el pago de las actas parciales de obra de los meses de febrero, marzo, abril y mayo de 2017 hasta el 24 de noviembre de 2017, por lo cual instan al contratista y la Interventoría a realizar una nueva reprogramación de obra ajustada a las nuevas condiciones, la que se elaboró el día 1 de diciembre de 2017 correspondiente a la reprogramación No. 7, donde el Interventor y el contratista ajustaron las metas inicialmente propuestas en el programa No. 6 del 1 de octubre de 2017 para dar cumplimiento con la actual fecha de terminación del contrato de obra (15 de julio de 2018), sin embargo, debido a que el contratista no recibió los pagos de las actas adeudadas en octubre del 2017, por cuanto en los meses de octubre y finales de noviembre de 2017 el DEPARTAMENTO no pudo desembolsar el dinero de las actas arriba mencionadas, el contratista no trabajó en dichos meses, a la espera de recibir los pagos de las actas adeudadas por parte del DEPARTAMENTO, tal como se explicó anteriormente, situación que conllevó a que se viera reflejada en la reprogramación No. 7 una inversión para los últimos 15 días de julio de 2018 de \$24.000 millones de pesos aproximadamente referidos principalmente a la pavimentación de 2,7 kilómetros.

En resumen, las obligaciones contenidas en el otro si de obra No. 6 al contrato 617 de 2013, a ejecutar por parte del contratista, estaban supeditadas a que la Gobernación de Magdalena efectuara el pago de las facturas vencidas y adeudadas al contratista lo cual se produjo hasta el 24 de noviembre de 2017, es decir, 2 meses después de la fecha de suscripción del acuerdo del 25 de septiembre de 2017.

Por lo expuesto la interventoría concluye:

Teniendo en cuenta lo manifestado en el párrafo anterior, es claro que no fue responsabilidad del constructor no haber ejecutado obras en los meses de octubre de 2017 y noviembre de 2017, ya que fue el DEPARTAMENTO quien solo hasta el 24 de noviembre de 2017 pudo dar cumplimiento con el compromiso contractual de los pagos de las actas parciales de obra adeudadas.

No está de más señalar por este Despacho, como ya lo hizo en párrafos anteriores, que acorde con lo señalado en el oficio del INVIAS DG-117850 del 29-11-2017 en el cual se consigna que "Conforme a la Autorización de Pao CODIGO AFINCO-FR-14 y memorando No. DG-160027 del 26 de septiembre de 2017, la Subdirección Financiera del Instituto, efectuó el desembolso de los recursos correspondientes a la vigencia 2016 al Departamento del Magdalena por un valor de \$113.600.000.000 el 29 de septiembre de 2017 "(ver anexo 8 al oficio y folio 816 cp 4)

4. Estado avance de las obras.

IUS E-2017-519707 /IUC-D-2017-956399
Auto: Fallo de primera instancia-30-09-2020
Caso: Proyecto Vía La Prosperidad – Gobernación de Magdalena
CJOM/OLSC

265



A continuación, se presenta el resumen financiero de la facturación con corte al 30 de abril de 2018.

VALOR CONTRATO	\$322.158.433.217,00
Acta de abril 2018 (No. 36)	\$5.850.538.013,20
Acumulado facturado	\$279.889.398.497
Saldo por facturar	\$42.269.034.719,10
Pago anticipado	\$64.801.526.813,61
Pago anticipado legalizado	\$49.410.080.779,65
Pago anticipado por legalizar	\$15.391.446.033,96

5. Solicitud imposición de multas:

La interventoría señala que “*Si bien existen causas ajenas que han impedido que el CONSORCIO RIIBERA ESTE de cumplimiento con la programación vigente aprobada, también es cierto que el contratista ha cumplido parcialmente la programación, por tal motivo la interventoría ha solicitado al DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA la aplicación de multa y requerimientos por demoras en la ejecución mediante los oficios INVIAS-3795-2013-1728 del 20 de marzo de 2018, INVIAS- 3795-2013-1755 del 9 de abril de 2018, INVIAS 3795-2013-1722 del 23 de abril de 2018 y ADM-INVIAS 3795-2013-153 del 2 de mayo de 2018.*”. No se encontró respuesta de la gobernación en la documentación revisada. (Negritas fuera del texto original, ver folio 1542 y 1636 a 1655 c.p.7)

Con oficio SRN 47445 del 8 de noviembre de 2019 se allegan los informes de supervisión realizados por el INVIAS al convenio específico 649 de 2013.

En el informe de supervisión del INVIAS número 44 de julio de 2018, mes para el cual estaría prevista la terminación de la obra, luego del modificadorio número 6, se hacen las siguientes acotaciones que evidencian la nueva prórroga del plazo de ejecución hasta el 30 de noviembre de 2018, y con un valor ejecutado del 67.40%

El 13 de julio del 2018 se suscribió el OTROSÍ MODIFICATORIO DE OBRA No 7 entre la GOBERNACIÓN DE MAGDALENA y el CONSORCIO RIBERA ESTE que modifica el Contrato de obra No 617 del 2013 de la siguiente manera: Se reincorporan recursos para la gestión predial de los tramos 1ª y 1B y se modifican cantidades para la inclusión del precio unitario no previsto “RETRANQUEO RED MT TRAMO IB”. Ajuste al valor del Contrato: Se ajusta a la suma de TRESCIENTOS VEINTIDOS MIL QUINIENTOS VEINTITRES MILLONES DOSCIENTOS CUARENTA Y SEIS MIL SETECIENTOS DIECISIETE PESOS CERO CENTAVOS M.L. (\$322.523.246.717,00). Ajuste al plazo de ejecución: Se prorroga hasta el día 30 de noviembre del 2018, quedando un valor total del contrato de \$ 322.523.246.717,0.

A la fecha del presente Informe mensual la Gobernación de Magdalena y esta Interventoría aprobaron la reprogramación No 9 versión 6 del 26 de julio del 2018, con



la cual y en el presente informe se le hace seguimiento al Contrato de obra No. 617 de 2013.

Por lo anterior el proyecto presenta un valor programado acumulado (con ajustes) de \$291.724.410.340 equivalente al 67.53% y un valor ejecutado acumulado (con ajustes) de \$291.158.280.171 equivalente al 67.40%.

En el informe de supervisión del INVIAS número 48 de noviembre de 2018, mes para el cual estaría prevista la terminación de la obra, luego del modificadorio 7, se hacen las siguientes acotaciones que evidencian la nueva prórroga del plazo de ejecución hasta el 31 de diciembre de 2018, y con un valor ejecutado del 70.70%

El 26 de noviembre del 2018 se suscribió el MODIFICATORIO No. 8 entre la GOBERNACIÓN DE MAGDALENA y el CONSORCIO RIBERA ESTE que modifica el Contrato de obra No 617 del 2013 de la siguiente manera: prórroga ampliación del contrato con un plazo de ejecución de un (1) meses, que empezará a contarse a partir del 1 de diciembre y hasta el 31 de diciembre de 2018. Se efectuó una redistribución al presupuesto de los ítems “Provisión estimada para ajustes PAGA” asignando \$2.610.848.244,60 y “Provisión para obras complementarias y adicionales”, asignando \$2.576.020.986,90. Se establece que el Contratista realizará las actividades de mejoramiento del tramo ubicado entre el PR55+600 al PR58+500 como obras de carácter complementarias y adicionales del contrato de obra N° 617 de 2013, para así garantizar el funcionamiento, tránsito, conexión y movilidad entre los tramos intervenidos Palermo – Sitio Nuevo, con un valor que se encuentra estimado en \$1.244.844.898.55.

A la fecha del presente Informe mensual la Gobernación de Magdalena y esta Interventoría aprobaron la reprogramación No.10 del 26 de noviembre del 2018, con la cual y en el presente informe se le hace seguimiento al Contrato de obra No. 617 de 2013.

Por lo anterior el proyecto presenta un valor programado acumulado (con ajustes) de \$321.278.401.821 equivalente al 74.37% y un valor ejecutado acumulado (con ajustes) de \$305.436.790.106 equivalente al 70.70%.

En el Informe de interventoría número 54 de mayo de 2019 se definieron las siguientes conclusiones:

7. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.

Para el presente informe mensual de Interventoría No. 54 correspondiente al mes de mayo de 2019, continúa vigente la reprogramación de obra No.12 del 30 de abril de 2019, con la cual se hace seguimiento al Contrato de obra No. 617 de 2013.

El proyecto presenta un valor programado acumulado (con ajustes) de \$318.152.500.788 equivalente al 73.7% y un valor ejecutado acumulado (con ajustes) de \$317.104.981.383 equivalente al 73.4%. Los valores han sido ajustados según el acta de obra No.46 del mes de marzo de 2019, se aclara que el valor actual del contrato de obra No. 617 de 2013 es \$331.331.052.735,81 correspondiente a la suscripción del modificadorio al contrato de obra No. 10 del 30 de abril de 2019 cuyo valor actual corresponde 76,70% del valor inicial del contrato cuyo monto era de \$432.010.178.757,42 (100%)

267

IUS E-2017-519707 /IUC-D-2017-956399
Auto: Fallo de primera instancia-30-09-2020
Caso: Proyecto Vía La Prosperidad – Gobernación de Magdalena
CJOM/OLSC

Procuraduría Primera Delegada para la Contratación Estatal.
Carrera 5 No. 15-80 piso 11. PBX 5878750 Exts. 11126. Bogotá
www.procuraduria.gov.co contratacionestatal1@procuraduria.gov.co



Las siguientes actas de modificación también dan cuenta del desarrollo de la ejecución posterior a esperado acuerdo y mal llamado regularización del contrato.

- 6. ACTA DE MODIFICACION No. 06 (1-OCTUBRE-2017):** En razón al Otrosí No. 6 de obra, la presente Modificativa No.6 se suscribe para la actualización de la nueva meta física y la inclusión de los ítems no previstos denominados: Ítem 79. Pilote De Concreto Vaciado In Situ, De Diámetro De 1,20 M (No Incluye Camisa Permanente); Ítem 80. Camisa Metálica De 1/2" No Recuperable De Diámetro 1,2 M; Ítem 81. Camisa Metálica De 1/4" No Recuperable De Diámetro 1.2 M; Ítem 82. Perforación De Prueba Para Pilote De Diámetro 1.2 M; Ítem 83 Protección De Taludes Con Tierra Orgánica; Ítem 84 Conformación De La Calzada Existente.

geométrico por temas prediales entre el PR 59+720 al PR60+250 y motivado también por la imposibilidad de obtener permiso de intervención voluntaria del predio. Los ítems que se modificaron para mayores cantidades fueron: Ítem 26. Acero de refuerzo; Ítem 30 Demolición de estructuras; Ítem 73 Excavación sin clasificar; Ítem 75 Reemplazo de la subrasante con roca; Ítem 76: excavación en roca; Ítem 18 Geomalla Biaxial. Se aclara que se mantienen las condiciones del valor contractual (\$322.158.433.217,00) conciliado en el OTRO SI modificadorio No 6, sin embargo para poder mantener el valor se debió realizar reducción de las cantidades en el tramo 1B, en los ítems 62 al 70, correspondientes al capítulo de señalización vial e Ítem 74 Geomembrana, Ítem 83 Protección de taludes con tierra orgánica.

A continuación se presenta un cuadro resumen con la distribución de los recursos por año para el contrato de Obra No 617-04 de octubre-2013 de la Gobernación del Magdalena.

DISTRIBUCIÓN DE RECURSOS POR AÑO						
	2012	2013	2014	2015	2016	
SGR	70.000.000.000	57.886.000.000	36.417.000.000	35.697.000.000		
NACIÓN			70.000.000.000	70.000.000.000	126.900.000.000	
TOTAL	70.000.000.000	57.886.000.000	106.417.000.000	105.697.000.000	126.900.000.000	466.900.000.000
ACUMULADO	70.000.000.000	127.886.000.000	234.303.000.000	340.000.000.000	466.900.000.000	
%	15,0	12,4	22,8	22,6	27,2	100,0

Cuadro 3.2 Distribución anual de los recursos.

- 7. ACTA DE MODIFICACION No. 07 (28-FEBRERO-2018):** Se suscribe para el ajuste de mayores y menores cantidades, por concepto de ajuste del diseño geométrico por temas prediales entre el PR 59+720 al PR60+250 y motivado también por la imposibilidad de obtener permiso de intervención voluntaria del predio. Los ítems que se modificaron para mayores cantidades fueron: Ítem 26. Acero de refuerzo; Ítem 30 Demolición de estructuras; Ítem 73 Excavación sin clasificar; Ítem 75 Reemplazo de la subrasante con roca; Ítem 76: excavación en roca; Ítem 18 Geomalla Biaxial. Se aclara que se mantienen las condiciones del valor contractual (\$322.158.433.217,00) conciliado en el OTRO SI modificadorio No 6, sin embargo para poder mantener el valor se debió realizar reducción de las cantidades en el tramo 1B, en los ítems 62 al 70, correspondientes al capítulo de señalización vial e Ítem 74 Geomembrana, Ítem 83 Protección de taludes con tierra orgánica.



- 8. ACTA DE MODIFICACION No. 08 (13-JULIO-2018):** La presente Modificativa No.8 se suscribe para reincorporar recursos para la gestión predial de los TRAMO 1A Y TRAMO 1B, de acuerdo a OTRO SI MODIFICATORIO DE OBRA No. 7 de 13 de julio de 2018, adicionalmente se modifican las cantidades para la inclusión del precio unitario no previsto "RETRANQUEO RED MT TRAMO 1B".
- 9. ACTA DE MODIFICACION No. 09 (26-NOVIEMBRE-2018):** La presente Modificativa No.9 se suscribe para la redistribución del presupuesto de la provisión estimada para ajustes PAGA y provisión para obras complementarias, de acuerdo a OTRO SI MODIFICATORIO DE OBRA No. 8 de 26 de noviembre de 2018, adicionalmente se modifican las cantidades para la inclusión del presupuesto de las actividades de mejoramiento del tramo erosionado ubicado entre el PR55+600 AL PR58+500 como obras de carácter complementarias y adicionales del contrato de obra N° 617 de 2013.
- 10. ACTA DE MODIFICACION No. 10 (29-DICIEMBRE-2018):** Se suscribe para el ajuste de mayores cantidades de transporte de material de terraplén, necesario para la construcción del desvió proyecto como solución vial a la zona erosionada, entre el PR55+600 al PR58+500, el acta de modificación conserva el valor vigente del contrato.
- 11. ACTA DE MODIFICACION No. 11 (30-ABRIL-2019):** se suscribe para adicionar los recursos necesarios para la ejecución de las actividades contempladas en el Otro si Modificatorio No.10, el cual contempla la ejecución de:
- Mejoramiento del acceso a Sitionuevo (PR39+403 AL PR39+650) por valor de \$2.022.884.643,62.
 - Estructura de pavimento del tramo 1B (PR39+650 AL PR41+500) por valor de \$6.203.815.828,88.
 - rehabilitación carpeta asfáltica (PR60+329 AL PR60+880) por valor de \$ 581.105.546,41
- La suma de las actividades anteriores asciende al valor total \$8.807.806.018,91.

No obstante haberse suscrito el modificadorio número 6 al contrato de obra, que llevaría a su culminación el 15 de julio de 2018, aún siguieron presentándose continuas modificaciones y ajustes que finalmente finalizaron con la entrega de la obra el 10 de diciembre de 2019

El **13 de julio de 2017** las partes suscriben el modificadorio número 7 al contrato 617 de 2017, luego de producida la regularización del contrato y adquiridos compromisos de finalización de la obra, hasta el 15 de julio de 2018. Mediante ese documento contractual amplían el plazo hasta el 30 de noviembre de 2018 para realizar las siguientes actividades:

- e. Gestión predial: cuatro (4) meses contados a partir del 16 de julio de 2018;

269

IUS E-2017-519707 /IUC-D-2017-956399
Auto: Fallo de primera instancia-30-09-2020
Caso: Proyecto Vía La Prosperidad – Gobernación de Magdalena
CJOM/OLSC

Procuraduría Primera Delegada para la Contratación Estatal.
Carrera 5 No. 15-80 piso 11. PBX 5878750 Exts. 11126. Bogotá
www.procuraduria.gov.co contratacionestatal1@procuraduria.gov.co



- f. Actividades de compensación ambiental: cuatro (4) meses, contados a partir del 16 de julio de 2018.
- g. Retranqueo de redes eléctricas tramo 1B PR 39+650 al PR 41+500 dos (2) meses contados a partir del 16 de julio de 2018.
- h. Alcance físico de obra: tres (3) meses contados a partir del 16 de julio de 2018, el cual incluye la terminación de las siguientes obras: (i) construcción del puente de caño clarín; (ii) mejoramiento de 18.08 km y culminación de la corona de terraplén del tramo 1 B, (iii) meta física de pavimentación de 16.23 km y demás obras complementarias.

Adicionalmente, se dispuso REINCORPORAR al contrato 617 de 2013 la suma de TRESCIENTOS SESENTA Y CUATRO MILLONES OCHOCIENTOS TRECE MIL QUINIENTOS PESOS (**\$364.813.500,00**) por concepto de actividades de gestión predial, que incrementa el valor acordado en el modificadorio número 6 al pasar de \$322.158.433.217,00 a **\$322.523.246.717**, de manera que la reducción del contrato inicial por valor de \$432.010.178.757,42 ya no sería de \$109.851.745.540 sino de \$109.486.932.040,42

El **26 de noviembre de 2018** las partes acuerdan prorrogar el plazo de ejecución hasta el 31 de diciembre de 2018 y se modifica la cláusula quinta del contrato de obra, cuadro de ítems y cantidades y redistribuir el presupuesto de los siguientes ítems “i) ítem: *Provisión estimada para ajustes PAGA: \$2.610.848.244.60*, ii) *Provisión para otras obras complementarias y adicionales \$2.576.020.986.90*” dejando constancia que estas modificaciones no implican adición presupuestal del contrato. Igualmente se indica que estas actividades complementarias son para garantizar el funcionamiento, tránsito y movilidad entre los tramos intervenidos Palermo – Sitio Nuevo.

El **29 de diciembre de 2018** las partes suscribieron el **modificadorio número 9** al contrato 617 de 2013, en el cual Rosa Cotes de Zúñiga firma en condición de gobernadora del Magdalena. Acordaron **prorrogar nuevamente el plazo de ejecución del contrato hasta el 30 de abril de 2019**, “con el fin de culminar de manera efectiva, cabal y definitiva los procesos de obras y actividades relativas a: a) obras de acceso norte y sur del puente del caño El Clarín; b) gestión predial e instalación de cercas de alambre de púas; c) mantenimiento de las 12.000 especies forestales sembradas en cumplimiento del plan de establecimiento y compensación forestal, d) mejoramiento del tramo erosionado ubicado entre el PR55+600 al PR 58+500 Palermo -Sitio Nuevo; e) empalme de la intersección de al vía Ciénaga – Barranquilla.”

El **30 de abril de 2019**, Rosa Cotes, gobernadora del Magdalena y el representante del contratista Ribera Este, suscribieron el **modificadorio número 10** por el cual se **prorrogó nuevamente el plazo de ejecución hasta el 31 de octubre de 2019**, y se adicionaron otras actividades como i) pavimentación y señalización correspondientes al tramo 1B entre Palermo y Sitio Nuevo, que se encontraba a nivel de corona de terraplén entre el PR39+650 al PR41+500 incluyendo el mejoramiento del PR39+403 al PR39+650, correspondiente al acceso a al cabecera

270

IUS E-2017-519707 /IUC-D-2017-956399
Auto: Fallo de primera instancia-30-09-2020
Caso: Proyecto Vía La Prosperidad – Gobernación de Magdalena
CJOM/OLSC



municipal de Sitio Nuevo; y ii) rehabilitación de la estructura de pavimento existente entre el PR60+322 al PR60+880 del tramo Palermo- Sitio Nuevo como una obra de carácter complementario, razón por la cual se adicionó el contrato en \$8.807.806.018, 91, según lo indica la cláusula segunda.

El **30 de octubre de 2019** se suscribe por parte de Rosa Cotes, gobernadora del Magdalena y el contratista consorcio Ribera Este el **modificatorio número 11** del contrato 617 de 2013 por el cual se amplía el plazo de ejecución hasta el **10 de diciembre de 2019** y se ajusta nuevamente el alcance del contrato como lo establece la cláusula segunda:

CLÁUSULA SEGUNDA. Ajustar las obras previstas en el acceso Norte del Puente Caño El Clarín (Palermo) como alcance del objeto contractual del contrato de obra No. 617 de 2013 por lo cual EL CONTRATISTA ejecutará únicamente las siguientes intervenciones: i) pavimentación a nivel de carpeta asfáltica hasta la abscisa PR61+102 al PR61+170 (68 m). **Parágrafo 1:** Para todos los efectos se excluye de cualquier intervención el PR61+170 al PR61+232 852m) ubicado en el acceso norte del puente caño el Clarín (Palermo). **Parágrafo 2:** El valor de las actividades desafectadas y/o excluidas en el acceso norte del puente caño Clarín corresponde a la suma de \$1.072.466.430.94. **Parágrafo 3.** Mediante acta modificativa de obra se ajustarán los ítems y cantidades y las actividades se pagarán proporcionalmente a la ejecución, estableciéndose como valor final, las cantidades de obra realmente ejecutadas y recibidas a satisfacción.

Asimismo, se incluyeron actividades de mejoramiento como obras de carácter complementarias y adicionales al contrato de obra 617 de 2013 para garantizar el funcionamiento, tránsito, conexión y movilidad entre los tramos intervenidos Palermo -Sitio Nuevo cuyo valor se estimó en \$2.176.484.321.23, acorde con lo estipulado en la cláusula cuarta.

El **10 de diciembre de 2019** se suscribió el acta de terminación del contrato 617 de 2013, cuya fecha de inicio fue el 31 de diciembre de 2013 y de acuerdo con el plazo originalmente concebido de 35 meses debía finiquitarse en noviembre de 2016, sin embargo, el plazo total de ejecución de 71 meses 10, que al descontar la suspensión que tuvo la obra por situaciones especialmente jurídicas y de litigios en estrados judiciales del 16 de enero de 2014 al 29 de diciembre de 2014, se tendría que la obra se ejecutó en 60 meses aproximadamente frente a los 35 inicialmente planeados.

Otro aspecto para destacar corresponde al valor del contrato que inicialmente fue estipulado en \$432.010.178.757.42 y finalmente como consecuencia de la reducción en el alcance de la meta, y otras modificaciones aludidas en los otros síes, modificatorios y adicionales al contrato de obra, el valor ejecutado fue de \$330.875.314.909.39.



En el siguiente cuadro tomado del informe de interventoría, periodo 1 al 30 de noviembre de 2019, tomo 1, cuaderno anexo 18 se obtiene el cuadro 3.1. resumen del estado del contrato de obra. Igualmente se puede observar lo referido en el informe final de interventoría 31 de diciembre de 2013 al 10 de diciembre de 2019 adjunto al oficio E-2020-000991 del 28 de enero de 2020, remitido por la gobernación de Magdalena (folios 3683 y CD en folio 3687)

FECHA DE INICIACIÓN:	31 DE DICIEMBRE DE 2013
FECHA DE FINALIZACIÓN INICIAL:	30 DE NOVIEMBRE DE 2016
FECHA DE SUSPENSIÓN:	15 DE ENERO DE 2014
FECHA DE REINICIO:	29 DE DICIEMBRE DE 2014
FECHA DE FINALIZACIÓN 1:	13 DE NOVIEMBRE DE 2017
FECHA DE FINALIZACIÓN 2:	15 DE JULIO DE 2018
FECHA DE FINALIZACIÓN 3:	30 DE NOVIEMBRE DE 2018
FECHA DE FINALIZACIÓN 4:	31 DE DICIEMBRE DE 2018
FECHA DE FINALIZACIÓN 5:	30 DE ABRIL DE 2019
FECHA DE FINALIZACIÓN 6:	31 DE OCTUBRE DE 2019
FECHA DE FINALIZACIÓN 7:	10 DE DICIEMBRE DE 2019
PLAZO No 1 CONTRATO:	TREINTA Y CINCO (35) MESES
PLAZO No 2 CONTRATO:	CUARENTA Y TRES (43) MESES
PLAZO No 3 CONTRATO:	CUARENTA Y SIETE MESES Y MEDIO (47,50 MESES)
PLAZO No 4 CONTRATO:	CUARENTA Y OCHO MESES Y MEDIO (48,50 MESES)
PLAZO No 5 CONTRATO:	CINCUENTA Y DOS MESES Y MEDIO (52,50 MESES)
PLAZO No 6 CONTRATO:	CINCUENTA Y OCHO MESES Y MEDIO (58,50 MESES)
PLAZO No 7 CONTRATO:	CINCUENTA Y NUEVE MESES Y VEINTICINCO DÍAS (59,83 MESES)
VALOR INICIAL:	\$ 432.010.178.757,42
VALOR ACUMULADO 2 (Según otrosí No.6):	\$ 322.158.433.217,00
VALOR ACUMULADO 3 (Según otrosí No 7) :	\$ 322.523.246.717,00
VALOR ACUMULADO 4 (Según otrosí No 10):	\$ 331.331.052.735,81



En conclusión, la obra inicialmente fue concebida inicialmente para una longitud aproximada de 52.6 kilómetros, para los tramos de Palermo -Sitio Nuevo(22.8 km), Sitio Nuevo-Remolino (12.0 km) y Remolino -Guáimaro (14.7 km) incluyendo la variante de Palermo (3.1.Km), finalmente concluyó en 18.20 km, asociados al primero de los tramos Palermo-Sitio Nuevo, y luego de la esperada y condicionada y mal llamada regularización de la ejecución del contrato, que finalmente terminó modificando sustancialmente el alcance de la obra frente a lo inicialmente planeado, tampoco cumplió eficazmente con los cometidos acordados en el modificatorio número 6 del 25 de septiembre de 2017, con lo cual se suponía que todo quedaba ajustado y comprendido para así finalizar la obra en julio de 2018, sin embargo, ello no sucedió dado que durante más de 1 año se hicieron 5 modificatorios adicionales, extendiendo los plazos de ejecución, hasta que la obra fue recibida en diciembre de 2019, y, los nuevos procesos contractuales para su continuación se encuentran en estado descartado. En otras palabras, durante dos administraciones gubernamentales y luego de un periodo de 8 años de mandato, no se cumplió la finalidad el proyecto vía de la prosperidad.

5.6. PRUEBAS DE LA FALTA DE OPORTUNIDAD Y EFICACIA FRENTE A LAS ADVERTENCIAS DE POSIBLES INCUMPLIMIENTOS DEL CONTRATISTA Y LA DEFINICION E IMPLEMENTACION DE SOLUCIONES.

Frente a una posible omisión en el inicio de un proceso sancionatorio informada por la Procuraduría Delegada para la Vigilancia de la Función Pública, en el marco de la acción preventiva adelantada a la ejecución de la obra, se tienen los siguientes elementos probatorios y consideraciones:

5.6.1. Análisis de las pruebas documentales.

A continuación se transcriben algunos apartes de informes de interventoría, actas de modificación, oficios y documentos en general del periodo 2016-2018 bajo el mandato de la gobernadora Rosa Cotes de ZÚÑIGA **que permiten visualizar el estado de avance de las obras y algunas observaciones y especialmente conocer las advertencias que se hacían a la gobernación de Magdalena frente a los continuos atrasos y reprogramaciones de la obra**, así como evidencian que durante el transcurso de la ejecución aún se determinaban nuevos diseños para la estructura vial, se requerían licencias y permisos ambientales, se implementaban nuevos precios no previstos para el transporte fluvial de material, es decir que la obra terminó siendo planeada durante el proceso constructivo, situación atípica con los postulados generales de la planeación de un proyecto de infraestructura vial que desde su inicio tuvo la connotación e importancia nacional, en la cual la comunidad de las poblaciones de Palermo, Sitio Nuevo, Remolino, Guáimaro serían beneficiadas de manera directa con el proyecto que redundaría en procura de la comunicación y prosperidad de la región como un corredor vial que conectaría el Caribe con el interior del país.



- **Informe mensual de interventoría número 14 de enero de 2016**

3.3.1 Avance de obras programadas, ejecutadas y acumuladas del Contrato:

A la fecha del presente Informe mensual, el Contrato de obra No. 617 de 2013, cuyo valor de obra es 432.010.178.757,42; presenta un valor ejecutado acumulado de \$104.810.359.085,00 equivalente al 28.60% y un valor programado acumulado de \$ 123.677.072.122,00 equivalente al 24.30%, es decir, se presenta un atraso en la ejecución según lo programado del 15.25%.

12. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.

- De acuerdo al seguimiento realizado con base en la programación vigente del contrato de obra No. 617 de 2013, se presenta un atraso en la ejecución de terraplenes y obras de drenaje, por lo que se le solicita al Consorcio Ribera Este un plan de contingencia para recuperar el atraso en estas actividades críticas. Estos planes se aprobaron con fecha 28 de enero de 2016 mediante el oficio INVIAS 3795-2013-434.
- El CONSORCIO RIBERA ESTE entregó con fecha del 10 de noviembre de 2015 los últimos diseños del Tramo 1 (Palermo-Sitionuevo). Esta interventoría entregó las observaciones a esta última versión de los diseños en el mes de enero de 2016.
 - Estudio de Suelos y Diseño de Fundaciones_V2 de noviembre de 2015.
 - Estabilidad y Estabilización de Taludes_V2 de septiembre de 2015.
 - Diseño de Estructuras primarias y secundarias_V4 de octubre de 2015.
 - Informe de Estudio de tránsito, capacidad y niveles de servicio_V4 de Mayo de 2015.
 - Estudio de seguridad vial y señalización_V1 de junio de 2015.
 - Estudio de Hidrología e Hidráulica Vial_V2 de octubre de 2015.
 - Informe de Geología_V3 de septiembre de 2015.
 - Estudio de Diseño Geométrico_V3 de septiembre de 2015.

Las cuales a la fecha han sido atendidas parcialmente, cabe aclarar que dichas observaciones no afectan las obras que actualmente se vienen construyendo, ya que estas obras cuentan con el aval de los Especialistas de la Interventoría.

- En el comunicado INVIAS 3795-2013-433 dirigido a la GOBERNACIÓN de Magdalena se informa del atraso en la ejecución de la obra, ya reiterado en los oficios INVIAS 3795-2013-372; INVIAS 3795-2013-380; INVIAS 3795-2013-394; INVIAS 3795-2013-426 e INVIAS 3795-2013-432, y se solicita a la Entidad Contratante que tome las medidas contractuales pertinentes, aclarando que los citados oficios fueron enviados al contratista siempre con copia a la GOBERNACIÓN DEL MAGDALENA.

- **El 15 de febrero de 2016**, al inicio del mandato de la doctora ROSA COTES DE ZÚÑIGA, Gobernadora del Magdalena, el subdirector de la red nacional de carreteras del INVIAS le reporta, mediante oficio SRN 5824, atrasos que

274



se vienen presentando en la ejecución de las actividades programadas e incumplimiento en la gestión predial del tramo Sitio Nuevo – Palermo y de las metas propuestas, de acuerdo con el informe semanal No. 60 del periodo 01/02/2016 – 07/02/2016, y por lo anterior le solicita *“su intervención y tomar las medidas respectivas para que el contratista Consorcio Ribera Este, entregue con celeridad los requerimientos solicitados por la interventoría, al igual que sean subsanados los atrasos mencionados teniendo en cuenta la importancia cronológica del proyecto en el cumplimiento del programa de inversiones y la necesidad de ejecutar los recursos asignados.”* (folio 151 c.a. 13)

Este oficio para efectos probatorio **permite determinar objetivamente que a la Gobernadora del Magdalena se le estaba informando que había atrasos en la ejecución de la obra y se le requería para que tomara medidas frente al contratista.**

- Oficio Consorcio ICI – INVIAS- 3795-2013-488 del **23 de febrero de 2016:** El Director de Interventoría pone en conocimiento del Ing. Walter Pautt, supervisor del contrato 617 de 2013, por parte de la gobernación de Magdalena, los atrasos en que viene incurriendo el contratista; **le solicita que la entidad adopte las medidas contractuales pertinentes, y le advierte que si continúa la situación no se podrá dar cumplimiento a las metas físicas y de facturación proyectadas para el año 2016.**

Dando alcance a nuestra comunicación INVIAS 3795-2013-468 del 15 de febrero de 2016, se adjunta copia del comunicado INVIAS 3795-2013-487 dirigido al CONSORCIO RIBERA ESTE, mediante el cual se pone **nuevamente de presente el retraso en la ejecución** del contrato de obra No. 617 de 213 suscrito por el CONSORCIO RIBERA ESTE, con el fin de que la Entidad Contratante tome las medidas contractuales pertinentes.

Es importante resaltar e informar a la Entidad, que de continuar esta situación no se podrá dar cumplimiento a fin de año con las metas físicas y de facturación proyectadas para el 2016, debido a que el programa aprobado vigente es bastante exigente y debe respetar los tiempos establecidos para la consolidación de los terraplenes proyectados en los diseños.

- Oficio Consorcio ICI – INVIAS 3795-2013-696 del **30 de junio de 2016** El director de interventoría en comunicación dirigida al Ing. Juan Valentín Briceño, supervisor del contrato 617 de 2013, le solicita aplicar las cláusulas sancionatorias por el incumplimiento reiterado de las obligaciones del contratista y le relaciona 15 oficios que evidencian lo expuesto y sustentan la solicitud.



Ante esta situación está Interventoría solicita que se genere la aplicación de las cláusulas sancionatorias del contrato de obra No. 617 de 2013 al CONSORCIO RIBERA ESTE, por el incumplimiento reiterado, adicionalmente esta situación conlleva a que el CONSORCIO ICI, no pueda estar ejerciendo de manera adecuada el compromiso contractual de seguimiento al desarrollo de las actividades que actualmente viene realizando el Constructor.

Siendo el INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS, quien contrató al CONSORCIO ICI, para vigilar los recursos establecidos en el Convenio Interadministrativo No. 649 de 2013, suscrito entre el INVIAS y la GOBERNACIÓN DEL MAGDALENA, solicitamos su gestión interinstitucional con el DEPARTAMENTO, para aplicar lo estipulado en el presente documento sobre el CONSORCIO RIBERA ESTE, por el incumplimiento reiterativo de la obligación contractual de entregar en un término de tres (3) meses (cronograma de obra), la actualización de los ajustes y diseños del Contrato de obra No. 617 de 2013 y hasta la fecha no se ha realizado.

- De acuerdo con el oficio SRN 33036 del **13 de julio de 2016** emitido por el Subdirector de la Red Nacional de Carreteras y dirigido al Director General de Interventoría se advierte que el CONSORCIO ICI viene realizando gestiones en la búsqueda de fuentes de material licenciadas que cumplan a cabalidad con la normatividad vigente y análisis en la disminución de costos en transporte de material para el desarrollo y ejecución de las obras del proyecto, **gestión que también data para septiembre de 2016**, de acuerdo con cotizaciones de transporte de materiales pétreos obtenidas por la interventoría (folios 150, 147 vuelto, 148 ambas caras c.a. 13)

- Informe detallado del estado actual en cuyo alcance debe incluirse las distancias de transporte de materiales del contrato para las diferentes actividades, especificando la localización de cada una de las canteras.

- Análisis de reducción a nivel presupuestal en las actividades de transporte de material de acuerdo a las fuentes con las cuales el contratista se encuentra trabajando actualmente, y los diferentes tipos de transporte.

- Informe de gestión referente a la búsqueda de fuentes de materiales licenciadas para el suministro del material de la estructura de pavimento como lo es: Sub Base Granular, Base Granular, Mezcla densa en caliente al igual que el análisis de las distancias y costos de transporte.

- **El 21 de julio de 2016** nuevamente el Subdirector de la Red Nacional de Carreteras del INVIAS, mediante comunicación SRN 34362 le solicita “su intervención y la toma de acciones necesarias para que el contratista de obra cumpla con todas la obligaciones del contrato”, petición “motivada en los oficios emitidos por la interventoría en los cuales ha requerido en repetidas ocasiones la entrega de la versión final de la actualización de los estudios y diseños, sin tener respuesta a la fecha”, y para tal efecto le anexó los oficios enviados por la interventoría del proyecto. (folio 149 c.a. 13)



- **Acta de modificación número 4 del 3 de agosto de 2016**

4. ACTA DE MODIFICACION No. 04 (3-AGOSTO-2016): Se presentan mayores y menores cantidades de obra debido a ajustes en los diseños y cantidades del transporte terrestre y transporte fluvial.

- Oficio del Consorcio ICI. INVIAS- 3795-2013-743 del **6 de agosto de 2016:** El director general de interventoría en comunicación al Ing. Juan Pablo Deik Jassir, director de obra del consorcio Ribera Este le indica que de acuerdo al programa de inversiones vigente al 1 de mayo del 2016 presenta un atraso del 1.38%, y por ende lo requiere para que presente un plan de contingencia en un plazo superior a 3 meses.
- Oficio del Consorcio ICI. INVIAS- 3795-2013-759 del **18 de agosto de 2016:** El director de interventoría en comunicación director de obra le señala que cuantificada la obra al 14 de agosto de 2016, ésta presenta un atraso del 3.26%, por tanto le reitera que atienda el requerimiento de presentar un plan de contingencia.
- Oficio del Consorcio ICI- INVIAS-3795-2013-794 del **1 de septiembre de 2016:** El Director General de Interventoría pone en conocimiento del Dr. Fabio Manjarres, supervisor del contrato 617 de 2013, por parte de la gobernación de Magdalena, y gerente de proyectos, los atrasos en que viene incurriendo el contratista durante el mes de agosto de 2016, los cuales semanalmente van aumentando, de manera que, con corte al 28 de agosto de 2016, presenta un atraso del 3.95% equivalente a \$7.628.655.477,0. Agrega que el contratista no ha presentado el plan de contingencia solicitado, ni ha implementado en obra medidas para recuperar la deficiencia de inversión física y económica, dado el aumento en el atraso semana tras semana. En consecuencia **le solicita a la gobernación de Magdalena que se aplique la cláusula décima tercera del contrato 617 de 2013 o le indique si es la interventoría quien debe el proceso de tasación de multa por incumplimiento.**
- Oficio del Consorcio ICI- INVIAS-3795-2013-807 del **7 de septiembre de 2016:** El Director General de Interventoría pone en conocimiento del Dr. Fabio Manjarrés, supervisor del contrato 617 de 2013, por parte de la gobernación de Magdalena, y gerente de proyectos, los atrasos en que viene incurriendo el contratista en las últimas cuatro semanas, los cuales semanalmente van aumentando, de manera que, con corte al 4 de septiembre de 2016, presenta un atraso del 4.62% equivalente a \$9.044.953.697, por ello le reitera lo expuesto en la comunicación INVIAS 3795-2013-794 del 1 de septiembre de 2016. Adicionalmente **le solicita su**

277



gestión para que el contratista entregue de manera inmediata los ajustes a los diseños.

- Oficio del Consorcio ICI- INVIAS-3795-2013-820 del **13 de septiembre de 2016**: El Director General de Interventoría, Enrique Martínez Arciniégas, pone en conocimiento del Dr. Fabio Manjarrés, supervisor del contrato 617 de 2013, por parte de la gobernación de Magdalena, y gerente de proyectos, los atrasos en que viene incurriendo el contratista en las últimas cuatro semanas, los cuales semanalmente van aumentando, de manera que, con corte al 13 de septiembre de 2016, presenta un atraso del 5.64% equivalente a \$11.223.240-488, por ello le reitera lo expuesto en la comunicación INVIAS 3795-2013-794 del 1 de septiembre de 2016 y la solicitud de gestión para que el contratista entregue de manera inmediata los ajustes a los diseños.
- Oficio del Consorcio ICI- INVIAS-3795-2013-839 del **20 de septiembre de 2016**: El Director General de Interventoría, Enrique Martínez Arciniégas, pone en conocimiento del Dr. Fabio Manjarrés, supervisor del contrato 617 de 2013, por parte de la gobernación de Magdalena, y gerente de proyectos, los atrasos en que viene incurriendo el contratista en las últimas cuatro semanas, los cuales semanalmente van aumentando, de manera que, con corte al 18 de septiembre de 2016, presenta un atraso del 6.86% sobre el valor programado, o en su efecto al 3.40% sobre el valor del contrato, equivalente a \$13.795.606.099, por ello le indica que hasta tanto la documentación no emita un documento al respecto es deber de la interventoría seguir reportando los atrasos presentados.
- En el mismo sentido el **21 de septiembre de 2016** el Director General del INVIAS le dirige la comunicación número DG 45590 a la doctora ROSA COTES DE ZÚÑIGA , Gobernadora del Magdalena, en la que le solicita intervenir en procura de la regularización del contrato de obra 617 de 2013 debido al desbalance que viene padeciendo el contrato por el aumento de los costos del transporte de material de terraplén que pasaron de representar para ese momento el 35% del valor del contrato, cuando inicialmente era el 3%, le insiste además en la pertinencia de iniciar los procesos sancionatorios por incumplimiento del contrato solicitados en forma reiterada por la interventoría (folios 146-147 c.a. 13)
- Oficio del Consorcio ICI- INVIAS-3795-2013-872 del **10 de octubre de 2016**: El Director General de Interventoría, Enrique Martínez Arciniégas, pone en conocimiento del Dr. Fabio Manjarrés, supervisor del contrato 617 de 2013, por parte de la gobernación de Magdalena, y gerente de proyectos, los atrasos en que viene incurriendo el contratista en las últimas cuatro semanas, los cuales semanalmente van aumentando, de manera que, con corte al 9 de

278



octubre de 2016, presenta un atraso del 8.40% sobre el valor programado, o en su efecto al 4.34% sobre el valor del contrato, equivalente a \$17.581.470.037, **por ello le manifiesta su preocupación y le solicita su intervención dado que a la fecha no hay una solución concreta.**

De manera preocupante observamos como a la fecha existe una no ejecución respecto al programa de inversiones de inversión de \$17.581.470.037, reflejada en demoras en la construcción de terraplenes, obras de drenaje y estructura de pavimento. Por tal motivo y de manera reiterativa, solicitamos la intervención de la GOBERNACION DEL MAGDALENA, con el fin de establecer las medidas de contingencia y los compromisos del CONSORCIO RIBERA ESTE, para solucionar esta situación, que como se observa en las tablas anteriores viene incrementándose semana a semana, sin que a la fecha se presente una solución concertada.

Estamos atentos a su pronta respuesta,

- **Oficio del Consorcio ICI- INVIAS-3795-2013-910 del 2 de noviembre de 2016:** El Director General de Interventoría, Enrique Martínez Arciniégas, pone en conocimiento del Dr. Fabio Manjarrés, supervisor del contrato 617 de 2013, por parte de la gobernación de Magdalena, y gerente de proyectos, los atrasos en que viene incurriendo el contratista en las últimas cuatro semanas, los cuales semanalmente van aumentando, de manera que, con corte al 30 de octubre de 2016, presenta un atraso del 11.07% sobre el valor programado, o en su efecto al 5.94% sobre el valor del contrato, equivalente a \$24.075.858.330. Igualmente considera **“importante resaltar que para la semana 98 se tenía programada una ejecución semanal de \$2.697.663.608 y tan solo se ejecutó \$671.404.574 lo que representa un descenso significativo y preocupante en la ejecución.”** (Negritas fuera del texto original). Por tal motivo es insistente en solicitarle a la gobernación de Magdalena adopte las medidas pertinentes y se instruya a la interventoría si requiere la cuantificación de la sanción.
- **Oficio SRN 55250 del 10 de noviembre de 2016:** El subdirector de la red nacional de carreteras del INVIAS le expone a la gobernadora del Magdalena Rosa Cotes los continuos atrasos en que viene incurriendo el contratista y le solicita adoptar medidas para que el contratista cumpla el programa de inversiones y las obligaciones contractuales.
- **Oficio SRN 56822 del 18 de noviembre de 2016 :** El subdirector de la red nacional de carreteras pone en conocimiento de la gobernadora del departamento los incumplimientos del contratista y le solicita su intervención y adopción de medidas para que el contratista cumpla con sus obligaciones y compromisos adquiridos.



- Oficio SRN 58259 del **28 de noviembre de 2016**: El subdirector de la red nacional de carreteras le expone a la gobernadora del departamento los incumplimientos del contratista frente a los compromisos adquiridos en el comité operativo realizado en Santa Marta el 3 de junio de 2016 y le solicita, en los siguientes términos, **su intervención y adopción de medidas para que el contratista cumpla con sus obligaciones y compromisos adquiridos.**

Por lo anterior, esta Subdirección comedidamente le solicita impartir las instrucciones pertinentes a quien corresponda e instar al contratista de obra, CONSORCIO RIBERA ESTE, a dar cumplimiento al Programa de Inversiones y a lo estipulado en el contrato de obra No. 617 de 2013 "...**CLAUSULA TERCERA: OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA.** Serán obligaciones del CONTRATISTA: 1. Ejecutar idónea y oportunamente el objeto del contrato, de acuerdo a la propuesta presentada y los términos de la LICITACION PÚBLICA LP-DM-07-2012."

- Oficio Consorcio ICI. INVIAS -3795-2013-984 del **9 de diciembre de 2016**: El Director General de Interventoría en comunicación dirigida al supervisor del contrato 617 de 2013, de la gobernación de Magdalena, pone a disposición el informe de interventoría que sustenta la actuación sancionatoria tendiente a la imposición de multas pactadas en la cláusula décima tercera del contrato de obra con la finalidad que el consorcio Ribera Este rinda sus descargos, en el ejercicio del derecho de defensa. Le recuerda que: "... a partir del 1 de agosto de 2016 se empezaron a generar retrasos en el programa de obra y de inversiones, tal como se puso en su conocimiento mediante oficio INVIAS 3795-2013-743 del 6 de agosto de 2016, en el que se evaluó la inversión programada con corte a 31 de julio de 2016, arrojando un atraso en la inversión del 1.38%, lo cual dio lugar a la formulación del requerimiento al consorcio RIBERA ESTE para la entrega de un plan de contingencia que permitiera recuperar el atraso presentando."

En esta comunicación también le indica que:

5. A pesar de los múltiples requerimientos al Contratista, el aumento del atraso ha aumentado, al punto de que el 13 de noviembre de 2016 se informó a la Gobernación del Magdalena mediante oficio INVIAS 3795-2013-932 de fecha 18 de noviembre de 2016 que se presenta una desviación de la inversión del 12.73% sobre el valor programado (sin incluir ajustes), equivalente a un monto de **\$ 28.381.599.862**.
6. A la fecha de presentación del presente informe, el atraso al programa de inversiones asciende a la suma de **\$ 31.376.008.598** equivalente al 13.57% de las inversiones programadas (sin incluir ajustes).



OFICIOS DE LA INTERVENTORIA SOLICITANDO AL CONTRATISTA LA ENTREGA DE PLANES DE CONTINGENCIA

POR ATRASOS EN LA EJECUCION DEL CONTRATO DE OBRA

OFICIO	FECHA	SOLICITUD
INVIAS 3795-2013-643	26/05/2016	Solicitud de Plan de contingencia para obras de drenaje y terraplén
INVIAS 3795-2013-653	01/06/2016	Mejorar rendimientos de construcción de obras de drenaje.
INVIAS 3795-2013-657	01/06/2016	Solicitud de Plan de contingencia para la construcción de terraplenes y obras de drenaje
INVIAS 3795-2013-743	06/08/2016	Solicitud de Plan de Contingencia por demoras en la ejecución en la semana 85
INVIAS 3795-2013-747	10/08/2016	Solicitud de Plan de Contingencia por demoras en la ejecución en la semana 86
INVIAS 3795-2013-759	18/08/2016	Solicitud de Plan de Contingencia por demoras en la ejecución en la semana 87
INVIAS 3795-2013-772	23/08/2016	Solicitud de Plan de Contingencia por demoras en la ejecución en la semana 88

4. Adicionalmente y dada la configuración de un supuesto para la aplicación de las multas pactadas contractualmente, se remitió a la GOBERNACIÓN DEL MAGDALENA, con copia a INVIAS, la información del incumplimiento en el que incurre el Contratista, solicitando tomar medidas pertinentes según lo expresado en la CLÁUSULA DECIMO TERCERA. MULTAS del contrato referido.

OFICIOS DONDE LA INTERVENTORIA INFORMA A LA GOBERNACION SOBRE INCUMPLIMIENTOS EN LA PROGRAMACIÓN DE OBRA

OFICIO	FECHA	SOLICITUD
INVIAS 3795-2013-794	01/09/2016	Informe de incumplimiento del Programa de Inversiones por parte del CONSORCIO RIBERA ESTE en la semana 89
INVIAS 3795-2013-807	07/09/2016	Informe de incumplimiento del Programa de Inversiones por parte del CONSORCIO RIBERA ESTE en la semana 90
INVIAS 3795-2013-839	20/09/2016	Informe de incumplimiento del Programa de Inversiones por parte del CONSORCIO RIBERA ESTE en la semana 92
INVIAS 3795-2013-847	28/09/2016	Informe de incumplimiento del Programa de Inversiones por parte del CONSORCIO RIBERA ESTE en la semana 93
INVIAS 3795-2013-872	10/10/2016	Informe de incumplimiento del Programa de Inversiones por parte del CONSORCIO RIBERA ESTE en la semana 95
INVIAS 3795-2013-891	25/10/2016	Informe de incumplimiento del Programa de Inversiones por parte del CONSORCIO RIBERA ESTE en la semana 96
INVIAS 3795-2013-892	25/10/2016	Informe de incumplimiento del Programa de Inversiones por parte del CONSORCIO RIBERA ESTE en la semana 97
INVIAS 3795-2013-910	02/11/2016	Informe de incumplimiento del Programa de Inversiones por parte del CONSORCIO RIBERA ESTE en la semana 98
INVIAS 3795-2013-932	18/11/2016	Informe de incumplimiento del Programa de Inversiones por parte del CONSORCIO RIBERA ESTE en la semana 100



Respecto de la valoración de la posible sanción a **30 de noviembre de 2016**, la interventoría la sustenta así:

Valoración posible de la sanción a 30 de noviembre de 2016

Para efectos de la cuantificación de la multa a aplicar al Contratista por el incumplimiento que se imputa, es necesario remitirnos a la cláusula décimo tercera del contrato de obra, en el cual respecto de la cuantía de las multas se estableció que "...se aplicaran sobre el valor total del contrato equivalentes al 0,05% por cada día de mora y/o de retardo y/o de falta en el cumplimiento de sus obligaciones hasta que se ponga al día o cumpla", situación que obliga, como primera medida, a la determinación de la fecha de inicio de incumplimiento.

Con fundamento en lo expuesto en el acápite de HECHOS del presente documento, se evidencia que el retraso en el cumplimiento de la programación que rige el contrato se presentó a partir del 1 de agosto de 2016, momento a partir del cual a la fecha han transcurrido 129 días, por lo que de conformidad con lo dispuesto en la cláusula décimo tercera del contrato la cuantificación de la multa es la siguiente:

Valor Total del Contrato	\$432.010.178.757,42
0,05% del valor Contrato	\$216.005.089,38
No. de días Incumplimiento	129
Total Multa	\$ 27.864.656.530,02

Finalmente expone las siguientes conclusiones:

CONCLUSIONES

Por lo expuesto en los numerales de esta comunicación, sumado a los constantes requerimientos realizados por la Interventoría, los cuales se relacionan en el literal b) y en cumplimiento con lo expresado en la CLAUSULA DECIMO TERCERA. MULTAS del contrato de obra No. 617 de 2013, esta Interventoría considera que el CONSORCIO RIBERA ESTE incumplió reiteradamente en la ejecución del Programa de Inversiones sin que a la fecha se hayan tomado las medidas necesarias para disminuir el atraso presentado, evidenciado el aumento del atraso semanalmente.

En consecuencia, ponemos a consideración de la Gobernación en su calidad de entidad contratante, el presente informe de incumplimiento para lo de su competencia de conformidad con lo dispuesto en la cláusula décimo tercera del contrato y en las normas que regulan los procesos sancionatorios contractuales.

Se adjunta en el anexo del presente oficio todos los documentos y oficios mencionados.

Agradeciendo su amable atención,

Cordialmente,

ENRIQUE MARTINEZ ARCINIEGAS
Director General de Interventoría
CONSORCIO ICI

c.c.
Ing. JUAN JOSÉ OYUELA SOLER – SUBDIRECTOR DE LA RED NACIONAL DE CARRETERAS INVIAS
Ing. YUDY MINOTA ZEA – GESTORA TÉCNICA DEL PROYECTO – INVIAS
Ing. MIGUEL ANTONIO GARCÍA SIERRA – GESTOR TÉCNICO DEL CONTRATO – INVIAS – Atlántico.
Archivo

- Nuevamente el **28 de diciembre de 2016** y en consideración a que las solicitudes e insistencias a la Gobernadora ROSA COTES **para que adelantara acciones legales frente a los incumplimientos** en la ejecución de la obra por parte del contratista no habían prosperado, se incluyó en el modificatorio número 3 al convenio 649 de 2013, la obligación para el Departamento de e) *El DEPARTAMENTO atendiendo las observaciones*

282

IUS E-2017-519707 /IUC-D-2017-956399

Auto: Fallo de primera instancia-30-09-2020

Caso: Proyecto Vía La Prosperidad – Gobernación de Magdalena

CJOM/OLSC



realizadas por la interventoría y el INSTITUTO adelantará la revisión estructural a las condiciones de ejecución del contrato derivado para verificar si hay lugar a iniciar proceso administrativo sancionatorio por posibles incumplimientos del contrato derivado”.

- **Informe mensual de interventoría No. 25 - diciembre 2016**

3.3.1 Avance de obras programadas, ejecutadas y acumuladas del Contrato:

A la fecha del presente Informe mensual de diciembre de 2016, el Contrato de obra No. 617 de 2013, cuyo valor de obra es \$432.010.178.757,42; presenta un valor ejecutado acumulado (sin ajustes) de \$ 206.705.703.335 equivalente al 50,23% y un valor programado acumulado (sin ajustes) de \$ 239.180.202.556 equivalente al 58,12 %, es decir, se presenta un atraso en la ejecución según lo programado del 13,58 %, que supone un valor real de \$ 32.474.499.221 en demora (sin ajustes). Los capítulos que presentan atraso son: Explanaciones y Transportes en 7.6 %, el de pavimentos asfálticos en un 43.4%, obras de arte en un 21.1% y bases-subbases en un 99.5% en el mes de diciembre de 2016 respecto a la Reprogramación Vigente de fecha 01 de mayo de 2016. En el ANEXO 2. AVANCE DE LAS OBRAS PROGRAMADAS, EJECUTADAS ACUMULADAS – MSE-MN-FR-022-1

Se ha recibido comunicación INVIAS-3795-2013-1037 de fecha 05/01/2017, mediante la cual el Consorcio ICI, encargado de la interventoría del contrato de obra No. 617 de 2013, informó a esta Subdirección que mediante radicado No. R-2016-002039 (numeración Gobernación de Magdalena) de fecha 12/12/2016, solicitó a la entidad contratante de las obras la aplicación de multa por incumplimiento al Programa de Inversiones del contrato en mención, toda vez que el atraso informado se viene presentando desde el 06/08/2016.

Teniendo en cuenta que la Gobernación de Magdalena no se ha pronunciado sobre dicha solicitud, el INVIAS mediante oficio No. SRN 67614 de fecha 25/01/2017, volvió a informar sobre las demoras que persisten en el Programa de Inversiones basado en los oficios remitidos por la interventoría al CONSORCIO RIBERA ESTE, esto con el fin de que se tomarán las medidas respectivas que llevarán al contratista subsanar los atrasos reportados por el Consorcio ICI.

De acuerdo a lo anterior, esta Subdirección solicita nuevamente se revisen aspectos como el inicio del proceso sancionatorio por incumplimiento del contrato, en concordancia con los informes remitidos por la interventoría en los cuales se evidencian los reiterados atrasos del contratista.

- **Oficio SRN 68497 del 13 de enero de 2017:** El subdirector de la red nacional de carreteras le insiste a la gobernadora del departamento que revise los aspectos relacionados con el inicio de un proceso sancionatorio contra el contratista dado que esa entidad no se ha pronunciado frente las solicitudes en tal sentido formuladas por la interventoría
- **Oficio E-2017-00597 del 23 de enero de 2017:** La Gobernación de Magdalena da respuesta al oficio IUS-2016-308778 de la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Preventiva de la Función Pública informando que desde el mes de junio (2016) se requirió al contratista Consorcio Ribera Este la entrega del Diagnóstico Ambiental de Alternativas y el Plan de Inversiones, y a la fecha (enero 2017) ha incumplido. Agrega que en el mes de Agosto

283

IUS E-2017-519707 /IUC-D-2017-956399
Auto: Fallo de primera instancia-30-09-2020
Caso: Proyecto Vía La Prosperidad – Gobernación de Magdalena
CJOM/OLSC



(2016) se comprometió a los directivos del Consorcio Ribera Este para entregar los primeros 4 kilómetros pavimentados en el mes de diciembre (2016) y cuatro meses después no han ejecutado los trabajos.

En resumen, indica que a la fecha (enero 2017) los presuntos incumplimientos de los que tiene conocimiento la entidad son: (folios 42 al 46 cp 1)

- I. Retraso superior a 100 días en el programa de obra y de inversiones del contrato.
- II. Pavimentar 4 km de la vía, lo cual debió cumplirse al mes de diciembre de 2016, fecha establecida en comités oficiales con la Dirección del Invias e Interventoría.
- III. Trámite ante la ANLA de los Diagnósticos Ambientales de Alternativas para las variantes de Palermo y Sitio Nuevo.”

De ahí que la Gobernadora, conforme al comunicado de prensa enunciado en el oficio en comento, dispuso:

“1. Impartir instrucciones al Gerente de Proyectos, el Jefe de la Oficina Jurídica y al cuerpo de asesores legales de la Gobernación de Magdalena **para que se inicie inmediatamente el trámite correspondiente para abrir un proceso administrativo sancionatorio** en contra del Consorcio Ribera Este en procura de lograr el cumplimiento del cronograma de obra.

2. Solicitar el acompañamiento del Departamento Nacional de Planeación, en la **búsqueda de las acciones orientadas a superar los inconvenientes que, en materia de trazado y alcance de metas** contempla actualmente la obra.

3. Exigir la representación legal del Consorcio Ribera Este, la **revisión inmediata del costo de transporte de material que requiere la vía de la prosperidad**, buscando alternativas menos onerosas, como, por ejemplo, abstenerse desde sitios mas cercanos, **dado que se trata del concepto que tiene mayor peso financiero en la ejecución de esta importante obra** y a precios actuales, puede reducirse sustancialmente. [...]” Negritas fuera del texto original.

- Oficio SRN 67614 del **25 de enero de 2017**: El subdirector de la red nacional de carreteras pone en conocimiento de la gobernadora del departamento los incumplimientos del contratista y le solicita su intervención y adopción de medidas para que el contratista cumpla con sus obligaciones y compromisos adquiridos.
- Oficio SRN 70505 del **10 de febrero de 2017**: El Invias le reitera la gobernadora del Magdalena la solicitud realizada mediante oficio SRN 68497

284



del 31/01/2017 “referente a su intervención mediante los mecanismos legales pertinentes que conlleven al contratista a subsanar los atrasos reportados por el Consorcio ICI, toda vez que estos se han presentado de forma reiterada.

- Oficio E-2017-001606 del **10 de febrero de 2017**: El Gerente de Proyectos de la Gobernación de Magdalena presenta un informe ejecutivo en respuesta al oficio enviado por el Dr. LEANDRO RAMOS; Procurador Delegado para la Vigilancia Preventiva de la Función Pública a la Dra. ROSA COTES DE ZUÑIGA , para que absuelva las siguientes inquietudes: *(i) Estado actual del cumplimiento de las obligaciones contractuales de manera especial, pero no exclusiva, en lo atinente a la construcción, ampliación, reconstrucción y mejoramiento de las obras contratadas; (ii) cumplimiento del cronograma de obra; (iii) cumplimiento de las obligaciones contractuales relacionadas con la gestión predial; (iv) cumplimiento de las obligaciones contractuales para la obtención y/o modificación de las licencias ambientales necesarias para la ejecución del proyecto vial; (v) cumplimiento de las obligaciones relacionadas con la financiación del proyecto; (vi) estado actual de la situación jurídica del contrato en lo atinente a demandas, reclamaciones, procesos sancionatorios y otros eventos de la misma naturaleza, iniciados por el Consorcio Ribera Este en contra de la Gobernación de Magdalena o que esta entidad, haya iniciado en contra del Consorcio desde la suscripción del mismo. (Folios 49-62 c.p.1)*

En respuesta al numeral 2) asociado al cumplimiento del cronograma de obra se indicó que el 2 y 9 de septiembre de 2016 se solicitó una reprogramación del programa de obra y de inversiones principalmente de las actividades de pavimentación, por razones técnicas referidas a la consolidación e los terraplenes, también porque no se contaba con mayor longitud de vía aprobada para intervenir, iniciado las actividades de construcción del pavimento a partir del 16 de diciembre de 2016.

Agrega que la interventoría solicitó la imposición de multas por incumplimiento en la reprogramación del mes de Mayo de 2016 y el Departamento se encuentra en trámites para decidir en consecuencia.

“DADO QUE LA INTERVENTORÍA SOLICITÓ LA IMPOSICIÓN DE MULTAS POR INCUMPLIMIENTO EN LA PROGRAMACIÓN DEL MES DE MAYO, EL DEPARTAMENTO SE ENCUENTRA EN TRÁMITE DE CITACIÓN PARA QUE EL CONTRATISTA PARA QUE EN GARANTIA DEL DEBIDO PROCESO, ESCUCHARLO Y DECIDIR EN CONSECUENCIA.”

285

IUS E-2017-519707 /IUC-D-2017-956399
Auto: Fallo de primera instancia-30-09-2020
Caso: Proyecto Vía La Prosperidad – Gobernación de Magdalena
CJOM/OLSC



(negritas y mayúsculas fuera del texto original. Ver oficio gobernación de Magdalena E-2017-001606 del 14/02/2017, folio 60 c.p.1)

En lo concerniente al numeral 3° se reitera que “el trámite de licencias ambientales para el tramo llamado Variante de Palermo y la de Sitio Nuevo se encuentran en curso ante la autoridad ambiental ANLA”. El numeral 4° no fue respondido, solicitando aclaración de la inquietud planteada por la Procuraduría y el respecto al numeral 5° que “A la fecha no se encuentran en curso demandas del contratista en contra del Departamento del Magdalena.”

- Por auto del **17 de febrero de 2017**, la Gobernación de Magdalena convocó al Consorcio Ribera Este a la audiencia pública prevista en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, frente al posible incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato 617 de 2013, por los supuestos atrasos en los programas de obra e inversión, presentando atrasos en las actividades de (i) pavimentación; (ii) culminación de los terraplenes y (iii) culminación de los vox coulvert (obras de drenaje).

Mediante oficio E-2017-011952 de febrero de 2017 con guía No. 318562 111387 y por medio de correo electrónico se le comunicó al señor GARY EBERTO ESPITIA CAMARGO, representante del CONSORCIO RIBERA ESTE, sobre la citación a la audiencia por presuntos incumplimientos aquí señalada, notificándole que la misma se llevaría a cabo el día tres (3) de marzo de 2017 a las 10:00 AM en el salón Bolívar ubicado en las instalaciones de la Gobernación de Magdalena –Palacio Tayrona (...) Así mismo, se notificó y citó a la aseguradoras Liberty Seguros S.A. y Compañía Mundial de Seguros S.A. garantes del contrato 617 de 2013 a través de póliza de seguros No.,. Póliza BQ-1000005240.” (folio 15 c.a. 1)

- Oficio consorcio ICI –INVIAS-3795-2013-1136 del **3 de marzo de 2017**: El Director General de Interventoría dando alcance al oficio 3795-2013-984 del 9 de diciembre de 2016 pone a disposición de la gobernación de Magdalena, el informe de interventoría actualizado que sustenta la actuación sancionatoria contra el contratista consorcio Ribera Este, en el cual destaca:
 6. A la fecha de presentación del presente informe, el atraso al programa de inversiones asciende a la suma de **\$40.646.466.313** equivalente al 15.40% de las inversiones programadas, según cómputo efectuado a lo correspondiente acta No. 21 con fecha de corte el 31 de enero de 2017, en la cual se tiene un ejecutado acumulado de **\$223.212.033.825** contra un valor programado acumulado de **\$ 263.858.500.138**.



- Oficio SRN 75474 del **11 de marzo de 2017**: El Invias en consideración a la información reportada por la interventoría que evidencia un atraso del 15.40% le solicita a la gobernadora del departamento que con la mayor celeridad se revise la aplicación del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, respecto a la aplicación de multas al contratista por incumplimiento.
- El día **30 de marzo de 2017**, la Gobernadora del Magdalena expide el decreto 0124 por medio el cual se efectúa una delega (sic) al Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Gobernación de Magdalena Dr. Eduardo Rodríguez Orozco con la finalidad de que adelante la audiencia y los demás actos asociados de que versa del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, sobre imposición de multas en un contrato de obra 617 de 2013.” (folio 15 c.a. 1)

Luego de atender varias solicitudes de suspensión por parte del contratista y la aseguradora, la audiencia se efectuó el 31 de marzo de 2017 a las 10 de la mañana, concediéndole la palabra a las partes para su defensa y se decretó la práctica de pruebas.

- Oficio consorcio ICI –INVIAS – 3795-1200 del **7 de abril de 2017**: El director general de interventoría le manifiesta al gerente de proyectos de la gobernación de Magdalena que según su informe semanal de interventoría, con corte al 2 de abril de 2017 se tiene un atraso en la inversión de \$51.182.208.504,0.
- Oficio SRN 82670 del **27 de abril de 2017**: El subdirector de la red nacional de carreteras del INVIAS le solicita a la gobernadora informe el cronograma para el desarrollo de las audiencias en el proceso sancionatorio iniciado el 31 de marzo de 2017 por el posible incumplimiento del programa de inversiones por parte del contratista.
- Oficio SRN 832013 del **2 de mayo de 2017**: El Invias le solicita a la gobernadora del Magdalena que en atención a los oficios de la interventoría que indican que persiste el incumplimiento del programa de inversiones por parte del contratista, intervenga para que el contratista de cumplimiento a sus obligaciones contractuales.
- El día **4 de mayo de 2017**, la Gobernadora Rosa Cotes expide el Decreto 100-26 (sic) por medio del cual se conforma un comité especial transitorio de apoyo con la finalidad de apoyar los actos asociados al procedimiento de que versa el artículo 86 de la ley 1474 de 2011, sobre la imposición de multa en contrato de obra pública, que se designó como miembros del COMITÉ ESPECIAL a los funcionarios EDUARDO RAFAEL RODRÍGUEZ OROZCO, jefe de la Oficina

287



Asesora Jurídica Departamental, FABIO ALEJANDRO MANJARREZ PINZÓN, Gerente de Proyectos y a la Doctora LEISDY MEDINA PAVAJEAU, Jefe de la Oficina de Contratación.” (folio 19 c.a. 1)

- Oficio SRN 84297 del **8 de mayo de 2017**: El Invias le solicita a la gobernadora del Magdalena que en atención a los oficios de la interventoría, le “informa nuevamente que pese a los múltiples requerimientos realizados al contratista CONSORCIO RIBERA ESTE e informados a la Gobernación de Magdalena, persisten los bajos rendimientos y los atrasos en las actividades correspondientes a los tramos Palermo – Sitionuevo entre el PR 39+650 y el PR 60+329, Sitionuevo –Remolino entre el PR 34+500 y el PR 36+000 y puente caño Clarín” y por ende le solicita que intervenga para que el contratista de cumplimiento a sus obligaciones contractuales.
- Oficio consorcio ICI –INVIAS-3795-2013-1272 del **17 de mayo de 2017**: El Director General de Interventoría dando alcance al oficio 3795-2013-984 del 9 de diciembre de 2016 pone a disposición de la gobernación de Magdalena, el informe de interventoría actualizado que sustenta la actuación sancionatoria contra el contratista consorcio Ribera Este, en el cual destaca:

6. A la fecha de presentación del presente informe, el atraso al programa de inversiones asciende a la suma de **\$52.299.728.032** equivalente al 17.94% de las inversiones programadas, según cómputo efectuado a lo correspondiente acta No. 23 con fecha de corte el 31 de marzo de 2017, en la cual se tiene un ejecutado acumulado de **\$239.202.790.209** contra un valor programado acumulado de **\$291.502.518.241**.
- En los meses de **abril a junio de 2017** se atendió la práctica probatoria y el **11 de julio** el delegado de la Gobernadora del Departamento del Magdalena y el Comité Especial de Apoyo y Decisión conformado mediante Decreto 0181 del 4 de mayo se **DECLARÓ EL INCUMPLIMIENTO PARCIAL** de contrato 617 de 2013, por parte del CONSORCIO RIBERA ESTE y como consecuencia de ello **IMPUSO LA MULTA** de \$15.616.000.000 mcte, decisión contra la cual procede el recurso de reposición. (folio 88 c.a.1)
- Oficio DG 97116 del **25 de julio de 2017**: El director del Invias en comunicación dirigida a Rosa Cotes Vives, gobernadora del Magdalena le precisa los aspectos determinantes para el avance del proyecto, teniendo en cuenta los oficios de la **interventoría que señalan reiterados incumplimientos por parte del contratista**, como son (a) atrasos en actividades de terraplen y pavimentación; (b) transitabilidad de la vía y atención de puntos críticos, (c) seguridad vial y señalización; (d) protección de



taludes; (e) obras de drenaje (f) gestión predial; (g) licencias ambientales variantes de Palermo y Sitionuevo; (h)

Por consiguiente “el Instituto Nacional de Vías le solicita al Departamento del Magdalena que en su calidad de contratante de las **obras imparta de manera inmediata las instrucciones pertinentes al contratista o a quien corresponda, para que se de total cumplimiento a las obligaciones contractuales.**”

- Mediante la **Resolución número 0822 del 11 de julio de 2017**, la gobernación de Magdalena declara el incumplimiento parcial del contratista del contrato 617 en el que expone que el Consorcio ICI interventor del contrato 617 de 2013 a través de del oficio con radicado No. R-2016-2039 de fecha **12 de diciembre de 2016, y reiterado** mediante oficio con radicado R-2017-006660 **3 de marzo de 2017**, solicitó al Departamento del Magdalena se le impusiera multa al Consorcio Ribera Este por incumplimiento en el programa de inversión pactado en el referido contrato de obra, en los siguientes términos; (folios 12-88 c.a.1 (folio 20 c.a. 1)

“En cumplimiento de lo dispuesto por el literal a) del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 y **ante el incumplimiento por parte del Consorcio Ribera Este en las inversiones previstas en el programa de inversiones vigente de fecha 1 de mayo de 2016**, sin que se adoptaran las medidas de contingencias para ponerse al día a pesar de los múltiples requerimientos formulados por esta interventoría desde el 6 de agosto de 2016 en oficio INVIAS 3795-2013-743, con lo que se evidencia un presunto incumplimiento en sus obligaciones contenidas en los numerales 8.2, información para el control de la ejecución de la obra, y 8.15, evaluación de avance y actualización del pliego de condiciones de la licitación pública LP-DM-07-2012, nos permitimos poner a su disposición el informe de interventoría que sustenta la actuación sancionatoria tendiente a la imposición de multas pactadas en la cláusula décimo tercera del contrato de obra No. 617 de 2013, con la finalidad de que el Consorcio Ribera Este rinda sus descargos en el ejercicio del derecho de defensa.”

- El **25 de julio de 2017** mediante oficio DG 97116, el Director General del INVIAS le solicita a la doctora ROSA COTES DE ZÚÑIGA , Gobernadora del Departamento del Magdalena que “en su calidad de contratante de las obras, imparta de manera inmediata las instrucciones pertinentes al contratista o a quien corresponda, para que dé total cumplimiento a las obligaciones contractuales” teniendo en cuenta los informes presentados por la interventoría de los reiterados incumplimientos por parte del contratista, los cuales le precisa en esa comunicación, relacionados con los siguientes temas: 1) Atrasos en actividades de terraplén y pavimentación. 2) Transitabilidad de la vía y atención de puntos críticos. 3) Seguridad vial y

289

IUS E-2017-519707 /IUC-D-2017-956399
Auto: Fallo de primera instancia-30-09-2020
Caso: Proyecto Vía La Prosperidad – Gobernación de Magdalena
CJOM/OLSC



señalización. 4) Protección de taludes. 5) Obras de drenaje. 6) Gestión Predial. 7) Licencias ambientales y variantes de Palermo y Sitio Nuevo (folios 103-104 c.a. 13)

De lo expuesto se advierte que **la interventoría señala que a partir del 1° de agosto de 2016 se empezaron a generar retrasos en el programa de obra y de inversiones, tal como se puso en evidencia mediante el oficio INVIAS 3795-2013-743 del 6 de agosto de 2016.**

Igualmente expone que como consecuencia del atraso en la ejecución del programa de inversiones le formuló requerimientos al contratista, como lo son los oficios 643 del 26/05/2016, 653 del 01/06/2016, 657 del 01/06/2016, 743 del 06/08/2016, 747 del 10/08/2016, 759 del 18/08/2016 y 772 del 23/08/2016 (todos con radicación inicial INVIAS 3795-2013).

Así mismo la interventoría precisa que en cumplimiento de la cláusula décimotercera del contrato 617 de 2013, le informó a la gobernación de Magdalena los incumplimientos del contratista en la programación de obra, solicitándole tomar medidas pertinentes. Tales oficios son los radicados 794 del 01/09/2016, 807 del 07/09/2016, 839 del 20/09/2016, 847 del 28/09/2016, 872 del 10/10/2016, 891 del 25/10/2016, 892 del 25/10/2016, 910 del 02/11/2016 y 932 del 18/11/2016 (todos con radicación inicial INVIAS 3795-2013).

- **El 26 de octubre de 2017**, mediante Resolución No. 1705 se resolvió el recurso de reposición presentado por el Consorcio Ribera este y las compañías aseguradoras en contra de la Resolución 0822 del 11 de julio de 2017, por medio de la cual se declaró el incumplimiento parcial del contratista Consorcio Ribera Este frente al contrato 617 de 2013, y se impuso una multa, En consecuencia en el artículo primero se dispuso modificar el artículo segundo de la Resolución 0822 de 2017 y **se impuso como multa al contratista por el incumplimiento parcial del contrato 617 de 2013 la suma de \$9.825.832.213**
- **El 4 de octubre de 2017**, la representante legal del consorcio ICI, firma interventora del contrato 617 de 2013, mediante oficio ADM-INVIAS 3795-2013-136 atiende la solicitud de información requerida por esta Delegada mediante oficio radicado 151140, en cumplimiento a lo ordenado por auto del 16 de noviembre de 2017 (folios 756-771, 781, 804-813 y CD en folio 814 c.p. 4)

A pregunta formulada a la interventoría si *¿Se ha efectuado solicitud de caducidad para el contrato de obra 617 de 2013?, y en caso afirmativo indicar el trámite y/o respuestas*, se informó: (folio 810 c.p 4)

290



“Si se ha solicitado por la Interventoría, mediante oficios INVIAS 3795-2013-1460 del 18 de agosto de 2017 y ADM-INVIAS- 3795-2013-133 del 7 de noviembre de 2017, donde se transcribe:

“Teniendo en cuenta que en la cláusula décimo cuarta del contrato se pactó que “EL DEPARTAMENTO, previo requerimiento por escrito a EL CONTRATISTA declarará la caducidad del contrato mediante acto administrativo debidamente motivado...” solicitamos se formule el requerimiento pactado, el que en caso de ser desatendido dará lugar a que procedamos a presentar el respectivo informe que sustente el inicio del procedimiento administrativo tendiente a la imposición de la sanción de caducidad del contrato.”

Hasta la fecha no se ha producido respuesta por parte de la Gobernación de Magdalena.”

Sin embargo, el gerente de proyectos de la gobernación de Magdalena con oficio E-2017-032730 del 1° de diciembre de 2017, señaló: Oficialmente no se ha formulado ninguna solicitud en ese sentido.” (folio 835 c.p.4)

- El ingeniero Vladimir Cardona Paez, director de interventoría del Consorcio ICI en su comunicación con radicación INVIAS 3795-2013-1856 del 13 de junio de 2018 presenta, con **corte al 30 de abril de 2018**, la siguiente información en relación con el avance físico y financiero después del proceso de regularización definido por las partes teniendo en cuenta que tras la suscripción del otro si modificadorio de obra No. 6 del 25 de septiembre de 2017, el plazo de ejecución finalizaría el 15 de julio de 2018. (1531-1544 y soportes en folios 1545 a 1655 y CD en folio 1656 c.p 7)

1. Solicitud imposición de multas:

La interventoría señala que *“Si bien existen causas ajenas que han impedido que el CONSORCIO RIIBERA ESTE de cumplimiento con la programación vigente aprobada, también es cierto que el contratista ha cumplido parcialmente la programación, por tal motivo **la interventoría ha solicitado al DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA la aplicación de multa y requerimientos por demoras en la ejecución** mediante los oficios INVIAS-3795-2013-1728 del 20 de marzo de 2018, INVIAS- 3795-2013-1755 del 9 de abril de 2018, INVIAS 3795-2013-1722 del 23 de abril de 2018 y ADM-INVIAS 3795-2013-153 del 2 de mayo de 2018.”*. No se encontró respuesta de la gobernación en la documentación revisada. (Negritas fuera del texto original, ver folio 1542 y 1636 a 1655 c.p.7)



- El **21 de febrero de 2018** se expide la Resolución 0176 “Por medio de la cual se resuelve un error aritmético de la Resolución 1705 del 27 de octubre de 2017, por medio de la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto por el Consorcio Ribera Este en contra de la RESOLUCION 0822 DEL 11 DE JULIO DE 2017, por medio de la cual se declaró el incumplimiento parcial del CONTRATISTA CONSORCIO RIBERA ESTE del contrato 617 de 2013, y se impuso una multa” (folios 1452-1460 c.p.6)

En este acto administrativo se argumentó que acorde el otro si 6 del 25 de septiembre de 2017 en la cual se modificó el alcance del contrato 617 de 2013, definiendo que se ajusta el valor del contrato contenido en la cláusula quinta, el cual para todos los efectos será de \$322.158.433.217.00 y no de \$432.010.178.757, 42 para un alcance de 19.9 km en lugar de los 52.6 km inicialmente programados, correspondió ajustar el quantum de la multa de \$9.825.832.213 a \$982.473.320 (folio 1459 c.p.6)

- El **31 de mayo de 2018**, en cumplimiento a lo ordenado en auto del 30 de mayo de 2018, el área de gestión tributaria y cobro coactivo de la Gobernación de Magdalena señala que el 15 de diciembre de 2017 libró mandamiento de pago a favor de la gobernación de Magdalena contra el deudor Consorcio Ribera Este NIT 900644116-4, respecto de la sanción impuesta por \$9.825.832.213 “*suma que fue notificada al Consorcio Ribera Este, quien presentó recurso de reposición, siendo este resuelto con la expedición de la Resolución No. 0176 de fecha Febrero 21 de 2018 “Por medio de la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto por el Consorcio Ribera Este, en contra de la Resolución No. 0822 de Julio 11 de 2017, por medio del cual se declaró el incumplimiento parcial del contratista Consorcio Ribera Este del contrato No. 617 de 2013, y se impuso una multa” el cual ascendió a la suma de **NOVECIENTOS OCHENTA Y DOS MILLONES CUATROCIENTOS SETENTA Y TRES MIL TRESCIENTOS VEINTE PESOS MONEDA CORRIENTE (\$982.473.320)**”* (Negritas fuera del texto original – folio 1446 del cuaderno principal 6)

Agregó que “En virtud de lo resuelto por la administración departamental, del recurso de reposición, interpuesto por el Consorcio Ribera Este, contra las Resoluciones No. (sic) procedió a través de la Resolución No. 0822 de fecha Julio 11 de 2017 y la Resolución No. 1705 de fecha Octubre 26 de 2017, el cual se resolvió mediante Resolución No. 0176 de fecha Febrero 21 de 2018, la Oficina de Cobro coactivo del Departamento del Magdalena, expidió el mandamiento de pago de fecha Abril 17 de 2018, del cual fue enviada para su notificación.”

- Vistos los documentos soporte al oficio del **31 de mayo de 2018**, referido previamente, al contratista se le envió comunicación el 24 de mayo de 2018 para notificarle el mandamiento de pago librado en su contra por valor de



NOVECIENTOS OCHENTA Y DOS MILLONES CUATROCIENTOS SETENTA Y TRES MIL TRESCIENTOS VEINTE PESOS MONEDA CORRIENTE (\$982.473.320) a lo cual se redujo la multa inicialmente establecida en la Resolución 0822 del 11 de julio de 2017 y publicada a través de medios de prensa (folio 89 c.a. 1) por valor de **\$15.616.000.000 mcte.** (ver folios 1444 a 1446 y DVD en folio 1467 c.p 6)

Aunque los testimonios rendidos durante la investigación por parte del personal vinculado a la gobernación de Magdalena como contratistas y funcionarios quieran hacer ver en conjunto con la defensa que para que la gobernación de Magdalena iniciara alguna actuación administrativa en orden a conminar al contratista requiere la tasación de la multa, **lo cierto es que antes del proceso disciplinario**, en el cual no había ninguna limitación frente a la espontaneidad de las afirmaciones del ente territorial, si se acepta que la interventoría le solicitó incluso desde mayo de 2016 la imposición por incumplimiento de multas. Recuérdese la cita aludida; **“DADO QUE LA INTERVENTORÍA SOLICITÓ LA IMPOSICIÓN DE MULTAS POR INCUMPLIMIENTO EN LA PROGRAMACIÓN DEL MES DE MAYO, EL DEPARTAMENTO SE ENCUENTRA EN TRÁMITE DE CITACIÓN PARA QUE EL CONTRATISTA PARA QUE EN GARANTÍA DEL DEBIDO PROCESO, ESCUCHARLO Y DECIDIR EN CONSECUENCIA.”** (negritas y mayúsculas fuera del texto original. Ver oficio gobernación de Magdalena E-2017-001606 del 14/02/2017, folio 60 c.p.1)

5.6.2. Análisis de las pruebas testimoniales

En declaración jurada rendida el 28 de mayo de 2018, por el Dr. Eduardo Rafael Rodríguez Orozco, jefe de la oficina asesora jurídica de la gobernación de Magdalena atiende el siguiente interrogatorio planteado por la defensa. El testigo se apoya en la consulta de los siguientes documentos: “El acta de audiencia especial del procedimiento para la imposición de multa por incumplimiento del 31 de marzo de 2017; Decreto 0124 del 30 de marzo de 2017, por el cual se efectúa una delegación con la finalidad de adelantar la audiencia de imposición de multa; las Resoluciones 0822 de 2017 y 1705 del 26 de octubre de 2017: (folios 1193 a 1199 c.p.6)

“CUANDO POR PRIMERA VEZ LA INTERVENTORIA SOLICITA INICIAR PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO EN CONTRA DEL CONTRATISTA? Indica que “El 12 de diciembre de 2016 con oficio radicado R-2016-2019, ese día o a través de ese escrito efectivamente se solicitó la imposición de multa y describía que previamente había realizado 7 requerimientos al contratista entre el 26 de mayo de 2016 y 23 de agosto de 2016. En ella daba cuenta de atrasos en la ejecución del contrato de obra, básicamente por no seguir los plazos fijados en la programación de obra pactada.



(...)

PREGUNTADO. UNA VEZ RECIBIDA LA SOLICITUD DE LA INTERVENTORIA, CUAL FUE EL PASO A SEGUIR POR PARTE DE LA GOBERNACION. CONTESTÓ. El Despacho de la Gobernadora del Departamento solicitó a la gerencia de proyectos que evaluara lo pertinente, técnicamente, y a la oficina asesora jurídica que hiciera lo mismo desde la órbita legal, ambas dependencias revisamos lo concerniente al expediente a la normatividad, es decir se realizó un estudio fáctico, técnico y jurídico y conllevó a que se le proyectara a la Gobernadora del Departamento una citación a audiencia al consorcio Ribera Este para darle aplicabilidad al artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, ese citatorio comprendió tanto al consorcio como a la interventoría, lo mismo que a las aseguradoras.

PREGUNTADO. CUANDO TUVO LUGAR LA AUDIENCIA A LA QUE FUERON CITADOS LOS SUJETOS ANTERIORMENTE MENCIONADOS. CONTESTÓ. La citación se efectuó el 21 de febrero de 2017 y se convocó para una audiencia del 3 de marzo de 2017, no obstante tanto el consorcio como las aseguradoras solicitaron aplazamiento de esa audiencia y fue citado para el 31 de marzo.
(...)

PREGUNTADO. RETOMANDO LA ACLARACION SOLICITADA POR EL MINISTERIO PUBLICO, POR QUE SE CREO EL COMITÉ DENOMINADO COMITÉ ESPECIAL DE DECISION. CONTESTÓ. Si bien a través del Decreto 124 del 2017 se Delegó por parte del Despacho de la Gobernadora del Departamento al jefe de la oficina jurídica la competencia para desarrollar la audiencia establecida en el artículo 86 de la Ley 1474, la Gobernadora del Departamento consideró que un análisis mas completo en un proceso de tanta importancia requería la presencia y participación de un equipo que tuviese conocimiento y de la ejecución del contrato, y como quiera que éstas dependencias llámense Gerencia de Proyectos y Oficina de Contratos, habían participado y lo continuaban haciendo con el INVIAS en el proceso de regularización del contrato 617, la decisión de imponer o no una multa requería necesariamente de la participación y el conocimiento de las personas que estaban al frente de esos cargos.

PREGUNTADO. CUANDO SE CREÓ DICHO COMITÉ? CONTESTÓ. El 4 de mayo de 2017, dado que nos encontrábamos en el periodo probatorio que había comenzado el 19 de abril con la visita a la obra y que continuaba con la recepción de testimonios el 5 de mayo.
(...)

En declaración rendida por LEISDY MEDINA PAVAJEAU, el 28 de mayo de 2018, jefe de la oficina de contratación de la gobernación de Magdalena, quien atendió el siguiente interrogatorio planteado por la defensa.

PREGUNTADO. EN VIRTUD DE SU CARGO COMO JEFE DE LA OFICINA DE CONTRATACION QUE CONOCIMIENTO TIENE SOBRE EL PROYECTO DE

294



LA VIA DE LA PROSPERIDAD. CONTESTÓ. Formalmente comencé a conocer sobre el tema de la vía de la prosperidad a raíz de mi nombramiento como jefe de la oficina de contratación del Departamento, en donde, en razón de mi cargo comencé a interactuar a partir de la fecha de mi nombramiento y posesión con los diferentes actores que intervenían en ese momento, entonces solo a partir del 1° de marzo de 2017 comencé a conocer el tema correspondiente al proyecto vía de la prosperidad. En ese momento se estaba organizando entre el INVIAS y el Departamento una regulación de las obligaciones contractuales, mesas de trabajo, en las que comencé a intervenir Posteriormente en el mes de mayo, mediante un Decreto se conformó un comité de apoyo y decisión para efectos del proceso sancionatorio que se había iniciado por parte de la dependencia delegada para tal efecto, cual es la oficina jurídica del Departamento.

PREGUNTADO. QUIENES CONFORMAN EL COMITÉ ESPECIAL DE DECISION CONTESTÓ. El gerente de proyectos, se llama Gerencia de Proyectos a cargo del Dr Fabio Manjarrés, en este momento, el Dr. Eduardo Rodríguez Orozco en calidad de jefe de la oficina jurídica y a la vez delegado por la Gobernadora para adelantar el proceso sancionatorio, y la suscrita.

PREGUNTADO. CUAL FUE LA FINALIDAD DE LA CREACION DE DICHO COMITÉ. CONTESTÓ. Habiéndose delegado en cabeza del Dr. Rodríguez el adelantamiento del proceso sancionatorio, la señora Gobernadora consideró fortalecer con un equipo idóneo, así lo consideró, que apoyara todas las actuaciones y decisiones que surgirían del respectivo proceso. El Dr. Fabio Manjarrés, con el conocimiento propio de la naturaleza de su cargo, cuyo conocimiento obtuvo desde el momento en que el ingresa al mismo y que ha fungido como supervisor del respectivo contrato por parte del Departamento, el Dr. Eduardo Rodríguez Orozco en su condición de jefe de la Oficina Jurídica en razón de las funciones atinentes a su cargo y quien, como se dijo estaba delegado por la Gobernadora par el respectivo proceso sancionatorio y en mi caso, en razón también de las funciones y el conocimiento que pudiese tener sobre temas de contratación estatal.

(...)

PREGUNTADO. QUE NOS PUEDE DECIR SOBRE EL PROCESO DE IMPOSICION DE MULTAS AL CONTRATISTA CONSORCIO RIBERA ESTE. CONTESTÓ. En este caso la administración se atuvo completamente a una comunicación allegada a la administración departamental en el mes de diciembre de 2016, en donde el interventor daba a conocer los sucesivos requerimientos que desde unos meses atrás había venido realizando al contratista, consorcio RIBERA ESTE y que según su criterio a la fecha de la comunicación no habían sido resueltos. Con base en esa comunicación y estudiados todos los soportes allegados con la misma, que contenía informes técnicos de ejecución, programaciones, y demás, la oficina jurídica valorando toda la documentación presentada decide llamar al contratista, tal cual se explicó, según el trámite en respuesta anterior, para que éstos ejerzan su derecho de contradicción y defensa. Se abrió el proceso a pruebas y se escucharon dentro de las mismas diferentes testimonios que dieron como

295



conclusión imponer la multa respectiva porque consideró que el incumplimiento se había dado en las obligaciones del contratista, dicha providencia fue recurrida por parte del contratista y se confirmó. La providencia que impuso la multa fue la Resolución 0822 del 11 de julio de 2017, y desatados los recursos respectivos se confirmó la decisión mediante Resolución 1705 del 26 de octubre del mismo año.

PREGUNTADO. AL DIA DE HOY ESTÁ EN FIRME LA IMPOSICION DE MULTAS? CONTESTÓ. Si, al día de hoy se encuentra en firme la respectiva sanción, fue comunicada a la Cámara de Comercio de Santa Marta y publicados todos los actos en el SECOP. **PREGUNTADO POR EL DESPACHO. SABE SI YA SE EFECTUÓ EL COBRO Y PAGO DE LA MISMA?. CONTESTÓ** Sé que la oficina jurídica remitió a la Secretaría de Hacienda la respectiva decisión para que ellos hicieran lo propio mediante cobro coactivo, no he sabido el resultado, el resultado correspondiente no lo conozco.

Los testimonios antes señalados dan cuenta del desarrollo del proceso administrativo de imposición de multa ya expuesto a través de la relación documental, siendo insistentes en que empezaron a actuar en el tema a raíz de la comunicación formal enviada en diciembre de 2016 por parte de la interventoría.

En la práctica de pruebas de descargos el apoderado suplente interrogó a la abogada Leisdy Medina, jefe de contratación de la gobernación, quien participó en el trámite del proceso sancionatorio del contratista

APODERADO SUPLENTE ANDRÉS CÁRDENAS BONILLA: “Perfecto doctora. ¿Usted me puede especificar en qué momento inicia el proceso sancionatorio?”.

LEISDY MEDINA PAVAJEAU: “Por la única razón que la ley estipula y es en el aviso o la comunicación por parte de quien ejerce las actividades de control y seguimiento de la ejecución de las respectivas actividades contractuales sobre **el presunto incumplimiento del contratista en la ejecución de sus tareas, esas** tareas que fueron acordadas en la respectiva suscripción del contrato. Es el motivo que lleva a la administración a desarrollar o adelantar el proceso sancionatorio”.

APODERADO SUPLENTE ANDRÉS CÁRDENAS BONILLA: “Pero, ¿Recuerda en qué momento más o menos, mes y año se inició el proceso?”.

LEISDY MEDINA PAVAJEAU: “Eso fue a mediados de 15 o 16 de diciembre del año 2016, si mal no recuerdo, llega esa comunicación al departamento en donde enlistan unos incumplimientos del contratista”.

APODERADO SUPLENTE ANDRÉS CÁRDENAS BONILLA: “En su concepto, ¿Podía iniciar el departamento el proceso sancionatorio antes de ese momento?”.



LEISDY MEDINA PAVAJEAU: “No, no podría, porque estaríamos vulnerando la norma que está contemplando el tema de los procesos de administración sancionatorio, que es la ley 1474 del 2011 del artículo 86, en ella se establece exactamente el procedimiento a seguir y ese procedimiento inicia con la comunicación de la Interventoría, que incluso hasta en esa comunicación se debe fijar el daño, para poder iniciar”.

De su testimonio se puede evidenciar que de acuerdo con lo señalado por la doctora MEDINA se requiere la comunicación donde se señalan los incumplimientos del contratista, agregando que esta debe fijar el daño para poder iniciar el proceso sancionatorio.

El doctor Eduardo Rodríguez, jefe de la oficina jurídica de la gobernación de Magdalena e integrante del comité especial que hiciera el proceso administrativo de imposición de la multa, creado por la gobernadora del Magdalena, ROSA COTES DE ZÚÑIGA expuso lo siguiente:

EDUARDO RAFAEL RODRÍGUEZ OROZCO: “El del acta #4 a mediados del año 2016 empieza el incumplimiento”.

APODERADO SUPLENTE ANDRÉS CÁRDENAS BONILLA: “Perfecto. ¿Antes de mediados del año 2016 no había incumplimiento?”.

EDUARDO RAFAEL RODRÍGUEZ OROZCO: “No. Y por eso no había un informe de la Interventoría diciendo Incumplidos”.

APODERADO SUPLENTE ANDRÉS CÁRDENAS BONILLA: “¿En qué momento empiezan los incumplimientos del contratista, documentados por la Interventoría?”.

EDUARDO RAFAEL RODRÍGUEZ OROZCO: “Del segundo semestre del 2016 es decir, de julio a noviembre, la Interventoría ya en diciembre nos dice *“Mire sabe que, están incumpliendo las labores consignadas en el acta #4”* (Sic) aduciendo que ellos están cumpliendo las labores asignadas en un acta #5”.

APODERADO SUPLENTE ANDRÉS CÁRDENAS BONILLA: “Perfecto. ¿Qué labores específicamente estaban incumpliendo en ese momento?”.

EDUARDO RAFAEL RODRÍGUEZ OROZCO: “Es un tema muy técnico, creo que eran temas de asentamiento y de levantamiento del terreno. El contratista decía *“Miren, esa programación de actividades se puede alterar un poco por el tema de la lluvia o no lluvia, por temas climatológicos”* (Sic) la Interventoría decía *“No, usted puede continuar con el cronograma pactado en el acta #4 sin ningún problema”* (Sic). Lo que hace el departamento del Magdalena lógicamente es acoger lo manifestado por la Interventoría, porque ciertamente la Interventoría tiene como función y lo es así el departamento en el sitio de la obra”.



APODERADO SUPLENTE ANDRÉS CÁRDENAS BONILLA: “Vamos por partes. Entonces advierten el incumplimiento en el segundo semestre del 2012 y formalmente por escrito ¿Cuándo les manifiestan ese incumplimiento?”.

EDUARDO RAFAEL RODRÍGUEZ OROZCO: “12 de diciembre de 2016”.

APODERADO SUPLENTE ANDRÉS CÁRDENAS BONILLA: “¿Antes habían manifestado de alguna manera?”.

EDUARDO RAFAEL RODRÍGUEZ OROZCO: “Que Jurídica hubiese tenido conocimiento, No”.

Si bien es cierto indica que solo la oficina jurídica conoció del informe de incumplimiento hasta el 12 de diciembre, ello no significa que el interventor no hubiera reportado incumplimientos en fechas anteriores como quedó evidenciado al inicio de este acápite y nuevamente reforzado con el testimonio del ingeniero VLADIMIR CARDONA, director técnico de la interventoría quien respecto al proceso sancionatorio de multa iniciado por la gobernación de Magdalena contra el consorcio RIBERA ESTE contratista de obra, expuso lo siguiente:

APODERADO SUPLENTE WILLIAM ANDRÉS CÁRDENAS BONILLA: “Puede decirme de manera somera qué conoce al respecto y yo le voy puntualizando”.

INGENIERO VLADIMIR CARDONA PÁEZ: “El primer proceso que se inició en contra del consorcio RIBERA ESTE fue a finales del 2016 y se generó o se elaboró por incumplimiento al programa de inversiones. También tengo conocimiento que en el 2017, yo personalmente asistí a varias audiencias celebradas entre el Departamento y el contratista consorcio RIBERA ESTE relacionadas con este incumplimiento, de los cuales ya llegó un punto en que nosotros no participamos más porque fue una reunión específica dentro del consorcio y La Gobernación”.

APODERADO SUPLENTE WILLIAM ANDRÉS CÁRDENAS BONILLA: “Usted menciona que fue por incumplimiento al programa de inversiones ¿Qué incumplimientos existieron por parte del contratista y más o menos si lo recuerda en qué espacio temporal?”.

INGENIERO VLADIMIR CARDONA PÁEZ: “Bueno. Nosotros elaboramos el incumplimiento o tazamos la multa a finales del 2016. Las obras que se estaban incumpliendo eran la terminación de los terraplenes y la colocación de la estructura de pavimento entre el tramo 1A, el tramo 1B y el tramo 2ª, en ningún momento metimos las variantes de Sitio Nuevo ni las de Palermo, porque sabíamos que eso dependía de una licencia o un trámite ante una autoridad ambiental que era la ANLA, entonces no había justificación para elaborar eso. ¿Donde se generó ese incumplimiento? Nosotros empezamos a notar que el contratista tenía problemas en la ejecución de las obras de drenaje, ellos en el 2015 avanzaron bastante en lo que fue construcción de piedra y de terraplenes, pero las obras de drenaje no las habían adelantado, cuando llegó el momento de construir esas obras



de drenaje el contrato empezó a disminuir su rendimiento, porque trataron de implementar unas técnicas o procedimientos innovadores pero que no resultaron adecuados, entonces eso generó atrasos en la terminación de los terraplenes y por ende la colocación de la estructura de pavimento. Nosotros en repetidas ocasiones a partir de mayo más o menos del 2016, le solicitamos al contratista que tomara unas medidas de contingencia para resolver ese problema de las obras de drenaje, unas medidas de contingencia era para incrementar los fuertes de obra, trabajar horarios nocturnos, festivos, todo eso. El contratista no atendió eso, ellos querían que nosotros les reprogramáramos la obra y nosotros le insistimos eso durante todo el 2016, hasta que llegó el momento en donde vimos que el problema no lo podíamos dejar así y fue que iniciamos el proceso sancionatorio en contra de ellos”.

(...)

APODERADO SUPLENTE WILLIAM ANDRÉS CÁRDENAS BONILLA: “En su opinión ¿Actuó bien la Gobernación en iniciar un proceso sancionatorio solamente para que llegara el informe por parte de ustedes como Interventoría?”.

INGENIERO VLADIMIR CARDONA PÁEZ: “Bueno, los atrasos se reportaron semanalmente y en las reuniones, comités operativos que hacíamos con todas las partes, siempre se informaba cual era el estado del proyecto y todo eso, ya era decisión de ellos si en ese momento nos decían a nosotros “*Monten ya la multa o no la monten*” (Sic) porque en ese momento nosotros le expusimos y el mismo contratista aceptaba en esas reuniones ponerse al día, pero igual no lo hizo, entonces nosotros igual solicitamos la multa pero, yo creo que era decisión de ellos poderlo hacer antes o no, no se sabía bien porque lo tenía que responder un funcionario de la Gobernación ”.

APODERADO SUPLENTE WILLIAM ANDRÉS CÁRDENAS BONILLA: “Perfecto. Pero desde su óptica como Ingeniero no como jurista. ¿Podía iniciar el proceso sancionatorio la Gobernación sin el informe de la Interventoría?”.

INGENIERO VLADIMIR CARDONA PÁEZ: “Sin el oficio que se le solicitó la multa, sí lo podía utilizar, lo podía hacer porque nosotros reportamos semanalmente”.

APODERADO SUPLENTE WILLIAM ANDRÉS CÁRDENAS BONILLA: “¿Por qué dice usted eso?”.

INGENIERO VLADIMIR CARDONA PÁEZ: “Porque en los informes viene una evaluación de los avances del contrato, donde se proyecta programado y ejecutado, entonces tu miras ahí la desviación que hay entre lo programado y lo ejecutado”.

APODERADO SUPLENTE WILLIAM ANDRÉS CÁRDENAS BONILLA: “Pero le pregunto ¿Sin la tasación hecha por el contratista, podía iniciar el proceso sancionatorio la Gobernación?”.



INGENIERO VLADIMIR CARDONA PAEZ: “No. Sin la tasación no, se necesitaba la tasación”.

APODERADO SUPLENTE WILLIAM ANDRÉS CÁRDENAS BONILLA: “Por eso ¿Y la tasación la hacen ustedes hasta cuándo?”.

INGENIERO VLADIMIR CARDONA PÁEZ: “Nosotros hacemos el cálculo desde el momento en que se comenzó a presentar el incumplimiento hasta el corte donde se va a presentar el informe”.

APODERADO SUPLENTE WILLIAM ANDRÉS CÁRDENAS BONILLA: “Por eso, pero le pregunto es, esa tasación que la hacen a través del informe ¿Estoy en lo correcto? La tasación de la multa la hacen ustedes y la comunican a través del informe”.

INGENIERO VLADIMIR CARDONA PÁEZ: “Sí”.

APODERADO SUPLENTE WILLIAM ANDRÉS CÁRDENAS BONILLA: “Esa tasación de la multa y el envío del informe, según usted me ha dicho lo hacen en diciembre del 2016 ¿Cierto?”.

INGENIERO VLADIMIR CARDONA PÁEZ: “Sí”.

APODERADO SUPLENTE WILLIAM ANDRÉS CÁRDENAS BONILLA: “Sin la tasación, es decir, sin el envío del informe, según lo que usted me acaba de decir no podían iniciar el proceso sancionatorio”.

INGENIERO VLADIMIR CARDONA PÁEZ: “No. Necesitaban conocer el...”.

APODERADO SUPLENTE WILLIAM ANDRÉS CÁRDENAS BONILLA: “Perfecto. Eso era lo que .le quería preguntar”.

INGENIERO VLADIMIR CARDONA PÁEZ: “Sin embargo como te digo, todos tenían conocimiento del tema”.

(...)

APODERADO SUPLENTE WILLIAM ANDRÉS CÁRDENAS BONILLA: “Perfecto. Le hago una pregunta volviendo al tema de la multa. Usted nos dice que no podían iniciar el proceso sancionatorio sin que ustedes tasaran la multa ¿Cierto?”.

INGENIERO VLADIMIR CARDONA PÁEZ: “Sí”.

APODERADO SUPLENTE WILLIAM ANDRÉS CÁRDENAS BONILLA: “¿Por qué considera usted eso?”.

INGENIERO VLADIMIR CARDONA PÁEZ: “Porque ellos no tienen el detalle de los momentos, las fechas precisas donde se empiezan a incumplir el cronograma, entonces



ese detalle si es por parte de nosotros que estamos encargados de la obra, entonces necesitamos definir el punto de inicio y el punto de corte para poder restablecer el valor”.

APODERADO SUPLENTE WILLIAM ANDRÉS CÁRDENAS BONILLA: “Perfecto. ¿Sin esa tasación considera usted que no se hubiera podido poner posteriormente la multa?”.

INGENIERO VLADIMIR CARDONA PÁEZ: “No Se hubiera podido poner pero, la entidad en el momento sí pudo haber dicho *“Iniciemos el proceso”* (Sic) sin conocer la tasación, dar la instrucción de que inicie el proceso, porque la entidad es libre de ver en un informe y solicitarle a su interventor *“¿Por qué están atrasados?, explíquenos y inicien un proceso sancionatorio”* (Sic) eso es libertad de la entidad”.

De la lectura y análisis del testimonio se advierten dos situaciones claramente definidas y diferenciadas; la primera consiste en señalar que para imponer la multa se requería la tasación de ésta, frente a la cual se requería que la interventoría lo hiciera o presentara; y la segunda, que para iniciar acciones administrativas contra el contratista, la gobernación no necesitaba de la tasación de la multa, bien podía solicitarle al interventor o dar instrucciones de haberse iniciado un proceso en tal sentido.

5.7. PRUEBAS DE LA FALTA DE OPORTUNIDAD Y EFICACIA EN ANTENDER EL CUMPLIMIENTO DE LOS PLANES DE MEJORA PRESENTADOS ANTE EL DNP QUE OCASIONARON LA SUSPENSIÓN DEL GIRO DE RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE REGALÍAS PARA EL PROYECTO VIA DE LA PROSPERIDAD

En la investigación disciplinaria y derivado del informe ejecutivo presentado por los funcionarios del Departamento Nacional de Planeación – DNP ante la Procuraduría General de la Nación- Delegada para la Vigilancia Preventiva de la Función Pública (folio 38 c.p.1), la Gobernación de Magdalena, a través de sus representantes legales, al parecer incumplió las acciones de mejoras formuladas ante esta entidad, situación que originó el procedimiento preventivo PAP-1352-16, mediante el cual se impuso la medida de suspensión de giros a través de la Resolución 4450 del 25 de noviembre de 2106, puesta en conocimiento a la entidad territorial el día 21 de diciembre de 2016.

Los Gobernadores del Departamento del Magdalena, señores LUIS MIGUEL COTES HABEYCH, y ROSA COTES DE ZÚÑIGA como ejecutores del proyecto de inversión identificado con el BPIN 2013000020048, realizado por esa entidad territorial con recursos de la Nación y del Sistema General de Regalías, **para un total de recursos de \$466.900.000 millones de pesos**, denominado MEJORAMIENTO DE LA VIA SALAMINA (GUÁIMARO) – REMOLINO – SITIO NUEVO (PALERMO) EN EL DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA – CARIBE,

301

IUS E-2017-519707 /IUC-D-2017-956399
Auto: Fallo de primera instancia-30-09-2020
Caso: Proyecto Vía La Prosperidad – Gobernación de Magdalena
CJOM/OLSC



según lo indicado por la Subdirección de Control de la Dirección de Vigilancia de las Regalías del Departamento Nacional de Planeación, no estarían cumpliendo con los planes de mejora, motivo por el cual al Departamento del Magdalena se le impuso la medida preventiva de suspensión de giros.

A continuación, se describen los hechos derivados de la medida de suspensión preventiva de giros impuesta por el Departamento Nacional de Planeación al Departamento del Magdalena **por encontrarse probada la causal descrita en el literal b) del artículo 109 de la Ley 1530 de 2012.**

La Subdirección de Control de la Dirección de Vigilancia de las Regalías del Departamento Nacional de Planeación, en el procedimiento preventivo PAP-1352-16 y mediante Resolución número 4450 del 25 de noviembre de 2016, confirmada por Resolución número 1728 del 6 de junio de 2017 declaró probada una irregularidad y ordenó la imposición de la medida de suspensión preventiva de giros al proyecto de inversión denominado “MEJORAMIENTO DE LA VÍA SALAMINA – GUÁIMARO – SITO NUEVO – (PALERMO) – VIA DE LA PROSPERIDAD” identificado con el BPIN 2013000020048.

Conforme a lo expuesto en el artículo décimo segundo de la Resolución 4450 de 2017 la Gobernación de Magdalena presenta los siguientes incumplimientos frente a los planes de mejora 1 y 2 presentados por el ente territorial respecto del proyecto de inversión a la Subdirección de Monitoreo, Seguimiento y Evaluación de la Dirección de Vigilancia de las Regalías del DNP:

5.7.1. Plan de mejora uno.

En relación con el plan de mejora 1 se indica que la entidad ejecutora – Departamento del Magdalena- no ha subsanado las siguientes insuficiencias técnicas correspondientes a la **acción de mejora No. 2**, así:

- **«2.1.** El trazado y longitud definitiva de la vía Palermo (Sitio Nuevo) – Guáimaro (Salamina) está sujeta a un diagnóstico ambiental de alternativas “DAA” por la Agencia Nacional de Licencias Ambientales “ANLA” y la definición de la viabilidad ambiental, pero aún no cuenta con el resultado de este diagnóstico.»
- **«2.2.** La vía Palermo (Sitio Nuevo) – Guáimaro (Salamina) no tiene conexión de la vía con la transversal 90 debido a que se encuentran 300 metros aproximadamente sin mejoramiento de la vía con la transversal 90 debido a que se encuentran 300 metros aproximadamente sin mejoramiento de vía por la falta de construcción de un puente vehicular y el análisis estructural de los 530 ml de vía a nivel de pavimento existente, aspectos que pueden influir en la variación de los productos y metas del proyecto.»



5.7.2. Plan de mejora dos.

Respecto del plan de mejora dos se evidencia el incumplimiento de las **acciones de mejora Nos. 1, 3 y 4**, así:

- **1)** «Presenta informes de intervención con debilidades.»
- **3)** «El proceso constructivo presenta deficiencias técnicas y no garantiza que el trazado de la vía que se construirá corresponde con el indicado en los estudios y diseños presentados para la aprobación del proyecto por el OCAD respectivo, teniendo en cuenta que “(...) los ajustes a los estudios hidrológicos e hidráulicos desde el km 22 al 52,6 de la vía, (...) se realizarán cuando la autoridad ambiental ANLA defina la alternativa para las variantes Palermo y Sitio Nuevo.”»
- **4)** No permite determinar cuál es el monto de los recursos requeridos para la terminación del proyecto y si se ha generado un desequilibrio económico en relación con el contrato de obra, celebrado, en consideración que se incrementó de forma indeterminada el valor estimado del proyecto al decidir transportar el material de obra por medio fluvial, generando precios, pagos y especificaciones para la ejecución que no habían sido previstos.

Como consecuencia de lo expuesto se concluyó la procedencia de la medida de suspensión preventiva de giros al Departamento del Magdalena conforme a lo establecido en el artículo 28 de la Ley 1530 de 2012, inciso 2° del artículo 2.2.4.2.1.4 y el artículo 2.2.4.2.2.4.5 del Decreto 1082 de 2015 **al encontrarse probada la causal descrita en el literal b) del artículo 109 de la Ley 1530 de 2012**, medida que se mantendrá hasta cuando la entidad territorial acredite que ha superado la causal que dio origen a su imposición.

El 3 de agosto de 2017 se practicó visita especial en la Subdirección de Control de la Dirección de Vigilancia de las Regalías del Departamento Nacional de Planeación con el fin de conocer la información y documentación que fundamentó la medida de suspensión preventiva de los giros del sistema general de regalías impuesta por el DNP a la gobernación de Magdalena en relación con el proyecto conocido como *Vía de la Prosperidad* y principalmente las causas que originaron esta medida (folios 349- 350. Soportes documentales y probatorios en los folios 422 a 483, incluye CD / DVD en folio 422 c.p.2)

5.7.3. Proceso PAP-1352-16

1. Acto No. DVR-SDC-20164460037639 del 10 de octubre de 2016 (folios 390-394 c.p.2)



El 10 de octubre de 2016 la Subdirección de Control de la Dirección de Vigilancia de las Regalías del Departamento Nacional de Planeación inició un procedimiento preventivo en relación con el Departamento del Magdalena, bajo el radicado PAP-1352-16 pues de acuerdo con lo expuesto por la Subdirección de Monitoreo, Seguimiento y Evaluación, mediante el memorando 20164440146393 del 21 de septiembre de 2016, el departamento del Magdalena no remitió los soportes que den cuenta del cumplimiento de la totalidad de las acciones de mejora formuladas por el ente territorial el 11 de diciembre de 2015 y el 29 de abril de 2016, en relación con el proyecto de inversión identificado con el BPIN 2013000020048 de conformidad con los planes de mejora 1 y 2, derivados de las observaciones advertidas en las visitas realizadas al proyecto, la primera de ellas entre el 30 de noviembre y el 11 de diciembre de 2015; y la segunda, entre el 25 y 29 de abril de 2016.

2. Resolución 4450 de 2016 (folios 395-399 c.p 2)

El 25 de noviembre de 2016 la Subdirectora de Control de la Dirección de Vigilancia de las Regalías del DNP expide la Resolución 4450 por la cual se declara probada una irregularidad y se ordena la medida de suspensión preventiva de giros al proyecto de inversión denominado Mejoramiento de la vía Salamina –Guáimaro – Sitio Nuevo (Palermo) VIA DE LA PROSPERIDAD, identificado con el BPIN 2013000020048. **Los incumplimientos fueron descritos en la situación fáctica anotada en párrafos iniciales de este acápite.**

3. Recurso de Reposición y/o en subsidio apelación contra la Resolución 4450 del 25 de noviembre de 2016 (folios 400-407 c.p2)

La doctora ROSA COTEZ DE ZÚÑIGA, Gobernadora del Departamento del Magdalena impugnó el acto administrativo emitido por el DNP.

En cuanto a la acción del plan de mejora 1 relacionada con diagnóstico ambiental para el trazado y longitud definitiva del trazado de la vía Palermo – Guáimaro hace una remembranza de cómo se concibió el proyecto para luego señalar que **“... no puede tenerse como una causal de incumplimiento de un plan de mejora, toda vez que el resultado que debe proferir la ANLA, escapa al control y poder de compromiso del Departamento del Magdalena, lo cual no puede, ni debe ser desconocido por el Departamento Nacional de Planeación, administrador del fondo de regalías.”** (folio 401, negritas propias del texto)

En cuanto a la acción de mejora del plan 1, relacionada con la conexión de la vía Palermo –Guáimaro con la transversal 90, indicó que se “escapa de todo control del Departamento, dar un trámite diferente o realice un pronunciamiento sobre aspectos que por competencia le corresponden a otra institución, como es el caso, a INVIAS, mas considerando que este tramo del trazado, se ha encontrado siempre excluido del proyecto a nuestro cargo como se anunciara en el comité operativo desde el mes de diciembre de 2012. Además, el presupuesto de obra estructurado por el INVIAS y que soporta el proyecto

304



presentado ante el OCAD Regional Caribe y del contrato celebrado por el Departamento no incluyen costos para intervenir dicho tramo.” (folio 402 c.p2)

Frente al plan de mejora consideró oportuno recordar que “...el Departamento es solo ejecutor del proyecto porque el diseño del mismo y sus presupuestos fueron recibidos de INVIAS, todos en fase III, es decir para iniciar la construcción, no obstante entender la dinámica propia de los proyectos y de las condiciones del sitio, concededores del alcance de las obligaciones que asumimos al momento de ser designados como ejecutores, pero mas allá de esto, a sabiendas de la necesidad que las comunidades tiene, según los objetivos planteados en el proyecto, y la importancia que dicha obra representa para la interconexión con el interior del país, todo nuestro esfuerzo se enfoca para que logremos llevarlo adelante.” (Folio 403 c.p.2)

Se refiere a los estudios hidrológicos e hidráulicos, al monto de los recursos requeridos para la terminación del proyecto, al transporte fluvial y multimodal, expone las afectaciones que genera mantener la medida de suspensión de giros, manifiesta su compromiso de avanzar en la realización de presupuestos definitivos y lograr las metas, indicadores y objetivos del proyecto en términos de eficiencia, eficacia, calidad, sostenibilidad y funcionalidad.

Finalmente solicita se levante la medida adoptada “en razón a que el incumplimiento de las acciones atribuibles al Departamento del Magdalena es por imposibilidad legal y material de ejecutar, sus actos dependen por competencia de terceros” (folio 407 c.p.2).

4. Resolución número 0545 de 2017 (folios 408-412)

El 24 de febrero de 2017, mediante Resolución número 0545 se resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución 4450 del 25 de noviembre de 2016. Para tal efecto solicitó concepto técnico a la Subdirección de Monitoreo, Seguimiento y Evaluación respecto de las observaciones realizadas por el departamento del Magdalena en la argumentación del recurso de reposición interpuesto.

Respecto al plan de mejora 1, en el concepto técnico se indicó: (folio 410)

“De la revisión de la información remitida por la entidad el 26 de diciembre de 2016, relacionada con el análisis de 53.0 ml de la vía a nivel de pavimento en concreto asfáltico, se evidencia que el Instituto Nacional de Vías en oficio No. SRN 62688 del 21 de diciembre de 2016 comunicó a la gobernación del departamento del Magdalena que “las obras a nivel de MD el PR 60+300 al PR 60+820 fueron recibidas a satisfacción por la firma interventora Consorcio Fenix ... (sic) las obras recibidas cumplen con las normas y especificaciones generales de construcción y demás condiciones contractuales de acuerdo con los diseños, planos, canteras, especificaciones estipuladas generales y particulares para el proyecto, **el anterior concepto brinda garantía sobre el comportamiento estructural que pueda tener este sector de la vía al ser**

305



sometido a las cargas del tránsito automotor; sin embargo, dicha actividad dentro de la acción de mejora No. 1 no es suficiente para dar respuesta a la oportunidad de mejora, debido a que no se ha determinado el derecho de vía que permita el trazado y la longitud definitiva de la vía para garantizar la conectividad entre los municipios de Palermo – Sitio Nuevo – Remolino- Guáimaro. Lo anterior implica, que no se cumple con la oportunidad de mejora No. 2” (Negritas originales)

En cuanto al plan de mejora No., 2 se consignó: (folio 401 vuelto)

“Resultado de la verificación de la información allegada hasta el 26 de diciembre de 2016, por el Departamento del Magdalena, se constató que: (1) **La entidad ejecutora no ha actualizado los estudios y diseños** que requiera el corredor vial Palermo – Sitio Nuevo – Remolino – Guáimaro y el plan de recursos correspondiente a la acción de mejora No. 1; (2) **Falta de licencias ambientales de las variantes en el sector Palermo como de los municipios de Sitio Nuevo y Remolino** correspondiente a la acción de mejora No. 3-c; (3) **Ausencia de los ajustes a los estudios hidrológicos e hidráulicos** desde el km 22 al 52.6 de la vía correspondiente a la acción de mejora No. 4-d.

Con fundamento en lo expuesto, la Regional Caribe I, mediante el presente documento genera el cuarto informe de cierre del plan de mejora (versión No. 4) y se concluye que, el departamento del Magdalena respecto del proyecto BPIN 2013000020048 denominado “MEJORAMIENTO DE LA VÍA SALAMINA (GUÁIMARO) – REMOLINO – SITIO NUEVO (PALERMO) EN EL DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA” no cumplió con el plan de mejora suscrito el 29 de abril de 2016, puso solo acreditó el cumplimiento de dos (2) de las cinco (05) oportunidades de mejora previstas por el SMSC, durante la visita individual, situación que afectará el costo, operación y alcance del proyecto, poniendo en riesgo su desempeño en términos de eficacia y calidad (Negritas originales)

En consecuencia, el DNP dispuso no reponer la Resolución 4450 del 25 de noviembre de 2016 con fundamento en las razones expuestas en la parte motiva.

5. Resolución No. 1728 de 2017 (folios 413-421 c.p.2)

El 6 de junio de 2017 la Directora de Vigilancia de las Regalías del DNP resolvió el recurso de apelación interpuesto contra la Resolución 4450 de 2016

En esta decisión se refirió a la responsabilidad de terceros como causal exonerativa de responsabilidad argüida por la gobernadora del departamento del Magdalena en la sustentación del recurso, quien indicó: (folio 418)

“no resulta procedente que “se sancione” al Departamento del Magdalena con una medida de “suspensión preventiva de giros” por causas que evidentemente son ajenas a la voluntad y control de la entidad territorial pues los trámites de

306



que pende la ejecución del proyecto en los nuevos tramos, requiere del pronunciamiento de un tercero que para tal efecto, es el ANLA, y que por lo tanto no se puede pedir el compromiso del Departamento del Magdalena, más allá de sus posibilidades, por cuanto de acuerdo al forismo y principio del derecho (...) “ad impossibilia nemo tenetur” nadie se encuentra obligado a lo imposible” no puede tenerse como causal de incumplimiento de un plan de mejora toda vez que el resultado que debe proferir la ANLA, escapa al control y poder de compromiso del Departamento del Magdalena (...). Esta situación constituye una causa eximente de responsabilidad (...)”

Frente a la explicación planteada por la gobernadora de Magdalena, el DNP respondió desfavorablemente en los siguientes términos enmarcados en la **responsabilidad que la asiste al ente territorial como ejecutor de proyectos financiados con el sistema general de regalías** (folio 419 vuelto)

“A su vez como lo indicó la Subdirección de Monitoreo, Seguimiento y Evaluación en el concepto técnico del 24 de febrero de 2017, el departamento del Magdalena no inició oportunamente el trámite ante la ANLA para la obtención de la viabilidad ambiental para el trazado y longitud definitivo en la variante Palermo – Sitio Nuevo, toda vez que la oportunidad de mejora No. 2 del plan de mejora Uno de proyecto “(...) tenía como fecha de vencimiento el 18 de marzo de 2016; solo hasta el mes de marzo de 2016, es decir 03 meses después, el departamento del Magdalena da la instrucción al contratista para que proceda con la elaboración de los diagnósticos ambientales de alternativas –DAA- que debían ser presentados a la ANLA y solo hasta el 19 de agosto de 2016, el citado Departamento inicia la radicación ante la Agencia Nacional de Licencias Ambientales de Diagnósticos Ambientales de Alternativas de la variante Palermo y posteriormente en octubre de 2016, radica el Diagnóstico Ambiental Alternativo de la variante Sitio Nuevo”

De acuerdo con lo anterior, le corresponde al departamento del Magdalena ejecutar el proyecto en los términos de su aprobación y la misma será responsable por la incorporación de los recursos del Sistema General de Regalías en sus presupuestos y de garantizar el correcto uso y ejecución de los recursos del Sistema General de Regalías, en los términos del artículo 28 y 93 de la Ley 1530 de 2012, por lo tanto no se puede exonerar de responsabilidad a la Gobernación de Magdalena por el no cumplimiento de las acciones de mejora que le corresponden como **ejecutor**, toda vez que con la imposición de la medida preventiva de giros la Subdirección de Control no está obligando al departamento del Magdalena a realizar algo imposible, sino a dar cumplimiento a la totalidad de las acciones de los dos (2) planes de mejora formuladas al proyecto de inversión denominado “MEJORAMIENTO DE LA VÍA SALAMINA (GUÁIMARO) – REMOLINO – SITIO NUEVO (PALERMO) EN EL DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA” identificado con el BPIN 2013000020048, por lo tanto no puede tenerse como una causal exonerativa de responsabilidad.”



De manera que la Directora de Vigilancia de las Regalías del DNP resolvió confirmar la Resolución 0545 del 24 de febrero de 2017, por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por el departamento del Magdalena en contra de la Resolución 4450 del 25 de noviembre de 2016, proferida dentro del procedimiento preventivo PAP-1352-16.

6. Oficio INVIAS Dg 95680 del 14-07-2017 (folio 105 c.a. 13)

El 14 de julio de 2017, el Director General del INVIAS mediante comunicación DG 95680 dirigida a la Directora de Regalías del Departamento Nacional de Planeación le informa que a pesar de los múltiples esfuerzos adelantados por ese Instituto con el fin de lograr la regularización para la ejecución del proyecto “Mejoramiento de la vía Palermo – Sitio Nuevo- Remolino –Guáimaro y teniendo en cuenta que éste cuenta con la cofinanciación de recursos del Sistema General de Regalías OCAD Regional Caribe, le solicita informar el avance de las acciones preventivas adelantadas, en particular respecto del cumplimiento por parte de del Departamento del Magdalena frente al plan de mejoramiento implementado (folio 105 c.a. 13)

7. Oficio DNP 20174460443481 del 27-07-2017 (folios 100-102 c.a.13)

El 27 de julio de 2017 la Directora de Vigilancia de las Regalías del DNP mediante comunicación con radicado Nro. 20174460443481 le da respuesta a la solicitud de información del Director General del INVIAS y luego de hacer un recuento de las gestiones adelantadas desde el 10 de octubre de 2016 señala: (folios 100-102 c.a. 13)

“Así las cosas, hasta la fecha, el departamento del Magdalena no ha cumplido la totalidad de acciones correspondientes al plan de mejora formulado para el proyecto de inversión denominado “MEJORAMIENTO DE LA VIA SALAMINA – GUÁIMARO – SITIO NUEVO (PALERMO) – VIA DE LA PROSPERIDAD” identificado con el BPIN 201300020048 y continua la incertidumbre frente al cumplimiento del alcance y los objetivos generales y específicos en su ejecución, la medida preventiva de suspensión de giros ordenada a través de la Resolución 4450 del 25 de noviembre de 2016, continúa vigente y surtiendo plenos efectos jurídicos.”

8. Oficio DNP 20184460332061 del 25-05-2018 (folios 1181-1186)

A la Subdirección de control de la Dirección de Vigilancia de las Regalías del DNP, le fue solicitado por parte de este Despacho informara el estado actual de las actuaciones administrativas PAP-445-14 y PAP 1352-16 adelantadas contra el Departamento del Magdalena en relación con incumplimientos a los planes de mejora 1 y 2, respectivamente, presentados por el ente territorial frente a observaciones señaladas por la ejecución del proyecto de inversión denominado “MEJORAMIENTO DE LA VIA SALAMINA – GUÁIMARO – SITIO NUEVO

308

IUS E-2017-519707 //UC-D-2017-956399
Auto: Fallo de primera instancia-30-09-2020
Caso: Proyecto Vía La Prosperidad – Gobernación de Magdalena
CJOM/OLSC



(PALERMO) – VIA DE LA PROSPERIDAD”, identificado con el BPIN 2013000020048.

Respecto del procedimiento preventivo PAP-1352-16 informa que la Resolución No. 4450 del 25 de noviembre de 2016, impuesta al Departamento del Magdalena **se encuentra vigente**, toda vez que la entidad no ha dado cumplimiento a la totalidad de las acciones del plan de mejora del proyecto de inversión identificado con BPIN 2013000020048.

Quiere decir lo anterior, que ante el incumplimiento de las acciones de mejora planteadas por el Departamento ante el DNP en relación con las observaciones y hallazgos por insuficiencias y deficiencias técnicas en el proyecto de inversión conocido como VIA DE LA PROSPERIDAD, catalogado por esa entidad como un **proyecto crítico**⁵² al no tener garantizada su sostenibilidad y funcionalidad, lo cual se traduce en un proyecto con un alto riesgo de no cumplir con su alcance y no servir para el propósito para el cual fue aprobado, la suspensión preventiva de los giros abarca los recursos provenientes del sistema general de regalías, es decir sobre los recursos con apropiaciones presupuestales, así como los de la cuenta bancaria provenientes del SGR y los que estuvieran pendiente de giro por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, destinados a la financiación del proyecto descrito, por un valor de setenta y cinco mil doscientos ochenta y cuatro millones cuatrocientos sesenta y un mil quince pesos (\$75.284.461.015), del Fondo de Desarrollo Regional y del Fondo de Compensación Regional 60%.⁵³

VI. CONSIDERACIONES FRENTE A LA RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA DE LUIS MIGUEL COTES HABEYCH, GOBERNADOR DEL MAGDALENA 2012-2015

6.1. SÍNTESIS DE LOS ARGUMENTOS DE LA DEFENSA Y RESPUESTA DE LA PROCURADURÍA.

En los alegatos de conclusión el apoderado en defensa de su prohijado plantea las siguientes tesis de defensa:

- (i) El procedimiento seguido por el gobernador Cotes Habeych estuvo ajustado a derecho (folios 3729 a 3735).
- (ii) No existe ninguna norma dentro del ordenamiento jurídico que obligue al entonces gobernador de revisar los estudios. En ese sentido no puede haber ningún tipo de falta disciplinaria por incumplimiento de un principio, sino se

⁵² Oficio DNP No. 20174460135901 del 22 de febrero de 2017

⁵³ Ver folio 1184. Oficio DNP 20184460332061 del 25-05-2018



violó ninguna norma que desarrolle el principio que se acusa de incumplido (folios 3735 a 3741).

- (iii) Los estudios estaban en fase III. Por esto, no había necesidad de dudar de los mismos. Si existe algún tipo de responsabilidad debería solamente recaer en cabeza de INVIAS (folios 3741 a 3747).
- (iv) Nadie hizo observaciones a los estudios (folios 3747 a 3748).
- (v) No existe un nexo para comprobar la imputación objetiva (folios 3748 a 3750).
- (vi) Luis Miguel Cotes, como administrador de empresas no tenía la capacidad para saber que los estudios estaban desactualizados (folios 3750 a 3752).
- (vii) El INVIAS sabía de la desactualización y calló esa situación a la gobernación (folio 3752 a 3755).

6.1.1. Respetto de la posible transgresión al principio de economía que rige la actividad contractual.

Argumentos de defensa: En las explicaciones expuestas en los descargos, el apoderado indica que Luis Miguel Cotes Habeych no podía cambiar estudios y diseños previos de la vía ni presupuestos, dado que éstos provenían del INVIAS, por tanto, al emanar la documentación de “la entidad más especializada en el tema” de infraestructura del país, se infería que eran unos estudios serios e idóneos, así lo señaló luego de poner de presente que la cláusula octava del convenio 649 de 2013 indicaba como obligación del INVIAS suministrar los diseños FASE III con que contaba, los cuales indica que certificó como actualizados (folio 2392-2393)

Respuesta del despacho: En efecto le asiste razón a la defensa en indica que los estudios y diseños que serían utilizados por la gobernación de Magdalena para la licitación pública fueron suministrados por el INVIAS conforme a las obligaciones adquiridas en el convenio 649 de 2013; asimismo es válido afirmar que los estudios entregados por el INVIAS estaba certificados en fase III de construcción o maduración. Sin embargo, estas afirmaciones no pueden entenderse de manera aislada o bajo una óptica tergiversada como se explicó en el capítulo denominado HECHOS PROBADOS.

La circunstancia que el INVIAS certificará unos estudios y diseños en fase 3 no era equivocada y así tendría que certificarlo las veces que sean necesarias y en el año que se preguntará pues no debe confundirse el nivel en el cual se encuentran unos estudios y diseños cuando se entregan o termina de hacerlos el consultor, con la aptitud que tengan estos y su viabilidad de ejecutarlos en un tiempo claramente



definido. Este aspecto fue decantado ampliamente en el acápite 5.3. - *PRUEBAS DE LA DEFICIENCIA TÉCNICA EN LA PLANEACIÓN DEL PROCESO CONSTRUCTIVO PARA EL PROYECTO DE INVERSIÓN E INFRAESTRUCTURA CONOCIDO COMO VÍA DE LA PROSPERIDAD Y LA CONTRATACIÓN DE LA OBRA EN 2013 CON ESTUDIOS Y DISEÑOS DESACTUALIZADOS Y SUS IMPLICACIONES, SIN CONSIDERAR LA OLA INVERNAL O FENÓMENO DE LA NIÑA DEL 2010*, y especialmente en los numerales 5.3.4 - *Pruebas indicativas que los estudios y diseños con viabilidad técnica en fase 3 pueden ser modificados, actualizados y/o ajustados. Vigencia y viabilidad*, y 5.3.8. - *Pruebas indicativas que los estudios y diseños utilizados para la ejecución del proyecto para el mejoramiento de la Vía Palermo- Sitio Nuevo- Remolino- Guáimaro, en el Departamento del Magdalena, fueron objeto de modificaciones sustanciales y nuevos diseños para hacer viable la construcción del trazado de la vía, puntualmente en las consideraciones aludidas frente a los testimonios allí analizados, consideraciones a las cuales se remite este Despacho.*

Argumentos de defensa: Señala que los datos para el transporte de los materiales para la obra suministrados por el INVIAS desde el principio contenían información inexacta y alejada de la realidad, pues eran inferiores a las reales señalando además que esta información fue conocida por la gobernación hasta el 27 de marzo de 2015 cuando la interventoría y el contratista en acta de comité operativo informaron sobre la “... *divergencia sustancial encontrada en el presupuesto para el transporte de material de terraplén, lo que hacía inviable el proyecto tal y como se había presupuestado con base en los pluricitados estudios del INVIAS*” (folio 2394)

Expone que el desfase que se presentó en los terraplenes, cuyos niveles tuvieron que ser aumentados debido a los máximos caudales del río Magdalena de los años 2010 y 2011 fue “*originado en la imprevisión de incorporar en los mencionados estudios del INVIAS la verdadera cantidad de material necesario para la obra, así como el transporte del mismo.*” (folio 2396)

Respuesta del despacho: Sobre este aspecto se determinó que la información referida en los estudios y diseños respecto a las fuentes de materiales correspondía a las canteras que estaban disponibles en el periodo de realización de los estudios, es decir años 2008 y 2009, situación que para el año 2012 cuando inició la licitación; y en todo caso para el año 2015 que inició la obra, luego de la suspensión inicial y abrupta que tuvo, casi por espacio de un año, había cambiado luego del transcurso de 5 años aproximadamente y el suceso de una ola invernal de grandes magnitudes para el país, hacia el año 2010 a causa del fenómeno de *La Niña*, de manera que los estudios y diseños tuvieron cambios sustanciales, siendo procedente reiterar las explicaciones y demostraciones probatorias expuestas por este Despacho en el acápite 5.4 . *PRUEBAS DE LA DEFICIENCIA TÉCNICA EN LA PLANEACIÓN DEL PROCESO CONSTRUCTIVO PARA EL PROYECTO DE INVERSIÓN E INFRAESTRUCTURA CONOCIDO COMO VÍA DE LA PROSPERIDAD Y LA CONTRATACIÓN DE LA OBRA CON UN PRESUPUESTO DEFINITIVO*



DESFASADO Y SIN SUSTENTO EN EL QUE SE MODIFICARON LAS ESPECIFICACIONES DEL MATERIAL QUE SE PROPONÍA UTILIZAR PARA LA CONSTRUCCIÓN DE LOS TERRAPLENES EN EL TRAMO PALERMO – SITIO NUEVO DE AFIRMADO A TERRAPLÉN; SIN AJUSTAR EL ÍTEM DEL TRANSPORTE DEL MATERIAL; SIN CONSIDERAR EL FENÓMENO DE LA OLA INVERNAL QUE GENERÓ UN MAYOR AUMENTO EN LA ALTURA Y VOLUMEN DE LOS TERRAPLENES, ASÍ COMO SIN CONSIDERAR QUE LAS FUENTES DE MATERIALES EXISTENTES CUMPLIERAN CON LAS ESPECIFICACIONES TÉCNICAS Y CONDICIONES LEGALES-.

Argumentos de defensa: Manifiesta que los estudios y diseños entregados por INVIAS eran obsoletos y desactualizados, situación que pudo advertir con ocasión del contrato 620 de 2012 que tenía por objeto *el mejoramiento y mantenimiento de 1.280 metros lineales entre el PUENTE CAÑO CLARÍN y el tramo donde inicial el contrato de obra pública 617 de 2013, pues allí se redujo el alcance en más del 50% con ocasión de los estudios desfasados presentados por el INVIAS* según indica, se desprende del acta de liquidación y modificación del contrato 620 de 2012.

En criterio de la defensa la posible necesidad de ajuste de los diseños debió ser advertida por INVIAS “... *quien ya ejecutaba un proyecto simultáneo a la licitación convocada por el departamento con los mismos estudios y diseños y se supone había detectado las situaciones que se presentaban en los dos aspectos que finalmente mas repercusiones tuvieron en el presente proyecto, esto es: i) la mayor altura del terraplén y (ii) el error en las cantidades del ítem de transporte de terraplén, lo cual de idéntica manera sucedía en el contrato que ejecutaba INVIAS directamente en otro tramo de vía*” (folio 2412)

Insiste que durante el proceso licitatorio era física y materialmente imposible para la gobernación advertir que los estudios y diseños entregados por el INVIAS estaban desactualizados, como si lo pudo haber advertido por el INVIAS quien teniendo la oportunidad de hacerlo no transmitió la información a la gobernación.

Respuesta del Despacho: La defensa ha indicado en varias apartes como justificación del actuar de su prohijado que el INVIAS era conocedor de la situación de la ola invernal y las afectaciones de este fenómeno climático en la zona de influencia de la obra objeto del contrato 617 de 2013, razón por la cual señala que debió advertirle a la gobernación de esta situación. Para tal efecto basa su argumento en la celebración del contrato 620 de 2012 entre el INVIAS y la firma INGECOM cuyo objeto consistió en el *“mejoramiento y mantenimiento de la carrera Plato – Salamina (Ruta 27019 y Salamina – Palermo (Ruta 2702) Sector Sitio Nuevo – Palermo entre los PR 59+0900 al PR 61+0180 departamento del Magdalena”* contrato que tuvo fecha de inicio 2 de agosto de 2012, fecha de finalización 2 de febrero de 2013, y acta de liquidación del 6 de julio 2015, respecto de la cual el apoderado señala en sus alegatos que con este documento se “demuestra que el INVIAS ha actuado de manera negligente en casos anteriores, como lo es el

312



contrato 620 de 2012, al haber omitido revisar los estudios y diseños antes de ser entregados como sucedió con el contrato 617 de 2013, lo que conllevó a modificaciones sustanciales” (folio 2454)

Adicionalmente, la defensa, en memorial del 19-09-2018, folios 1898 a 1901, manifiesta:

“Con el contrato 620 de 2012 y los documentos que se relacionan directamente con el mismo, según fueron enunciados, se buscará demostrar que: la licitación que derivó en la firma del contrato 620 de 2012 evidencia que se realizó con base en los estudios fase III de INGEOCIM, que fueron los mismos entregados por la Gobernación de Magdalena por parte de INVIAS en 2012 para el contrato que concierne al presente proceso. Además, el contrato 620 de 2012 versa sobre el mismo trazado del contrato de obra 617 de 2013, que concierne al presente proceso. Teniendo en cuenta lo anterior, los documentos enunciados permiten evidenciar la manera en que el mencionado contrato 620 de 2012 fue modificado y liquidado de forma tal que el INVIAS y el contratista redujeron sustancialmente el alcance físico inicialmente pactado de 1.280 metros a 530 metros, debido a situaciones problemáticas que se presentaron con los estudios y diseños que para ese momento, según aparece en la *justificación técnica – acta de modificación No. 1 – contrato 620 de 2012*, INVIAS conoció que se encontraban desactualizados (*ver también página 1 de 4 de acta de entrega y recibo definitivo de obra, características y alcance de la obra que se recibe, numeral 3. Terraplén con material importado*)

En el presupuesto oficial, que -se recalca- fue de autoría del INVIAS, no se contemplaba el ítem de *terraplén*, sino el de *afirmado*. Así pues, no estaba incluido el transporte de material de terraplén. Solamente se incluyó el ítem de *terraplén con material importado* en el *acta de fijación de ítems no previstos*, y allí incluyó el transporte dentro de este mismo ítem.

Todo lo anterior deriva que el INVIAS tenía pleno conocimiento de la situación problemática que se estaba presentando en relación con los estudios y diseños, y, aún así jamás le advirtió a la gobernación de Magdalena sobre el posible estado de desactualización de esos estudios y diseños, que precisamente, fueron los mismos que se utilizaron para el contrato 620 de 2012”

A continuación, se relaciona la documentación allegada por el apoderado respecto del contrato 620 de 2012 contenida en los folios 1898-2003 del cuaderno principal número 9:

- Contrato 620 de 2012
- Modificación al contrato 620 de 2012

313

IUS E-2017-519707 /IUC-D-2017-956399
Auto: Fallo de primera instancia-30-09-2020
Caso: Proyecto Vía La Prosperidad – Gobernación de Magdalena
CJOM/OLSC



- Adicional No 1 al contrato principal “Mejoramiento y mantenimiento de la carretera Plato – Salamina (Ruta 2701) Sector Sito Nuevo – Palermo entres los PR 59 + 0900 al PR 61+0180. Departamento del Magdalena Módulo 2”.
- Justificación técnica – acta de modificación No. 1 -contrato 620 de 2012
- Acta de audiencia de aclaraciones para precisar el alcance y contenido de los pliegos de condiciones y audiencia pública de riesgos identificables.
- Anexo técnico -mejoramiento y mantenimiento de la carretera Plato -Salamina (Ruta 2701) y Salamina -Palermo (Ruta 2702), sector Sitio Nuevo – Palermo entre los PR 59+900 al PR 61+180, departamento del Magdalena.
- Estudios y documentos previos, mejoramiento y mantenimiento de la carretera Plato – Salamina (Ruta 2701) y Salamina -Palermo (Ruta 2702), sector Sitio Nuevo – Palermo entre los PR 59+900 al PR 61+180, departamento del Magdalena.
- Acta de liquidación del contrato 620 de 2012
- Acta de entrega y recibo definitivo de las obras
- Presupuesto oficial de autoría del INVIAS, subdirección de la Red Nacional de Carreteras
- Comunicación SRN 62688 de INVIAS: Respuesta – Solicitud información del contrato de obra 620 de 2012
- Comunicación DT -ATL 52311 del INVIAS. Contrato 617 de 2013. Referencia: Solicitud de análisis estructural de los 530 mts de vía a nivel de pavimento existente en el tramo comprendido entre Palermo y Sitio Nuevo, ejecutado por INVIAS.

De lo expuesto se observa que el argumento principal que esboza el apoderado consiste en sustraer de responsabilidad a su prohijado bajo la tesis que el INVIAS tenía pleno conocimiento de la situación problemática que se estaba presentando en relación con los estudios y diseños, dado que por virtud del contrato 620 de 2012, anterior al 617 de 2013, ejecutado en la misma vía, igual zona y puntos cercanos, ya sabía de las afectaciones de la ola invernal frente a los diseños planteados por INGEOCIM los cuales requerían modificaciones para su real ejecución, y, “aun así jamás le advirtió a la gobernación de Magdalena sobre el posible estado de desactualización de esos estudios y diseños, que precisamente, fueron los mismos que se utilizaron para el contrato 620 de 2012”

Bajo este hilo conductor de la tesis planteada también se tiene y está demostrado que la gobernación de Magdalena también conocía de la afectación de la zona como consecuencia de la ola invernal, y puntualmente su mandatario departamental quien así lo consignó en su plan de gobierno y en los mismos documentos y estudios previos de la licitación pública LP-DM-0078-2012 y aún así jamás hizo alguna advertencia, instrucción, directriz, observación, indagación, sobre el posible estado de desactualización de los estudios y diseños que precisamente utilizó en la contratación de obra pública de la cual era directamente responsable.

Tampoco, en materia disciplinaria, se puede hacer una responsabilidad directa y menos generalizada a entidad y persona jurídica pública como INVIAS, bajo el señalamiento que por circunstancias que ocurrieron en otro contrato, debió advertirlo a la gobernación. No hay prueba clara aportada o soportada por la defensa que indique qué persona o quienes, del INVIAS, conocieron directamente

314

IUS E-2017-519707 /IUC-D-2017-956399
Auto: Fallo de primera instancia-30-09-2020
Caso: Proyecto Vía La Prosperidad – Gobernación de Magdalena
CJOM/OLSC



de esta situación y en qué momento tuvieron oportunidad con el gobernador del Magdalena de tratar en alguna reunión u orden del día, este tema y, aun así, a sabiendas que los estudios estaban desactualizados callaron u ocultaron esta información.

De seguir la línea de este planteamiento también tendríamos que llegar a afirmar que en el contrato 617 de 2013 debió ejecutarse dentro del plazo establecido pese a las vicisitudes advertidas en los estudios y diseños, pues si se hace la comparación con el contrato 620 de 2012, se tiene que éste, con una duración de 6 meses, desde el 2 de agosto de 2012, pese a las falencias advertidas en los estudios y diseños, fue ejecutado dentro del plazo establecido y la pavimentación de la vía entregada el 2 de febrero de 2013 según acta de recibo y terminación de esta fecha. Es decir que, utilizando el mismo rasero que acoge la defensa se llegaría también a esta conclusión, la cual no sería admisible objetivamente, como tampoco sería la que plantea el apoderado, pues las responsabilidades en materia disciplinaria son individuales, aunado a que las pruebas deben ser específicas en torno a demostrar la negligencia o el dolo, el silencio o el ocultamiento por parte de un funcionario específico del INVIAS, y el espacio en el cual se debía dar esta información frente a indagaciones, preguntas o cuestionamientos del gobernador o algún funcionario específico de la gobernación, pero nadie preguntó, nadie indagó, nadie cuestionó de manera diligente o mínima sobre la viabilidad de aplicar unos estudios del año 2008 en una vía y zona afectada notablemente por la ola invernal sucedida en el 2010, es decir 2 años atrás del inicio del proceso de licitación, cuyos documentos previos fueron publicados en diciembre de 2012.

O igual, también podría inferirse que la gobernación de Magdalena podría conocer del mantenimiento de esta vía que se estaba haciendo en una zona de su departamento, o que la misma por estar ejecutándose durante el tiempo que transcurría de la licitación pública LP-DM-007-2012, sin embargo, este Despacho no puede acoger elucubraciones como posturas que fundamenten la responsabilidad disciplinaria.

Argumentos de defensa: Expone que “... **el INVIAS en función del principio de colaboración institucional, debía estar a la par en cuanto al cumplimiento de las obligaciones exigidas en los convenios interadministrativos 1266 y 649 y debió haber puesto en marcha las conductas tendientes a la REVISIÓN DE LA VIGENCIA DE LOS DContrato ISEÑOS SOBRE LOS CUALES SE CONSTITUIRÍA EL PROYECTO DE LA VÍA A LA PROSPERIDAD.**”

Agrega que “no entiende el por qué se permitió (en referencia a la Procuraduría) que al INVIAS pasar agachado en su responsabilidad causal y jurídica” (folio 2394-subrayado fuera del texto original).



Respuesta del Despacho: Olvida la defensa que sobre este asunto se pronunció el despacho en la decisión de cargos, declarando la caducidad de la acción disciplinaria y el archivo parcial frente a la entrega de los estudios y diseños por el INVIAS en el año 2012, decisión que le fuera debidamente notificada y **contra la cual procedía el recurso de apelación, el que no fue interpuesto por la Defensa, quedando en firme esta decisión.**

En tal sentido, procede transcribir en su integridad el capítulo VIII del pliego de cargos del 31 de mayo de 2019:

VIII. CADUCIDAD PARCIAL DE LA ACCION DISCIPLINARIA

A lo largo de la investigación disciplinaria se ha establecido que el INVIAS le entregó a la Gobernación de Magdalena los estudios y diseños que tenía en su poder en relación con el proyecto vía de la prosperidad para el mejoramiento de la carretera en los tramos Palermo –Sitio Nuevo – Remolino – Guáimaro en el departamento del Magdalena, en cumplimiento de las obligaciones adquiridas en el convenio específico de cooperación 649 de mayo 31 de 2013 y sobre los cuales los investigados y testigos al proceso que laboran con la gobernación de Magdalena han referido que la responsabilidad del Instituto Nacional de Vías por la entrega de estudios y diseños desactualizados.

Conforme al extenso material probatorio que se ha acopiado al proceso se ha determinado que estos estudios y diseños fueron elaborados en los años 2008 y 2009 a través de las firmas consultoras *INGEOCIM LTDA – contrato número 1873 de 2007* y *LA VIABILIDAD LTDA – contrato 3434 de 2008*, los cuales fueron entregados por el INVIAS a la Gobernación de Magdalena en fase III.

Referente a la entrega de los estudios y diseños por parte del INVIAS se acreditó:

1. Que el señor CARLOS NERY LOPEZ TONCEL, secretario de infraestructura de la gobernación de Magdalena mediante oficio fechado el día **29 de mayo de 2012** le solicitó al ingeniero Miguel García Sierra, Director Territorial Atlántico del INVIAS la información sobre los Estudios, Diseños y presupuestos de la vía entre Palermo y Salamina en el Departamento del Magdalena, señalando que esta se requiere de manera urgente con el fin de revisar y actualizar el presupuesto (folio 1798 c.p.8)
2. Que ingeniero Miguel García Sierra, Director Territorial Atlántico del INVIAS mediante oficio DT AT 29202 del **15 de junio de 2012**, le hace entrega de 5 CD con los estudios, diseños y presupuestos de la Vía Palermo Guiamaro, incluyendo la variante Palermo (folio 1799 c.p.8)
3. Que el **31 de julio del año 2012**, la Dirección Territorial Atlántico del INVIAS remitió los estudios de referencia como información disponible que reposaba en el Instituto en ese momento, documentos técnicos de referencia, que se entregaban para que posteriormente el Departamento adelantará las gestiones contenidas en el Convenio



Interadministrativo No. 1266 de 2012 acreditando que *“Los diseños cumplen y tienen viabilidad técnica de los proyectos en fase 3”*

4. Que el INVIAS en cumplimiento de la obligación contenida en el Convenio 1266 de 2012 y acorde con lo establecido en la CLÁUSULA CUARTA: OBLIGACIONES DEL INSTITUTO literal procedió que señala : *“a) Suministrar al Departamento la información sobre el proyecto que repose en las oficinas del INSTITUTO que pueda servir de antecedente y justificación para los trámites presupuestales a cargo del DEPARTAMENTO”* hizo la entrega de los estudios y diseños realizados por las Consultorías INGEOCIM y LA VIABILIDAD.

De manera que tomando como referencia las fechas de junio 12 de 2012 fecha de entrega física de los estudios y diseños y julio 31 de 2012, fecha de acreditación de la fase III de viabilidad técnica, se contaba con un término de 5 años para iniciar la actuación disciplinaria y ordenar apertura de investigación disciplinaria conforme a lo señalado en el artículo 132 de la Ley 1474 de 2011 que modificó el artículo 30 de la Ley 734 de 2002, **es decir el tiempo finiquitaba el 30 julio de 2017 y la apertura de investigación disciplinaria se ordenó el 21 de septiembre de 2017, fecha para la cual la acción disciplinaria ya había caducado.**

ARTÍCULO 30. TÉRMINOS DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DISCIPLINARIA.

<Artículo modificado por el artículo [132](#) de la Ley 1474 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> La acción disciplinaria caducará si transcurridos cinco (5) años desde la ocurrencia de la falta, no se ha proferido auto de apertura de investigación disciplinaria. Este término empezará a contarse para las faltas instantáneas desde el día de su consumación, para las de carácter permanente o continuado desde la realización del último hecho o acto y para las omisivas cuando haya cesado el deber de actuar.

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

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

Así las cosas procede ordenar la caducidad parcial de la acción disciplinaria respecto a la entrega, por parte del Instituto Nacional de Vías – INVIAS a la Gobernación de Magdalena, de estudios y diseños en fase III, al parecer desactualizados, para adelantar el proceso contractual objeto de la licitación LP-DM-007-2012 para el mejoramiento de la vía Palermo – Sitio Nuevo – Remolino – Guáimaro en el Departamento del Magdalena

Ahora resulta importante señalar que esta Delegada cuando conoció de la noticia disciplinaria fue con ocasión del informe de finalización de la acción preventiva adelantada por la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Preventiva de la Función Pública, radicado el 18 de abril de 2017 cuyo proceso disciplinario fue asignado a esta dependencia por el Procurador General de la Nación mediante Resolución número 120



de 2017 y comunicada este Despacho el 25 de abril de 2017 según oficio 2215 (folios 152-164 c.p.1)

El 5 de mayo de 2017 se ordenó abrir indagación preliminar con fundamento en las conclusiones descritas en el informe de finalización de la actuación preventiva aludida, en la cual aún no se tenía conocimiento dentro del expediente de la posible desactualización de los estudios previos, tal situación fue advertida inicialmente por el ingeniero civil Miguel Ángel Soto Roa de la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales de la entidad, con ocasión del informe técnico del 28 de julio de 2017 y recibido en esta dependencia el 11 de septiembre de 2017 (folios 251-280 c.p.1), sin que por ende le exista algún tipo de responsabilidad a funcionario de esta Delegada que pueda generar mora, omisión o falta de diligencia en su actuar, acorde con los parámetros fijados en la Directiva PGN 006 de 1996.

En mérito de lo expuesto, el Procurador Primero Delegado para la Contratación Estatal, en cumplimiento de sus funciones legales y reglamentarias, y como funcionario especial designado por el Procurador General de la Nación,

RESUELVE

(...)

CUARTO: ORDENAR LA CADUCIDAD PARCIAL de la acción disciplinaria respecto a la entrega, por parte del Instituto Nacional de Vías – INVIAS a la Gobernación de Magdalena, de estudios y diseños en fase III, realizados en los años 2008 y 2009 por las firmas consultoras INGEOCIM y La VIABILIDAD al parecer desactualizados, para adelantar en los años 2012 y 2013 el proceso contractual objeto de la licitación LP-DM-007-2012 para el mejoramiento de la vía Palermo – Sitio Nuevo – Remolino – Guáimaro en el Departamento del Magdalena, acorde con lo señalado el capítulo VIII de esta providencia.

QUINTO: REALIZAR por la Secretaría las siguientes actuaciones:

(...)

5.2. Notificar la terminación parcial y la caducidad parcial de la actuación disciplinaria a los investigados y su apoderado por las razones señaladas en los capítulos VII y VIII de esta providencia y acorde con lo establecido en el numeral tercero de la parte resolutive, señalando que contra la misma procede el recurso de apelación ante la Sala Disciplinaria como lo prevén los artículos 111 a 115 del CDU.

Por tanto, resulta transparente para los sujetos procesales la citada decisión, la cual, si en su momento no fue cuestionada por la defensa, resulta improcedente hacerlo de nuevo en esta oportunidad.

318

IUS E-2017-519707 /IUC-D-2017-956399
Auto: Fallo de primera instancia-30-09-2020
Caso: Proyecto Vía La Prosperidad – Gobernación de Magdalena
CJOM/OLSC



Argumentos de la defensa: Plantea que “... sobre la ACTUALIZACIÓN Y/O AJUSTES DE LOS ESTUDIOS Y DISEÑOS el INVIAS incluyó el ítem “revisión y ajuste de diseños, el cual quedó a cargo del contratista que resultara seleccionado para ejecutar el proyecto. Esto quedo consagrado en el CONTRATO No. 617 de 2013. El DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA solo estaba obligado a obtener los estudios y diseños y demás documentación previa a la contratación del proyecto” (folio 2398)

Agrega que “No obstante lo anterior, para el proyecto que acá nos ocupa, únicamente se incluyó una provisión para el ajuste de diseños que entregaron, en caso tal fuera necesario, y a pesar de que el INVIAS solicitó que quedará expresamente estipulado en el pliego que en caso de ser necesario hacer una complementación o actualización de los estudios y diseños esta se pudiera realizar, lo cierto es que esa actividad no estaba incluida dentro del presupuesto suministrado por el INVIAS en los estudios y diseños presentados. De hecho, fue como resultado del análisis, estudios, revisión y ajuste que se hizo por parte de la INTERVENTORÍA y el CONTRATISTA que se puso en conocimiento la magnitud de la situación, lo que ameritaba una actualización y – no ajustes menores- del proyecto, tal y como se reseñó más atrás.”

De manera que considera que ni el departamento ni el gobernador disciplinado tenían la obligación de actualizar los estudios y diseños entregados por el INVIAS en fase III. Agrega que si “alguien debió haber hecho una actualización – en caso de que fuera previsible que los estudios se hubieran podido desactualizar profundamente – era el INVIAS antes de que se hiciera entrega de estos a la administración.”

Señala que sobre el INVIAS recaía la obligación de vigilancia, supervisión y seguimiento y sobre todo de planeación, por cuanto al conocer la ola invernal, de considerarlo necesario debió ajustar y actualizar la vigencia de los diseños de obra insistiendo que “si se requería la actualización de los diseños, esa labora estaba solo en cabeza del INVIAS y no de la entidad territorial (folio 2405)

Respuesta del despacho: el argumento de la defensa fue atendido por este Despacho en las consideraciones relacionadas y sustentadas en el capítulo alusivo a los hechos probados, en los numerales **5.1.** PRUEBAS DE LA DEFINICIÓN ESTRATEGIA PARA LA IMPLEMENTACIÓN DEL PROYECTO DE INVERSIÓN E INFRAESTRUCTURA PÚBLICA DENOMINADO VÍA DE LA PROSPERIDAD POR PARTE DE LA GOBERNACIÓN DE MAGDALENA; PRUEBAS DE LA PARTICIPACIÓN DE LOS GOBERNADORES DEL MAGDALENA EN LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL DEL PROYECTO VÍA DE LA PROSPERIDAD A TRAVÉS DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA; **5.2.** PRUEBAS DE LA PARTICIPACIÓN DE LOS GOBERNADORES DEL MAGDALENA EN LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL DEL PROYECTO VÍA DE LA PROSPERIDAD A TRAVÉS DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA, **5.3.** PRUEBAS DE LA DEFICIENCIA TÉCNICA EN LA PLANEACIÓN DEL PROCESO CONSTRUCTIVO PARA EL PROYECTO DE INVERSIÓN E INFRAESTRUCTURA CONOCIDO COMO VÍA DE LA PROSPERIDAD Y LA CONTRATACIÓN DE LA OBRA EN 2013 CON ESTUDIOS Y DISEÑOS DESACTUALIZADOS Y SUS IMPLICACIONES, SIN CONSIDERAR LA OLA INVERNAL O FENÓMENO DE LA NIÑA DEL 2010 y especialmente los numerales **5.3.9.** Pruebas indicativas que el gobernador del Magdalena

319

IUS E-2017-519707 /IUC-D-2017-956399
Auto: Fallo de primera instancia-30-09-2020
Caso: Proyecto Vía La Prosperidad – Gobernación de Magdalena
CJOM/OLSC



conocía del impacto del fenómeno de la niña en la zona donde se ejecutaría el objeto del contrato 617 de 2013 y **5.3.10**. Pruebas indicativas de las obligaciones y deberes que a cargo de los gobernadores frente a la contratación pública adelantada para ejecutar el proyecto vía de la prosperidad, especialmente frente a la estructura de la licitación pública, estudios previos y en general la planeación del proceso constructivo.

De manera que si bien es cierto a INVIAS le correspondía unas obligaciones, ello no significa que la gobernación de Magdalena quiera eludir las suyas, pues claramente la planeación de la licitación con sus estudios previos estaba en cabeza del ente territorial como se demostró en esta providencia, recordando que en materia disciplinaria la responsabilidad es individual y no solidaria o conjunta como ocurre en otros regímenes de responsabilidad.

Argumentos de la defensa: Señala que “... en ninguna fase de la licitación para para la obra pública se recibió alguna observación por parte del INVIAS o de algún órgano de control (recordando que la Procuraduría realizó acompañamiento al proceso precontractual), ni tampoco solicitud o advertencia de la necesidad de actualizar los estudios y diseños. Por obvias razones, esto generó al departamento la confianza de que los documentos técnicos y el presupuesto soporte de la convocatoria pública, correspondían a los suficientes y necesarios para la ejecución del proyecto”, indicando además que tampoco en las actuaciones surtidas ante el OCAD CARIBE, el Departamento Nacional de Planeación, el CONPES recibió observaciones” (folio 2412, 2413)

Por ello concluye que “... **no** existe un solo documento que evidencie, a cargo del DEPARTAMENTO, la obligación de haber actualizado o realizado nuevos diseños a los entregados por INVIAS en fase III, ni durante la etapa de planeación del proyecto que incluye desde la solicitud formulada para la entrega de los diseños 2012, ni al momento de la firma del convenio 2013, ni durante la licitación pública o al momento de la suscripción del contrato. Al contrario, consta que la interventoría, en el mes de marzo de 2015, advierte al INVIAS en sus informes sobre la situación que se estaba presentando con respecto a que los diseños estaban siendo actualizado por el CONTRATISTA por cuanto las condiciones en sitio superaban las consideraciones técnicas de los estudios FASE III recibidos”.

Expone que si se probó que la actuación del exgobernador Cotes Habeych si estuvo ajustada a derecho, pues en considera que todos los testigos a quienes se les preguntó si el ente territorial había actuado bien, endosaron dentro del juicio disciplinario la actuación de su representado y transcribe algunos apartes de la segunda declaración o ampliación de testimonio rendido por el entonces director del INVIAS, Carlos García, para insistir que “No existe un solo testigo que considere que existía la obligación de hacer una actualización de los estudios con anterioridad a que se estructurara y licitara el contrato” (folios 3733 y 3734).



De manera que considera que no puede hacerse ningún reproche disciplinario a LUIS MIGUEL COTES, en su condición de gobernador del DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA, pues no tenía la obligación de haber actualizado los estudios. Es más, si hubiese existido esa obligación la misma estaría en cabeza del INVIAS.” (folio 2414).

Respuesta del Despacho: Nuevamente el apoderado basa su defensa en excusar la responsabilidad que le atañe a su defendido basado en endilgarla a otros entes y personas, en este caso a la Procuraduría, al INVIAS, a las Veedurías, al CONPES y a los mismos participantes y oferentes en el proceso licitatorio.

Es claro que en el detalle de las actividades derivadas de las funciones y deberes a cargo del mandatario no encontrará una que diga puntualmente, como lo pretende, revisar los estudios y diseños que le entregó el INVIAS; tampoco observará una función que textualmente le indique que como gobernador del Magdalena y representante del ente territorial y máxime su condición de administrador de empresas, le correspondía razonar, indagar, preguntar si estos estudios y diseños habían cobijado la ola invernal del 2010 sabiendo que esta había tenido alto impacto en la zona de influencia de proyecto, como lo anotó en su plan de gobierno y otros documentos analizados en acápite anteriores; hacer un detalle y un desglose de cada una de las actividades que en virtud del propósito de su cargo, de sus funciones generales y específicas como gobernador y de las obligaciones adquiridas en los convenios sería convertir unos deberes funcionales en un manual de procedimientos al mínimo detalle, como una lista de chequeo, rayaría en lo absurdo y desnaturaliza la esencia de un manual de funciones y de las disposiciones normativas que contienen los deberes, funciones y obligaciones que le atañen a los servidores públicos según su cargo.

Sin embargo, este Despacho en el capítulo V atendido de manera probada este argumento, especialmente al referirse al acápite 5.3.10. - *Pruebas indicativas de las obligaciones y deberes que a cargo de los gobernadores frente a la contratación pública adelantada para ejecutar el proyecto vía de la prosperidad, especialmente frente a la estructura de la licitación pública, estudios previos y en general la planeación del proceso constructivo.*

Argumentos de la defensa: En los alegatos de conclusión reitera su postura indicativa de la ausencia de una norma o convención que obligara a Luis Miguel Cotes Habeych que realizará una revisión y actualización de los estudios y puntualiza que cuando señala una obligación se refiere a la de la gobernación que él presidía y no a la de él como funcionario, pues su obligación era “confiar en el profesionalismo del INVIAS como órgano especializado” y recuerda a la procuraduría que “ en el ámbito de la función pública los servidores públicos tienen acciones delimitadas legalmente” y agrega que las normas funcionales están establecidas en los convenios 1266 y 649 que establecían que los diseños fueron elaborados y aprobados por el INVIAS, y no por la gobernación. De manera que a



su juicio el INVIAS no puede desconocer las funciones de la gobernación, y el gobernador tampoco puede invadir la órbita funcional del INVIAS, donde cada uno responde por lo suyo ante los órganos de control (folio 3721)

Agrega que Luis Miguel Cotes Habeych en condición de gobernador del departamento del Magdalena “NO tenía la obligación, ni la posibilidad legal ni convencional de hacer una revisión de los estudios, y, por ende, no puede existir resproche disciplinario”, retoma el contenido del convenio 1266 de 2012 para destacar que en éste se acordó a cargo del INVIAS la obligación de “suscribir los convenios específicos derivados del presente convenio en los cuales se establecerán las condiciones técnicas de los proyectos a ejecutar (estudios y diseños y obra)”⁵⁴

Siguiendo el hilo de su disertación se refiere al convenio derivado del convenio 1266 de 2012, es decir, al convenio específico 649 de 2013 en el que indica “se estipulaba todo lo relativo a como se iba a regir la relación entre el INVIAS y la gobernación de cara al proyecto de la vía la prosperidad” y concretamente alude a la cláusula octava la cual transcribe respecto de una de las obligaciones del INVIAS quien se comprometía a: “(...) apoyar técnicamente al DEPARTAMENTO en las cuestiones que demande para la correcta contratación de las obras objeto del presente convenio, **suministrando igualmente los diseños fase III** con que cuenta según comunicación DT-ATL-37236”⁵⁵ (folio 3731 – el subrayado y negrita es propio del apoderado que transcribe el aparte del clausulado al igual que la nota al pie de página)

Y a ello súmese la consideración 34 del convenio 649 de 2013 que hace el apoderado en la cual se indica “Que las obras y actividades requeridas sobre la vía Guáimaro – Sitio Nuevo – Palermo, tramo Guáimaro – Remolino – Sitio nuevo – Palermo cuentan con diseños fase III realizados por el INSTITUTO (...)”, para significar que “quien tenía la obligación de realizar los estudios y diseños en fase de maduración II fue el INVIAS”⁵⁶ y el “DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA estaba obligado a obtener los estudios y diseños y demás documentación previa a la contratación del proyecto.”⁵⁷ (folio 3731)

⁵⁴ “Cláusula cuarta, OBLIGACIONES DEL INSTITUTO, inciso c) del convenio 1266 de 2012.”

⁵⁵ “En la mencionada comunicación DT-ATL-37236 de había indicado lo siguiente: “(...) los estudios y diseños entregados al contratista de obra inicialmente fueron elaborados por el INVIAS bajo los contratos de consultoría (...) Contrato No. 1873 de 2007 por INGEOCIM LTDA: para el tramo Sitionuevo -Palermo (...) Contrato No. 3434 de 2008 por la VIABILIDAD LTDA: para el tramo Guáimaro – Sitio Nuevo, incluida la variante de Palermo””

⁵⁶ “Ha de decirse desde ya que la planeación de la contratación de las obras debía sujetarse a los diseños suministrados por el INVIAS, los cuales estaban en fase II, con lo cual se satisfizo el principio de planeación y de paso el de responsabilidad. Es que es claro que las normas del Decreto 734 de 2002, -reglamentaria de la Ley 80 de 1993- no exigen la actualización de diseños, como lo reclama el pliego de cargos, sino simplemente que se encuentren en el máximo estadio de maduración.”

⁵⁷ “Convenio 649 de 2013, cláusula novena; “Obligaciones del departamento””



Por consiguiente, considera que “de cara a los estudios y diseños, la única obligación que tenía el Dr. LUIS MIGUEL COTES era la de **recibir** estos por parte de INVIAS. Estos debían ser recibidos a conformidad por el ente territorial, y, consecuentemente, se debía, estructurar la licitación con los mismos”, no se exigía que la gobernación hiciera “una actualización o ajuste de los diseños **ANTES** de que saliera la licitación. Se exigía simplemente a la gobernación de Magdalena, que recibiera⁵⁸ los diseños y que con los mismos realizara todas las actuaciones necesarias para generar los estudios previos, con los que se saldría a la licitación posteriormente” (folio 3732).

Señala que le corresponde a la Procuraduría, frente al principio de la contratación señalado como violado, indicar de manera específica cuál es la norma incumplida por el disciplinable, “... es decir, se tiene que mencionar con claridad cuál es el deber, mandato o prohibición que fue desconocido por el servidor público”, pues en concepto de la defensa, respecto de los dos principios señalados como desconocidos, economía y responsabilidad, “no se determinó de manera concreta cuáles eran las normas de carácter legal que concretaban tal violación a esos principios”, y aunque en la formulación de cargos se indicaron varias normas como conculcadas, a juicio del apoderado **ninguna de aquellas normas tiene relación alguna con la necesidad de que se haga una revisión y actualización del presupuesto o de los estudios previos por parte del gobernador COTES HABEYCH**, por lo que no se entiende cuál es la norma supuestamente vulnerada que desarrolle los principios supuestamente desconocidos” (folio 3739 – negritas y subrayas propias del apoderado).

Por ende, insiste que “no existe dentro de todo el ordenamiento jurídico una sola norma que obligue a la entidad, o a su representante legal, a realizar una actualización o ajuste de los diseños antes del inicio de la licitación.”

Respuesta del Despacho: El anterior argumento fue respondido por este despacho en el capítulo V – HECHOS PROBADOS- especialmente en el acápite 5.3.10. Pruebas indicativas de las obligaciones y deberes que a cargo de los gobernadores frente a la contratación pública adelantada para ejecutar el proyecto vía de la prosperidad, especialmente frente a la estructura de la licitación pública, estudios previos y en general la planeación del proceso constructivo **en concordancia con el numeral 5.2. PRUEBAS DE LA PARTICIPACIÓN DE LOS GOBERNADORES DEL MAGDALENA EN LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL DEL PROYECTO VÍA DE LA PROSPERIDAD A TRAVÉS DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.**

Argumentos de defensa: Respecto de los estudios y diseños retoma los argumentos de descargos en el sentido de señalar que al encontrarse éstos en fase III de maduración y provenientes de una entidad especializada como el INVIAS, con competencias y trayectoria a nivel nacional, el departamento debía sujetarse a las especificaciones y presupuestos entregados pues sencillamente confió en que la información se encontraba en el nivel de detalle que se certificó, situación que le

⁵⁸ “Convenio 649 de 2013, cláusula novena: “Obligaciones del departamento””



permitía concluir que “por haber recibido los estudios y diseños en fase III de maduración, es decir listos para construir, y además ya habiendo tenido ocurrencia el evento invernal de 2010, el DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA no estaba en la obligación legal ni contractual de actualizar los estudios y diseños antes de licitar” (folio 3744).

Agrega que “inclusive la misma Contraloría General de la Republica determinó lo que esta defensa viene proponiendo desde el inicio de este acápite, y es que, de existir algún tipo de responsabilidad por la desactualización de los estudios, la misma debería recaer evidentemente en el INVIAS” (folio 3745)

Respuesta del Despacho: Hay que mencionar que el documento aludido en sus alegatos de conclusión fue aportado por la defensa el 26 de diciembre de 2012, registrado en la entidad con el radicado E-2019-794367, posterior al término para presentar, aportar o solicitar pruebas después de la formulación de cargos, señalado en el artículo 166 de la Ley 734 de 2002, señalando que aporta “el informe de la Contraloría General de la Republica suscrito por el señor RAFAEL ANTONIO MORALES HERNÁNDEZ, de fecha 20 de diciembre de 2019, el cual se allega en 24 folios”. Lo anterior por cuanto considera que “el contenido del documento puede resultar relevante para el juicio disciplinario adelantado” por este despacho (folios 3652 a 3676).

El documento suscrito por RAFAEL ANTONIO MORALES HERNÁNDEZ en condición de Contralor Delegado Sectorial – Región Caribe. Unidad de Seguimiento y Auditoría de Regalías. Contraloría General de la República corresponde a una comunicación dirigida a ROSA COTES DE ZÚNIGA , gobernadora del departamento del Magdalena informándole que asumió la atención de la denuncia 2019-151208-82111-D por “presuntas irregularidades en el proyecto “AUNAR ESFUERZOS TÉCNICOS Y FINANCIEROS PARA EL MEJORAMIENTO DE LA VÍA PALERMO – SITIO NUEVO – REMOLINO - GUÁIMARO” proyecto financiado con recursos del sistema general de regalías, presentando unas observaciones administrativas con incidencia disciplinaria y frente a ellas le concede un plazo de dos (2) días hábiles para que efectuar el respectivo pronunciamiento frente a los hallazgos encontrados; además le indica que, vencido el término señalado, la Contraloría evaluara y analizará las respuestas a las observaciones para emitir el correspondiente informe final.

En todo caso, sobre estos planteamientos el despacho se pronunció ampliamente en los acápites 5.3. PRUEBAS DE LA DEFICIENCIA TÉCNICA EN LA PLANEACIÓN DEL PROCESO CONSTRUCTIVO PARA EL PROYECTO DE INVERSIÓN E INFRAESTRUCTURA CONOCIDO COMO VÍA DE LA PROSPERIDAD Y LA CONTRATACIÓN DE LA OBRA EN 2013 CON ESTUDIOS Y DISEÑOS DESACTUALIZADOS Y SUS IMPLICACIONES, SIN CONSIDERAR LA OLA INVERNAL O FENÓMENO DE LA NIÑA DEL 2010, y 5.4. PRUEBAS DE LA DEFICIENCIA TÉCNICA EN LA PLANEACIÓN DEL PROCESO CONSTRUCTIVO PARA EL PROYECTO DE INVERSIÓN E INFRAESTRUCTURA CONOCIDO COMO VÍA DE LA PROSPERIDAD Y LA CONTRATACIÓN DE LA OBRA CON UN PRESUPUESTO DEFINITIVO DESFASADO Y SIN SUSTENTO EN EL QUE SE MODIFICARON LAS ESPECIFICACIONES DEL MATERIAL QUE SE

324

IUS E-2017-519707 /IUC-D-2017-956399
Auto: Fallo de primera instancia-30-09-2020
Caso: Proyecto Vía La Prosperidad – Gobernación de Magdalena
CJOM/OLSC



PROPONÍA UTILIZAR PARA LA CONSTRUCCIÓN DE LOS TERRAPLENES EN EL TRAMO PALERMO – SITIO NUEVO DE AFIRMADO A TERRAPLÉN; SIN AJUSTAR EL ÍTEM DEL TRANSPORTE DEL MATERIAL; SIN CONSIDERAR EL FENÓMENO DE LA OLA INVERNAL QUE GENERÓ UN MAYOR AUMENTO EN LA ALTURA Y VOLUMEN DE LOS TERRAPLENES, ASÍ COMO SIN CONSIDERAR QUE LAS FUENTES DE MATERIALES EXISTENTES CUMPLIERAN CON LAS ESPECIFICACIONES TÉCNICAS Y CONDICIONES LEGALES.

Argumentos de Defensa: Insiste en que ninguna entidad pública o tercero proponente realizó observaciones al proyecto de pliego de condiciones de la licitación donde se advirtiera sobre la necesidad de actualizar los estudios y diseños entregados por el INVÍAS, por consiguiente, no puede reprochársele a su defendido que no hiciera actualización alguna de estos estudios cuando no fue advertida por nadie “ni siquiera por la misma Procuraduría” (folios 3747-3748)

Respuesta del despacho: Este asunto ya fue atendido por este Despacho en párrafos precedentes dado que también fue expuesto en sus descargos.

Argumentos de defensa: Finalmente retoma la discusión dado en sus descargos en lo atinente al contrato 620 de 2012 para señalar que como consecuencia de la revisión que se hiciera de esta contratación se advirtió que los estudios estaban desactualizados, entonces debió advertir a la gobernación de esta situación frente al contrato 617 de 2013.

Respuesta del Despacho: Sobre este asunto ya se pronunció esta Delegada en líneas anteriores.

6.1.2. **Respecto de la posible transgresión al principio de responsabilidad que rige la actividad contractual.**

Argumentos de defensa: En los argumentos expuestos en los descargos presentados, inicia el apoderado su disertación señalando frente a la afectación de la meta física como consecuencia de la “supuesta indebida planeación” “es claro que el INVÍAS antes de entregar los diseños al Departamento NO LOS ACTUALIZÓ y como consecuencia del estado de los diseños se afectó la meta física del proyecto”, situación que fue dada a conocer en el comité operativo del 27 de marzo de 2015 cuando la interventoría y el contratista presentaron un informe preliminar de la revisión de los estudios, diseños y del reconocimiento del sitio, junto con la identificación de las fuentes de material (folio 2448)

En este comité operativo se expuso que “... la distancia entre las cantidades del ítem del **material del transporte** y la distancia de la fuente de material se generaba una diferencia abismal entre 16 ksm a 90 kms aproximadamente, que era la ubicación en donde se encontraban las fuentes de material aptas que cumplían con los requisitos de calidad según las especificaciones del mismo INVÍAS.”

325

IUS E-2017-519707 /IUC-D-2017-956399
Auto: Fallo de primera instancia-30-09-2020
Caso: Proyecto Vía La Prosperidad – Gobernación de Magdalena
CJOM/OLSC



Agrega que en el mismo comité "... tanto el CONTRATISTA como la INTERVENTORÍA advirtieron que las **alturas terraplén previstos en los diseños debían ser incrementadas sustancialmente** por cuanto la nueva cota de inundación producto de la denominada OLA INVERNAL había afectado gravemente el trazado de la línea"

En cuanto a la cantera de la Fontana que era la cantera más cercana al proyecto señala que esta por sí sola no cumplía con las especificaciones técnicas del INVIAS para el terraplén pues debía ser mezclado con el de otras canteras, por ello no podía utilizarse de manera exclusiva.

Exponer que no ha existido un incremento injustificado en el valor del proyecto "pues en general lo que varió el precio de la obra fueron las cantidades de ítems que no se habían considerado por el INVIAS primigeniamente, que como se dijo en precedencia corresponden a las mayores cantidades de material para un determinado tramo dado el cambio sustancial de al línea de trazado y el **transporte en sí del material**, pues las canteras de donde se podía sustraer el material que cumplía con las condiciones requeridas por el INVIAS para la obra estaban ubicadas a distancias considerables que nunca fueron tenidas en cuenta por el INVIAS al momento de presentar los estudios y diseños. Y, las canteras que en su momento fueron tenidas en cuenta por el INVIAS para la ejecución de la obra, y, por ende, para la extracción del material, no contaban con las licencias ambientales cuando se inició la ejecución del proyecto, mientras que otras no proveían material en las condiciones exigidas" (folio 2421)

Por consiguiente, considera que a Luis Miguel Cotes Habeych no se le puede atribuir responsabilidad alguna en su condición de gobernador dado que no tenía la obligación de actualizar los estudios y diseños en fase III y por ende tampoco podría atribuírsele responsabilidad por la reducción del alcance físico del proyecto.

En los alegatos de conclusión el apoderado reitera que la reducción en el alcance físico de la meta de la vía de la prosperidad "*se debió a que los estudios y diseños presentado por el INVIAS que sirvieron como base de los estudios previos que se usaron en la licitación, se encontraban desactualizados, toda vez que no contemplaban los nuevos niveles a los que podría llegar el río Magdalena, en virtud del fenómeno extraordinario de la niña que había ocurrido en el año 2010*", por ello considera que a sus representando no se les puede imputar ninguna responsabilidad derivada de una falla en el diseño elaborado por el INVIAS. Y resalta que, "de la recolección de pruebas en la etapa de investigación, se concluye que sería un atropello a los principios de división de funciones y de confianza legítima endilgar responsabilidad a quien no tiene la obligación jurídica de elaborar los diseños." De ahí que considera que exigirle algún tipo de responsabilidad al disciplinable Luis Miguel Cotes Habeych sería una acción de invasión funcional a la órbita propia y especializada del INVIAS



Como consideraciones adicionales a las ya expuestas señala que “si bien es cierto que hubo que reconocer mayores valores de transporte al contratista, esto no es responsabilidad de LUIS MIGUEL COTES. Tal incremento en el rubro del transporte obedece a la ya ampliamente explicada, desactualización de los estudios presentados en fase III para iniciar la obra, la cual ya se ha dicho en repetidas ocasiones, es responsabilidad del INVIAS y no del ex gobernador” (folio 3756)

Y en cuanto al transporte de materiales desde la cantera la fontana menciona **“el hecho que la cantera la fontana entró en funcionamiento en el mes de marzo de 2016, momento en el cual el Dr. COTES HABEYCH ya no era el gobernador del departamento del Magdalena”**, razón por la cual no se puede endilgar ningún reproche a su representado cuando ésta entró en funcionamiento cuando el disciplinado ya no estaba ejerciendo el cargo frente al cual se les investiga (folio 3758).

Finalmente destaca que los mayores valores que fueron reconocidos en la obra tuvieron justificación y puntualmente frente al ítem de transporte señala que “(i) el reconocimiento de estos valores se generó por el hecho de la desactualización de los estudios y diseños, ii) además no es cierto que se haya podido usar exclusivamente la cantera la fontana, y, finalmente, iii) no es cierto que haya existido algún tipo de sobre costo injustificado en la obra” (folio 3759)

Asimismo, retoma la decisión de la Contraloría General de la República quien consideró que frente a los hallazgos sobre posible detrimento patrimonial derivados de mayores costos en el transporte no tenían ningún sustento y desestimó los reproches desde el punto de vista fiscal.

Respuesta del Despacho: En respuesta a los argumentos de defensa, este despacho reitera los planteamientos aludidos en el capítulo V especialmente lo indicado en los numerales 5.4.1. Pruebas indicativas que las especificaciones de los materiales de los estudios y diseños iniciales fueron modificadas en la licitación pública presentada por la gobernación de Magdalena, situación que incidió negativamente en los costos del transporte; 5.4.2. Pruebas indicativas que la problemática suscitada frente a las fuentes de materiales existentes en el proyecto, el aumento en las cantidades de materiales y costos de transportaron impactaron sustancialmente en la meta física de la obra y 5.4.3. Pruebas indicativas del conocimiento y advertencias de las diferencias entre lo presupuestado y lo real para la distancia de transporte de materiales del contrato para la actividad de terraplén, con la advertencia que frente a los posibles mayores costos generados con ocasión de la distancia de la fuente de material, si bien es cierto ello sucedió, como allí se anotó, también es cierto que no se pudo establecer una gestión antieconómica por parte de la gobernación desde el momento en que la cantera mas cerca al centro de gravedad del proyecto, es decir la Fontana, respecto de Palermo, empezó a operar legalmente en marzo de 2016, dado que esta por si sola no abastecía los requerimientos totales de materiales con las especificaciones diseñadas por el INVIAS, pues siempre se apoyó de la cantera RANCHO ALEGRE.



6.2. ANÁLISIS DE LA TIPICIDAD

En el pliego de cargos del 31 de mayo se consideró que LUIS MIGUEL COTES HABEYCH en su condición de gobernador del departamento del Magdalena pudo haber incurrido en la falta disciplinaria prevista en el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, toda vez participó en la etapa precontractual y en la actividad contractual de la estructuración y ejecución del proyecto de inversión pública conocido como vía de la prosperidad, materializado en el contrato de obra pública 617 de 2013 con desconocimiento de los principios que de economía y responsabilidad que rigen la contratación pública

Se consideró que conculcó el **principio de economía**, consagrado en los numerales 7 y 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, pues siendo designado por el OCAD como **ejecutor del proyecto** y, siendo **responsable de la dirección y manejo de la actividad contractual adjudicó** la licitación pública LP-DM-007-2012 y **celebró** el contrato de obra pública **con posibles deficiencias técnicas en la planeación del proceso constructivo** para el mejoramiento de la vía Palermo – Sitio Nuevo- Remolino – Guáimaro , en el departamento del Magdalena.

Asimismo, y en armonía con el principio de economía, se consideró que pudo transgredir el **principio de responsabilidad**, consagrado en los numerales 1°, 4° y 5° del artículo 26 de la Ley 80 de 1993, pues teniendo la responsabilidad de la dirección y manejo de la actividad contractual y la administración de bienes ajenos al parecer no cumplió los fines de la contratación objeto del proyecto vía de la prosperidad.

Las conductas se pueden concretar de la siguiente manera, acorde con lo definido en el pliego de cargo, relacionadas principalmente con deficiencias técnicas en la estructuración del proceso de contratación a partir del cual se ejecutaría el proyecto vía de la prosperidad debido a la inadecuada dirección del proceso contractual y la administración de los recursos públicos confiados.

1. Adjudicación y celebración de un contrato de obra pública con estudios y diseños desactualizados dado que no tuvieron en consideración la ola invernal del 2010 acaecida por el fenómeno climático de La Niña que cambió las condiciones físicas de la carretera objeto del proyecto.
2. Adjudicación y celebración del contrato de obra con un presupuesto definitivo desfasado y sin sustento frente a las especificaciones del material que se proponía utilizar para la construcción de los terraplenes, en el tramo Palermo- Sitio Nuevo, de *afirmado a terraplén*, sin ajustar el ítem de transporte de material, ni considerar el fenómeno de la ola invernal, que generó un mayor aumento en la altura y volumen de los terraplenes

328



3. Adjudicación y celebración del contrato de obra sin considerar que las fuentes de materiales existentes cumplieran con las especificaciones técnicas y condiciones legales
4. Afectación del alcance físico del proyecto inicial de 52.6 KM el cual se redujo a 18.3 Km como consecuencia de las deficiencias en la planeación
5. Generación de diferencia total en costo de transporte del material de terraplén con relación a la cantera la Fontana, más cercana a Palermo o centro de gravedad del proyecto.

1.- La falta imputada se encuentra contenida en el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, por la cual se expide el Código Disciplinario Único.

“Participar en la etapa precontractual o en la actividad contractual (...) con desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal (...) contemplados en (...) la Ley.

2.- La falta disciplinaria endilgada es considerada por la Ley 734 de 2002 como gravísima.

3.- Al momento de tipificar la falta disciplinaria, en atención a lo consagrado en la sentencia C-818 de 2015⁵⁹, se señalaron las reglas legales que desarrollaban y daban alcance en concreto a cada uno de los principios de la contratación estatal vulnerados y a través de un proceso de integración normativa dotando a cada uno de valor y sentido como sigue: (ver folios 2271 vuelto a 2277, numeral 5.7.-Normas violadas- del pliego de cargos)

PRINCIPIO	DISPOSICION LEGAL	DISPOSICION REGLAMENTARIAS O CONVENCIONALES
ECONOMIA	Ley 80 de 1993: Art. 25, num 7 y 12. Art. 30 num 1. Ley 1474 de 2011. Art. 87	Decreto 734 de 2012. Art. 2.1.1. Decreto 373 de 2012. Capítulo V Convenio 1266 de 2012 Convenio 649 de 2013. Cláusula Novena, numerales 4, 6, 8

⁵⁹ Para la configuración de una falta disciplinaria, se deben describir en términos absolutos, precisos e incondicionales las conductas que impliquen la existencia de una obligación, deber, prohibición, incompatibilidad o inhabilidad que impidan que el juzgamiento de una persona quede sometido al arbitrio del funcionario investigador. Ahora bien, los principios como norma jurídica también pueden ser objeto de complementación mediante la integración jurídica de su contenido normativo, ya sea a través de disposiciones constitucionales de aplicación directa o de normas de rango legal (o en términos generales: reglas), que permitan concretar de manera clara e inequívoca, las conductas prohibidas en materia disciplinaria. Se trata de acudir al empleo de la técnica de remisión del tipo disciplinario en blanco o abierto que exige para la constitucionalidad de la descripción de una infracción disciplinaria, la definición de un contenido normativo específico mínimo que garantice a los destinatarios de la norma, protección contra la aplicación arbitraria de la misma.



RESPONSABILIDAD	Ley 80 de 1993. Arts 3, 11. 26 numerales 1, 4 y 5. Ley 1530 de 2012. Art. 28	Acuerdo OCAD Caribe No. 23 del 25/05/2015. Art. 10.
-----------------	--	--

4.- En el concepto de violación del pliego de cargos se explicó cómo se vulneraron cada uno de estos principios.

5.-En el análisis probatorio se hizo la valoración de las pruebas allegadas y que fundamentaron el cargo formulado y este fallo de primera instancia.

6.- En el capítulo correspondiente a los hechos probados de este fallo de primera instancia se acreditó de manera fundada la existencia objetiva de cada unas las conductas endilgadas, el conocimiento y participación del disciplinable.

7.- Se indicaron cada una de las funciones y obligaciones a cargo del gobernador investigado y su relación y participación en el proyecto y contratación cuestionada.

6.2.1. Acreditación de los elementos típicos de la conducta endilgada en el pliego de cargos:

El Consejo de Estado ha sido reiterativo en definir las pautas para la realización de un adecuado juicio de tipicidad, así:⁶⁰

El proceso de subsunción típica de la conducta es una de las piezas fundamentales de todo acto que manifiesta el poder represor del Estado y constituye uno de los prerequisites necesarios de legalidad y juridicidad de toda sanción⁶¹ La decisión sancionatoria debe incluir en su motivación un proceso de subsunción típica de la conducta de la persona investigada bajo la norma sancionatoria aplicable. Se trata de un razonamiento que permite establecer la relación directa entre el supuesto descrito en la norma que establece la falta imputada y las circunstancias fácticas plenamente acreditadas, de cuyo análisis y verificación se establezca con certeza si encuadran o no en el componente descriptivo de la norma.

(...)

Ese proceso de adecuación típica implica un juicio de inmersión del hecho probado en cada uno de los elementos integrantes de la norma, a través de una interpretación bajo los criterios textual, sistemático y teleológico, que en forma razonada y razonable lleve a la certeza de que la conducta asumida por el disciplinado encuadra en los supuestos o

⁶⁰ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Radicado: 110010325000201400360 00. No. Interno: 1131-2014 Demandante: Gustavo Francisco Petro Urrego Demandado: Nación - Procuraduría General de la Nación Medio de Control: Nulidad y restablecimiento del derecho.

⁶¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda, Subsección A. Radicación Núm. 11001 03 25 000 2013 00117 00 (0263-13). Actor: Fabio Alonso Salazar Jaramillo contra la Nación - Procuraduría General de la Nación.



componentes normativos de la falta disciplinaria. La motivación del acto sancionatorio debe comprender una descripción completa, precisa y clara de cada uno de los supuestos de hecho a partir de los cuales la entidad realiza el proceso de adecuación típica, inclusive desde la imputación formulada en el pliego de cargos, lo que significa que esa descripción no puede obviarse bajo la premisa de que en el pliego se hizo con suficiente argumentación. El pliego de cargos, como acto de trámite, no integra el acto sancionatorio.

Así las cosas, corresponde entrar a determinar la acreditación de los elementos típicos de la conducta endilgada al tenor de lo establecido en el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, así:

1. Participar en la actividad precontractual o en la actividad contractual
2. Con desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal (economía y responsabilidad)

6.2.1.1. Participar en la actividad precontractual o en la actividad contractual.

Respecto al primero de los elementos de la tipicidad de la falta, esto es la **participación en la actividad precontractual y en la contractual** se acreditó en este proceso que el exgobernador participó en la planeación y estructuración del proyecto de inversión pública VIA DE LA PROSPERIDAD que se materializaría a través del contrato 617 de 2013 el cual **adjudicó y celebró**. Al respecto, valgan las consideraciones y demostraciones probatorias expuestas en los acápites:

- 5.1. *Pruebas de la definición y estrategia para la implementación del proyecto de inversión e infraestructura pública denominado vía de la prosperidad por parte de la gobernación de Magdalena.*
- 5.2. *Pruebas de la participación de los gobernadores del Magdalena en la actividad contractual del proyecto vía de la prosperidad a través de la contratación PÚBLICA*
- 5.3.10. *Pruebas indicativas de las obligaciones y deberes que a cargo de los gobernadores frente a la contratación pública adelantada para ejecutar el proyecto vía de la prosperidad, especialmente frente a la estructura de la licitación pública, estudios previos y en general la planeación del proceso constructivo.*

6.2.1.2. Desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal (economía y responsabilidad).

Frente al segundo elemento de la tipicidad, el desconocimiento de los principios de economía y responsabilidad corresponde analizar el caso concreto respecto a cada una de las conductas endilgadas:



(i) En cuanto a los **estudios y diseños desactualizados dado que no tuvieron en consideración la ola invernal del 2010 acaecida por el fenómeno climático de La Niña** se reiteran las consideraciones aludidas en el numeral 5.3. PRUEBAS DE LA DEFICIENCIA TÉCNICA EN LA PLANEACIÓN DEL PROCESO CONSTRUCTIVO PARA EL PROYECTO DE INVERSIÓN E INFRAESTRUCTURA CONOCIDO COMO VÍA DE LA PROSPERIDAD Y LA CONTRATACIÓN DE LA OBRA EN 2013 CON ESTUDIOS Y DISEÑOS DESACTUALIZADOS Y SUS IMPLICACIONES, SIN CONSIDERAR LA OLA INVERNAL O FENÓMENO DE LA NIÑA DEL 2010

(ii) Respecto a la adjudicación y celebración del contrato de obra con un **presupuesto definitivo desfasado y sin sustento frente a las especificaciones del material que se proponía utilizar para la construcción de los terraplenes**, proceden las consideraciones aludidas en los numerales 5.3.5 Pruebas indicativas que los estudios y diseños entregados por el INVIAS fueron el insumo para la licitación pública que adelantó la Gobernación de Magdalena y que culminó con la suscripción del contrato 617 de 2013 y 5.4.1. Pruebas indicativas que las especificaciones de los materiales de los estudios y diseños iniciales fueron modificadas en la licitación pública presentada por la gobernación de Magdalena, situación que incidió negativamente en los costos del transporte

(iii) En lo atinente la **afectación del alcance físico** del proyecto inicial de 52.6 KM el cual se redujo a 18.3 Km como consecuencia de las deficiencias en la planeación, y (iv) la falta de **definición, existencia y validación de canteras o fuentes de materiales** viables técnica y jurídicamente para el momento de inicio de la obra, aplican las consideraciones y demostraciones probatorias téngase en cuenta las consideraciones y análisis realizado en el numeral 5.4. - PRUEBAS DE LA DEFICIENCIA TÉCNICA EN LA PLANEACIÓN DEL PROCESO CONSTRUCTIVO PARA EL PROYECTO DE INVERSIÓN E INFRAESTRUCTURA CONOCIDO COMO VÍA DE LA PROSPERIDAD Y LA CONTRATACIÓN DE LA OBRA CON UN PRESUPUESTO DEFINITIVO DESFASADO Y SIN SUSTENTO EN EL QUE SE MODIFICARON LAS ESPECIFICACIONES DEL MATERIAL QUE SE PROPONÍA UTILIZAR PARA LA CONSTRUCCIÓN DE LOS TERRAPLENES EN EL TRAMO PALERMO – SITIO NUEVO DE AFIRMADO A TERRAPLÉN; SIN AJUSTAR EL ÍTEM DEL TRANSPORTE DEL MATERIAL; SIN CONSIDERAR EL FENÓMENO DE LA OLA INVERNAL QUE GENERÓ UN MAYOR AUMENTO EN LA ALTURA Y VOLUMEN DE LOS TERRAPLENES, ASÍ COMO SIN CONSIDERAR QUE LAS FUENTES DE MATERIALES EXISTENTES CUMPLIERAN CON LAS ESPECIFICACIONES TÉCNICAS Y CONDICIONES LEGALES.

(iv) Finalmente en lo concerniente a la presentación de una **diferencia total en costo de transporte del material de terraplén con relación a la cantera la Fontana, más cercana a Palermo o centro de gravedad del proyecto**, aplican las consideraciones puntuales de la parte final del numeral 5.4.1- *Pruebas indicativas que las especificaciones de los materiales de los estudios y diseños iniciales fueron modificadas en la licitación pública presentada por la gobernación de Magdalena, situación que incidió negativamente en los costos del transporte, donde se concluyó que* “Los anteriores testimonios que también encuentran respaldo en los informes de interventoría y pruebas de ensayo solicitadas en descargos por la defensa, contenidos en el oficio ADM-INVIAS-3795-2013-195 del 12 de noviembre de 2019, obrante en los folios 3554-3555 y 2 DVD en folios 3556, impiden objetivamente que este Despacho

332



mantenga su acusación frente a un posible costo de transporte del material de terraplén con relación a la cantera más cercana a Palermo, esto es la Fontana, en cuantía de \$1.279.878.988, 52, correspondiente al mayor valor estimado según los cálculos realizados con fundamento en el informe técnico de la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales, que se hubiera dejado de reconocer al contratista de obra por concepto de material de terraplén, si este se hubiera transportado desde la cantera LA FONTANA, dado que como se demostró esta cantera en ningún momento abasteció por sí sola la integridad de los materiales y en las mezclas requeridas, siempre tuvo apoyo de la cantera RANCHO ALEGRE.”

Es decir, la Procuraduría ha cumplido con la carga de demostrar los hechos sobre los cuales se hizo la imputación y que correspondían a las deficiencias técnicas en la planeación y estructuración del proyecto para la vía de la prosperidad que se ejecutaría a través del contrato 617 de 2013 y las consecuencias de ello en la reducción del alcance de la obra; por lo tanto, se han atendido los principios de apreciación integral de la prueba haciendo una valoración completa de las circunstancias de hecho y de derecho que antecedieron a la suscripción del contrato 617 de 2013, el impacto en el alcance del objeto del contrato y la desatención en los fines que se pretendían asegurar con este proyecto.

Si embargo, para que al anterior análisis quede perfeccionado corresponde determinar si esta adecuación probatoria encuadra en los supuestos o componentes normativos de la falta disciplinaria.

6.2.2. Principios de legalidad y tipicidad

Uno de los ejes fundamentales del discurso de defensa del apoderado se centra en manifestar que la Procuraduría estaría transgrediendo el principio de legalidad y por ende el de tipicidad, toda vez que considera la ausencia de una norma dentro del ordenamiento jurídico que obligue al entonces gobernador a revisar los estudios y diseños que iban a ser utilizados en la licitación pública, por ello agrega que, no puede haber ningún tipo de falta disciplinaria por incumplimiento de un principio, sino se violó ninguna norma que desarrolle el principio que se acusa de incumplido, además de no existir un nexo para comprobar la imputación objetiva.

Los principios de legalidad y tipicidad son piedra angular en el ejercicio punitivo del derecho sancionador del Estado a través de los cuales se busca evitar la arbitrariedad y capricho del juzgador que ejerce el poder punitivo del Estado. Su desconocimiento viola el debido proceso y el derecho de defensa que le asiste a los individuos.

En virtud del principio de legalidad se exige que (i) que el señalamiento de la falta y la sanción sean realizados por el legislador; (ii) que el señalamiento de la falta y la sanción sea previo a la comisión de la infracción, y (iii) que el señalamiento de la falta y la sean determinados plenamente y no determinables.



En la órbita del derecho disciplinario como parte del derecho sancionador o *ius puniendi* para la aplicación del principio de tipicidad como categoría dogmática y expresión del principio de legalidad se debe definir el (i) sujeto activo de la conducta sancionable; (ii) los deberes o funciones propios del cargo; (iii) la prescripción de los elementos básicos de la conducta infringida teniendo en consideración que al utilizar normas en blanco se debe hacer la remisión normativa precisa, y establecer criterios para determinar con claridad la conducta; y a partir de allí proceder a hacer la adecuación típica o la subsunción de la conducta frente al deber funcional infringido y la comisión de la falta disciplinaria sancionable, que constituiría el nexo para comprobar la imputación objetiva.

Así las cosas y dado que el desarrollo dogmático del derecho disciplinario se edifica en la *infracción del deber* y que a través de este régimen se busca la protección de la correcta marcha de la administración pública, siendo el servidor público el principal protagonista para ejecutar la misión encomendada por el Estado y la ciudadanía que lo eligió .-en el caso de los funcionarios de elección popular, como en el asunto que nos ocupa- , se encuentra acreditado que LUIS MIGUEL COTES HABEYCH como gobernador tenía a su cargo los siguientes **deberes, funciones y obligaciones**:

1. De conformidad con el manual específico de funciones, requisitos y competencias laborales de los empleos adscritos a la administración central departamental del Magdalena, contenido en el Decreto 071 de 2018, dado el cargo de GOBERNADOR, identificado con el código 001, grado 07 era el **ADMINISTRADOR** del departamento, y en tal virtud le correspondía promocionar y planificar el desarrollo económico y social dentro de su territorio en los términos establecidos por la Ley, razón por la cual se le exigen competencias fundamentales hacia la toma de decisiones, la orientación a resultados, el **LIDERAZGO** y la **PLANEACIÓN** pues precisamente el plan de desarrollo propuesto es su bandera, su guía y su norte para el desarrollo y bienestar de los habitantes de su territorio y en general de la comunidad que gobierna. La relación normativa que fundamenta lo indicado se encuentra en el acápite 5.7.1. que sustentó el pliego de cargos del 31 de mayo de 2019. Lo anterior también en concordancia con lo señalado en esta providencia en los numerales 5.2 y 5.3.10.
2. De conformidad con lo establecido en los artículos 3°, 11, 23, 26, numerales 1°, 4° y 5° de la Ley 80 de 1993; 28 de la Ley 1530 de 2012 y 10 del Acuerdo del OCAD CARIBE No, 23 de 2015, se acredita que el gobernador del Magdalena a nivel territorial tiene a cargo la competencia para **DIRIGIR Y MANEJAR LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL**, y en virtud de ello celebrar contratos con la finalidad de **buscar el cumplimiento de los fines de la contratación** en los cuales se hallan inmersos los fines del Estado y hacia

334

IUS E-2017-519707 /IUC-D-2017-956399
Auto: Fallo de primera instancia-30-09-2020
Caso: Proyecto Vía La Prosperidad – Gobernación de Magdalena
CJOM/OLSC



este propósito debe dirigir su actuar como mandatario territorial, así como **garantizar que los recursos destinados para un proyecto con cargo al sistema general de regalías, atiendan la finalidad** para la cual fueron aprobados y viabilizados y se ejecuten de conformidad con el régimen contractual aplicable a la entidad pública. La relación normativa que fundamenta lo indicado se encuentra en el acápite 5.7.2. que sustentó el pliego de cargos del 31 de mayo de 2019. Lo anterior también en concordancia con lo señalado en esta providencia en los numerales 5.2 y 5.3.10.

3. De conformidad con lo establecido en los artículos 25, numerales 7, 12, 30 numeral 1°, Ley 1474 de 2011, artículo 87, Decreto 734 de 2012, artículo 2.1.1., Decreto 373 de 2012, capítulo V en su condición de representante legal de la entidad estatal **era su deber, previo a la adjudicación de la licitación pública LP-DM-007-2012 y a la celebración del contrato de obra pública debía asegurarse que contara con los estudios y diseños que permitan establecer la viabilidad del proyecto y su impacto social, económico y ambiental.** La relación normativa que fundamenta lo indicado se encuentra en el acápite 5.7.3. que sustentó el pliego de cargos del 31 de mayo de 2019. Lo anterior también en concordancia con lo señalado en esta providencia en los numerales 5.2 y 5.3.10.
4. Acorde con lo establecido en cláusula quinta del convenio 1266 y cláusula novena del convenio 649 de 2013 el gobernador como representante legal del departamento y frente a la ejecución del proyecto para el mejoramiento de la vía Palermo – Sitio Nuevo Remolino Guáimaro , le correspondía **adelantar bajo su exclusiva responsabilidad el proceso de selección por licitación pública** de conformidad con lo establecido en la Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 1993, y el Decreto Reglamentario 734 de 2012, obligaciones que son concordantes con las que tenía a su cargo como ejecutor de proyectos de inversión viabilizados y aprobados por el OCAD Caribe con recursos del Sistema General de Regalías. La relación normativa que fundamenta lo indicado se encuentra en el acápite 5.7.4. que sustentó el pliego de cargos del 31 de mayo de 2019. Lo anterior también en concordancia con lo señalado en esta providencia en los numerales 5.2 y 5.3.10.

Bajo este contexto, en sede de tipicidad corresponderá establecer la afectación formal del deber sustancial, en tanto que, en sede de ilicitud, se deberá validar si la afectación del deber funcional fue sustancial y como impactó en los principios de la función pública.



En este orden de ideas cobra vital importancia el concepto de deber funcional como propio y especial del derecho disciplinario, pues acorde con lo señalado por las altas cortes “... las conductas que pertenecen al ámbito del derecho disciplinario, en general, son aquellas que comportan quebrantamiento del deber funcional por parte del servidor público. En cuanto al contenido del deber funcional, la jurisprudencia ha señalado que se encuentra integrado por (i) el cumplimiento estricto de las funciones propias del cargo, (ii) la obligación de actuar acorde a la Constitución y a la ley; (iii) garantizando una adecuada representación del Estado en el cumplimiento de los deberes funcionales. Se infringe el deber funcional si se incurre en comportamiento capaz de afectar la función pública en cualquiera de esas dimensiones. El incumplimiento al deber funcional es lo que configura la ilicitud sustancial que circunscribe la libertad configurativa del legislador, al momento de definir las faltas disciplinarias”⁶².

Entonces, en esencia **¿qué comprende el deber funcional?** Para atender este interrogante, el conferencista y tratadista experto en derecho disciplinario, profesor John Harvey Pinzón Navarrete en su libro *LA ILICITUD SUSTANCIAL EN EL DERECHO DISCIPLINARIO. Concepto, evolución y criterios teórico -prácticos para su correcto entendimiento*⁶³, ayuda a despejar este planteamiento así:

“Toda falta disciplinaria, cualquiera que ella sea, lleva implícito el desconocimiento del deber funcional. Es decir, si se incumple un deber, se infringe el deber funcional; si se incurre en una prohibición, se infringe el deber funcional; si hay una extralimitación de un derecho, se infringe el deber funcional; si hay una extralimitación de una función, se infringe el deber funcional; y si se incurre en cualquier comportamiento previsto por el legislador como falta, se infringe el deber funcional.

Por lo tanto, la expresión deber funcional es un concepto que recoge todas las posibilidades de falta disciplinaria. Esta afirmación permite distinguir entre deber funcional y aquellos conceptos que están relacionados únicamente con los *deberes* del servidor público y con las *funciones* que cada uno debe cumplir conforme al respectivo manual expedido por la entidad.

Es por ello que el despacho del procurador general de la nación, ante la poca claridad que hay sobre este especial aspecto, dijo lo siguiente:

⁶² Consejo de Estado. Sala de lo contencioso administrativo. Sección segunda subsección A Consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Radicación número: 11001-03-25-000-2011-00268-00(0947-11). Sentencia del doce (12) de mayo de dos mil catorce (2014)

⁶³ PINZÓN NAVARRETE JOHN HARVEY. *La Ilicitud sustancial en el derecho disciplinario*, páginas 42-44. 336



“Ahora bien, respecto del elemento **“deber funcional”** debe tenerse en cuenta que éste concepto es **omnicomprensivo** y, en consecuencia, aquel abarca el cumplimiento del catalogo de deberes propiamente dicho, el no incurrir en prohibiciones, no extralimitarse en el ejercicio de derechos y funciones y de abstenerse de violar el régimen de inhabilidades, incompatibilidades y conflictos de intereses, hipótesis que individualmente **son constitutivas de falta disciplinaria**, en los términos fijados por el artículo 23 del Código Disciplinario Único.

En consecuencia, cuando el artículo 5 del Estatuto Disciplinario refiere que la falta – como sinónimo de conducta – será antijurídica cuando “afecte el deber funcional”, tal categoría – **deber funcional**- debe entenderse como cualquiera de los eventos de una falta disciplinaria. Es por eso que también debe tenerse en cuenta que en las descripciones efectuadas por el legislador, en el artículo 48 del Código Disciplinario único como faltas disciplinarias gravísimas, **la categoría de *deber funcional* se encuentra igualmente inmersa en el tipo disciplinario**, pues la realización de cualquiera de dichas conductas señaladas taxativamente implica, al mismo tiempo, **el desconocimiento del deber funcional** que le asiste a los servidores públicos o particulares que ejercen funciones públicas⁶⁴. (Negrita fuera del texto)”

De manera que aquello que pretende establecer el apoderado, es decir, encontrar una norma concreta, puntual y específica que, de manera textual señale que el gobernador tenía como deber, *verbi gratia*, “*revisar los estudios y diseños que les fueron entregados con el fin de establecer si son serios, completos y suficientes*”, o “*indagar y preguntar si los estudios y diseños que le fueron entregados como soporte para una licitación pública se encuentran actualizados*”, desnaturaliza la finalidad del derecho disciplinario que busca a través de las reglas de sujeción especial garantizar la buena marcha de la gestión pública, exigiendo de los servidores públicos mayor diligencia, eficiencia e imparcialidad en el cumplimiento y atención de los asuntos encomendados, por ende este ordenamiento permite una mayor flexibilidad en las normas de reenvío que por virtud de los tipos abiertos corresponde aplicar y tener en consideración para definir la imputación objetiva.

En palabras del profesor Carlos Arturo Gómez Pavajeau⁶⁵ tenemos que:

En esa medida, las normas disciplinarias estructuradas en forma de tipos abiertos remiten a un complemento normativo, integrado por todas las disposiciones en las que se consagran los deberes, mandatos y prohibiciones aplicables a los servidores públicos; y es a este complemento al cual debe

⁶⁴ Despacho del procurador general de la nación. Fallo de segunda instancia del 11 de enero de 2011. Radicación IUS 2006-277830, IUC 021-151885-06

⁶⁵ El derecho disciplinario en Colombia. Estado del arte. Artículo presentado en el II Congreso Internacional de Derecho disciplinario, realizado en México durante los días 7 a 9 de septiembre de 2010, en el marco de la Confederación Internacional de Derecho disciplinario.



acudir el juez disciplinario al momento de decidir sobre la existencia de responsabilidad y la procedencia de las sanciones correspondientes. Así, “la tipicidad en las infracciones disciplinarias se establece por la lectura sistemática de la norma que establece la función, la orden o la prohibición y de aquella otra que de manera genérica prescribe que el incumplimiento de tales funciones, órdenes o prohibiciones constituye una infracción disciplinaria”⁶⁶. En igual medida, el juez disciplinario debe contar, al nivel de la definición normativa de la falla disciplinaria, con un margen de apreciación más amplio que el del juez penal, que le permita valorar el nivel de cumplimiento, diligencia, cuidado, prudencia con el cual cada funcionario público ha dado cumplimiento a los deberes, prohibiciones y demás mandatos funcionales que le son aplicables; ello en la medida en que “es necesario garantizar de manera efectiva la observancia juiciosa de los deberes de servicio asignados a los funcionarios del Estado mediante la sanción de cualquier omisión o extralimitación en su cumplimiento”⁶⁷. También se justifica este menor requerimiento de precisión en la definición del tipo disciplinario por el hecho de que asumir una posición estricta frente a la aplicación del principio de tipicidad en este campo llevaría simplemente a transcribir, dentro de la descripción del tipo disciplinario, las normas que consagran los deberes, mandatos y prohibiciones aplicables a los servidores públicos⁶⁸. De lo expuesto se puede concluir entonces que el sistema de tipos abiertos en materia disciplinaria, implica la existencia de un mayor margen de apreciación para el fallador disciplinario al momento de efectuar la adecuación típica de una conducta a la definición normativa de la falla a sancionar⁶⁹. Esto es, “las conductas o comportamientos que constituyen falta administrativa, no tienen por qué ser descritos con la misma minuciosidad y detalle que se exige en materia penal, permitiendo así una mayor flexibilidad”⁷⁰

También recientemente señaló la Corte Constitucional que ... en relación con el uso de conceptos indeterminados en normas que tipifiquen actos que se someten a sanciones disciplinarias, la jurisprudencia constitucional ha precisado que las normas del derecho disciplinario entran frecuentemente en conflicto con derechos fundamentales como la intimidad y la autonomía personal, colisiones que deben ser resultas a través de la ponderación de los bienes jurídicos en conflicto. En este sentido, resultan inconstitucionales aquellas normas que tipifican como faltas disciplinarias, conductas que no tengan relación con el desempeño de la función pública o no correspondan a ninguno de los deberes de los servidores públicos. De esta forma, aunque

⁶⁶ Sentencia C-404 de 2001.

⁶⁷ Ídem

⁶⁸ Sentencia T-1093 de 2004.

⁶⁹ Sentencia T-161 de 2009, M. P.: González Cuervo

⁷⁰ Sentencias C-921 de 2001, C-0099 de 2003, C-406 de 2004, C-343 de 2006 y C-242 de 2010



se admite la validez constitucional de tipos abiertos en las conductas constitutivas de faltas disciplinarias, ante la imposibilidad de contar con un catálogo de conductas donde se subsuman todas aquellas que se alejen de los propósitos de la función pública y por ende resulten sancionables, esto no significa que en la tipificación de tales faltas se pueda utilizar expresiones ambiguas, vagas e indeterminadas que quebranten el principio de legalidad y tipicidad consagrado en el artículo 29 de la Constitución, fundamental en el derecho sancionatorio.⁷¹

Pero de significativa importancia, por cuanto morigera los efectos negativos de los tipos en blanco, respecto de la seguridad jurídica, ... la Corte recordó que en materia disciplinaria, la ley debe orientarse a asegurar el cumplimiento de los deberes funcionales que le asisten al servidor público o al particular que cumple funciones públicas, pues las faltas le interesan al derecho disciplinario en cuanto interfieran tales funciones⁷².

Es por ello, por lo que, el profesor PINZON NAVARRETE alude lo siguiente:

Es bastante usual que algunos abogados litigantes confundan – o quieran hacer confundir a la autoridad disciplinaria – los conceptos de deber funcional con las funciones propiamente dichas que debe observar el servidor público, **al punto que esgrimen que si el comportamiento por el cual se llama al disciplinado no está escrito en el manual de funciones entonces ello no puede ser falta, pues no habría, según esta particular tesis, un deber funcional que** afectar. Esta consideración es completamente equivocada y alejada de la realidad, por cuanto muchos comportamientos, entre ellos los que correspondan con faltas gravísimas por casos de corrupción, inhabilidades o incompatibilidades o determinadas prohibiciones, entre muchos otros, nada tienen que ver con las *funciones* del cargo, pero sí todo que ver con el concepto de *deber funcional*, pues de incurrir en dichas conductas este resultaría afectado.

Así, por ejemplo, si un servidor público comete una conducta de promoción y colaboración con grupos al margen de la ley, exige indebidamente sumas de dinero, o si abandona su cargo, afecta su deber funcional, aunque ninguna de esas opciones tenga nada que ver con el respectivo manual de funciones. Por ello, puede decirse que todo incumplimiento del manual de funciones conlleva la afectación del deber funcional, pero no toda afectación del deber funcional siempre tiene que ver con las funciones establecidas en los respectivos manuales. Estas e una imperiosa distinción que debe quedar clara desde el

⁷¹ Sentencia C-350 de 2009, M. P.: Calle Correa. De todos modos es claro, según Sentencia C-242 de 2010, que en “el ámbito del derecho administrativo sancionador el principio de legalidad se aplica de modo menos riguroso que en materia penal, por las particularidades propias de la actividad sancionadora”.

⁷² Ídem



momento en que se formula el respectivo cargo, pues los sujetos procesales siempre encuentran en estas situaciones una muy buena posibilidad de esgrimir con éxito cargos antifibológicos.”⁷³ (Negritas fuera del texto original)

En conclusión se encuentra demostrado que al entonces gobernador del Magdalena, LUIS MIGUEL COTES HABEYCH tenía a su cargo un conjunto de deberes, funciones y obligaciones que le implicaban **salvaguardar** los recursos públicos asignados, garantizar el cumplimiento de los fines de la contratación, **adelantar** bajo su exclusiva responsabilidad la licitación pública, **dirigir** la actividad contractual; **garantizar** la correcta ejecución de los recursos asignados del sistema general de regalías para el proyecto de inversión, **buscar** el cumplimiento de los fines de la contratación; **administrar** el departamento con autonomía y suficiencia, **obtener** de manera previa a la contratación de las obras los diseños, planos, estudios, permisos de explotación de canteras o de intervención que se requieran, y en ese orden de ideas **garantizar y asegurar** que los estudios y diseños con que contara cumplieran con la viabilidad del proyecto; por ende, rayaría en lo absurdo pretender que él directamente, como gobernador, independiente de su carrera, aún si fuera ingeniero civil o profesión afín, tomará los planos, hiciera cálculos matemáticos, corriera programas de modelación, fuera a terreno y efectuara mediciones, pues su calidad era la de ADMINISTRADOR DE UN ENTE TERRITORIAL, DIRECTOR DE LA CONTRATACION, CUSTODIO DE RECURSOS PUBLICOS O BIENES AJENOS y en tal sentido podía impartir directrices e instrucciones, como lo haría un buen gerente público, tendientes a cumplir la finalidad del proyecto y proteger los intereses de la entidad en beneficio de la comunidad, deberes funcionales que omitió y desatendió de manera negligente, imprudente y hasta descuidada.

6.2.3. Principio de economía.

A través del principio de economía se pretende que los recursos públicos en la contratación estatal se utilicen de manera racional, buscando la mejor relación costo/beneficio, se impongan menores cargas posibles a los particulares interesados en colaborar con la administración y en todo caso se evite el despilfarro o la malversación de fondos dado que se debe proteger el patrimonio estatal, razón por la cual una adecuada planeación puede garantizar el cumplimiento de estos cometidos.

El deber de planeación como manifestación del principio de economía demanda de una correcta dirección en la actividad contractual para asegurar que el proyecto definido para satisfacer las necesidades de la comunidad que se administra cumpla con sus cometidos, por ello se exige y corresponde asegurar que este precedido de estudios de orden técnico, financiero y jurídico acordes con los planes de desarrollo y de gobierno.

⁷³ PINZÓN NAVARRETE JOHN HARVEY. La Ilícitud sustancial en el derecho disciplinario, páginas 42-44. 340



Los estudios previos involucran varios componentes desde el análisis de la necesidad, la determinación del presupuesto, la escogencia de la modalidad contractual, la forma de escoger al contratista, las especificaciones del bien o servicio a contratar, y de ser necesario se acompañar de los diseños y planos que permitan establecer la viabilidad del proyecto y su impacto, social económico y ambiental.

Es importante que los estudios y diseños que serán empleados en cualquier contratación pública se adecuen a las necesidades y objetivos esperados con el proyecto, de ahí la importancia de contar con estudios serios, completos, reales y viables.

La realización de los estudios y diseños no obedece a un capricho del legislador, ni tampoco corresponde un documento formal para atender de manera ligera y sin rigor alguno un requisito legal; es un presupuesto esencial y fundamental, es la base o cimiento de una contratación y que ésta salga avante.

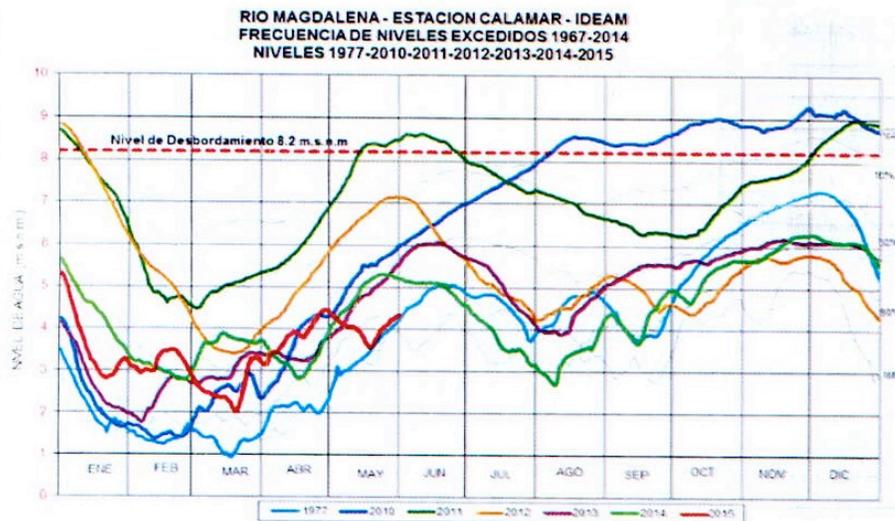
En la conceptualización de un proyecto del impacto y cuantía como el de la Vía de la Prosperidad, la entidad contratante debe caracterizarse por su diligencia y rodearse de profesionales de calificadas condiciones, quienes deben estar prestos para detectar yerros técnicos de razonables dimensiones, quienes actuarán bajo el liderazgo y conocimiento del entorno del director de la actividad contractual a quien le corresponde encaminar todo su liderazgo y conocimiento del entorno en la toma de decisiones que evidencien una adecuada planeación y guíen su equipo de trabajo y la entidad que administra hacia una gestión eficaz y orientada a resultados, que lleven a feliz término los fines que con la contratación e inversión de recursos públicos se pretenden en procura del mayor beneficio colectivo.

En el caso que ocupa esta extensa y rigurosa investigación, los estudios y diseños empleados por la gobernación de Magdalena para la licitación pública LP-DM-007-2012 que culminó con la adjudicación y celebración del contrato de obra pública 617 de 2013 y así llevar a cabo el proyecto de la vía la prosperidad para el mejoramiento de los tramos Palermo – Sitio Nuevo – Remolino – Guáimaro , adyacentes a la ribera del río Magdalena no obstante ser considerados y calificados como diseños definitivos, fase III, por encontrarse en el máximo nivel de maduración de proyectos, al contar con una ingeniería de detalle, con preparación de planos finales para la construcción de obras, éstos habían sido elaborados en los años 2008 y 2009, y en el interregno para su utilización y aplicación, posterior al año 2013, ocurrió la ola invernal por el fenómeno climático de La Niña – de conocimiento e impacto nacional - que generó cambios sustanciales en el trazado y especificaciones de la vía, que requerían de la actuación diligente del Jefe de la Administración Departamental.

Así lo refirió la interventoría de la obra en su informe final que vale la pena destacar y traer a colación dado que resume de manera técnica toda la problemática

suscitada frente a la desactualización de los estudios y diseños y su incidencia y alto impacto negativo en la obra, aspectos que fueron decantados y probados en este proceso disciplinario.

- ✓ No consideración de los máximos caudales presentados en los años 2010 y 2011, los diseños de la Licitación habían sido elaborados entre 2008 y 2009.



Estos caudales máximos del 2010 y del 2011, generaron aumentos en las cotas de diseño del terraplén y por consiguiente en la sección y volumen, generando mayores cantidades de obra, como se muestra a continuación:

- ✓ La desactualización de las fuentes de material, por deficiencias técnicas, escasez de volúmenes de explotación, ilegalidad minera y ambiental, requirió que el CONSORCIO RIBERA ESTE usara inicialmente las fuentes ubicadas en el sector de Arroyo de Piedra del municipio de Luruaco – Atlántico, las cuales distaban a 82 kilómetros aproximadamente de Palermo. De manera posterior, se buscaron nuevas alternativas que generaron la disminución de las distancias de acarreo como el transporte multimodal empleando el río Magdalena, la mezcla de materiales de canteras como LA FONTANA y RANCHO ALEGRE, que lograron disminuir la distancia de acarreo a 50 kilómetros hasta Palermo. A continuación se relaciona la revisión de las fuentes propuestas en las Estudios y diseños inicialmente entregados para el proyecto.

ESTUDIOS FASE III		
PALERMO - SITIONUEVO (INVIAS CONTRATO 1873)		
	Cantera	Distancia al centro de Gravedad (km)
El Estudio propone Afirmado en lugar de material de Terraplén	Puerto Colombia - Lomita de Arena	50(*)
	Péndales Zona de Arroyo de Piedra	100
Subbase/Base	Arroyo de Piedra	100
Mezcla asfáltica	Arroyo de Piedra	100
SITIONUEVO-REMOLINO-GUAIMARO		
	Cantera	Distancia al centro de Gravedad (km)
Terraplén	Leñas (2)	82(1) (**) (***)
	Juan de Acosta	70(*)
	Juan Mina	40 (*) (***)
	Pivijay	70 (**)
Subbase/base	Leñas (2)	82 (1) (**) (***)
	Arroyo de Piedra	108 (1)
	Juan de Acosta	70 (*)
	Pivijay (3)	70 (**)
	Ciénaga	93
Mezcla Asfáltica	Arroyo de Piedra	108 (1)

Ubicación fuentes de material, diseños iniciales (INGEOCIM LTDA y la VIALIDAD LTDA):



La desactualización de las fuentes de material propuestas en los Estudios y diseños, generó un desfase presupuestal para el contrato de obra No. 617 de 2013 para el tramo Sitionuevo – Palermo de \$32.000 millones de pesos aproximadamente.

343

- ✓ Desactualización del Estudio de puentes del proyecto: En el sector caño Aguas

Negras los Estudios de la Licitación proponen la construcción de 2 puentes de 27 metros de longitud cada uno, sin embargo en la actualidad se tienen instalados 2 puentes provisionales de 50 y 93 metros de longitud, que debían ser reemplazados por dos puentes de estas mismas longitudes. Por otra parte el proyecto no consideró la construcción del puente caño El Clarín. Esta obligó a realizar nuevos diseños como el caso del puente el Clarín y generando un desfase presupuestal en el contrato de \$48.000 millones de pesos aproximadamente.

- ✓ La desactualización del estudio de obras de drenaje, requirió actualizar el volumen de hidráulica y realizar un volumen nuevo estructural del tramo Sitionuevo – Palermo, ya que el consultor inicial propuso mantener las obras existentes y solo ampliarlas según la nueva sección transversal. Esta situación difiere de la realidad toda vez que estas obras presentaban un alto estado de deterioro estructural, además resultaban insuficientes hidráulicamente para mantener el equilibrio hídrico entre el río Magdalena y la ciénaga grande, según solicitud de CORPAMAG. Dicha situación produjo un desfase en el contrato de obra de \$17.000 millones de pesos aproximadamente.

COMPARATIVO DE OBRAS DE DRENAJE TRAMO SITIONUEVO - PALERMO SEGÚN ESTUDIOS DE INGEOCIM - DISEÑOS DE CONSORCIO RIBERA ESTE Y RESOLUCIÓN DE CORPAMAG

DISEÑO	CANTIDAD	LONGITUD PROMEDIO (M)	AREA PROMEDIO (M2)	COSTO A PRECIOS DEL CONTRATO No. 617 DE 2013 CON AIU 30%	INCREMENTO (%)
OBRAS PROYECTADAS DISEÑOS PREVIOS INGEOCIM LTDA	63	7,3	1,4	\$ 1.292'183.252,0	0,0%
OBRAS PROYECTADAS DISEÑOS CONSORCIO RIBERA ESTE	52	20,7	7,9	\$ 9.535'998.253,4	638,1%
OBRAS PROYECTADAS SEGÚN DISEÑOS DEL CONSORCIO RIBERA ESTE Y REQUERIMIENTO DE CORPAMAG	69	22,75	5,9	\$ 12.653'536.144,0	879,4%

- ✓ Otras de las inconsistencias encontradas en el presupuesto respecto a los diseños iniciales, es el error en el presupuesto de la Licitación para el transporte de material de terraplén tramo Sitionuevo – Palermo, al convertir para la licitación las cantidades de AFIRMADO propuesto en los diseños al ítem de TERRAPLÉN Especificación INV 220-07 de la Licitación, no se consideró el material ni el transporte de terraplén. Esta situación indujo en un desfase presupuestal inicial a costos del contrato de obra No. 617 de 2013 de \$63.000 millones de pesos.

PALERMO-SITIONUEVO - (CONTRATO DE ESTUDIOS N°1873 DE 2007)		
	M3 ESTUDIO	M3 TERRAPLEN ESTABLECIDOS EN LICITACION
Afirmado (APU Incluye Transporte) - cantidad asumida como Terraplén	645.903	645.903
Transporte terraplén (con cantidades de afirmado)	0	0
Transporte material excavación	7.917	7.917

Esta situación se reflejó en el presupuesto de la Licitación, donde se deducía una distancia de transporte de material de terraplén de 12 kilómetros, situación no acorde con los diseños donde la menor distancia de acarreo según las fuentes de material propuestas es de 40 kilómetros

EXPLANACIONES Y TRANSPORTES					
1	Desmonte y limpieza de zonas no boscosas	Ha	96,53	2.555.184,00	246.651.911,52
2	Excavaciones varas sin clasificar de la explanación, cortes, canales y préstamos	m ³	685.210,40	7.557,00	5.178.134.992,80
3	Terraplén	m ³	900.170,69	8.528,00	7.676.655.644,32
4	Pedraplen	m ³	98.356,48	134.528,30	13.231.700.541,44
5	Transporte de materiales provenientes de la excavación de explanación, canales y préstamos para distancias mayores de mil metros (1.000m)	m ³ -km	14.067.696,80	1.025,00	14.419.389.220,00

COMPARATIVO DE OBRAS DE DRENAJE TRAMO SITIONUEVO - PALERMO SEGÚN ESTUDIOS DE INGEOCIM - DISEÑOS DE CONSORCIO RIBERA ESTE Y RESOLUCIÓN DE CORPAMAG

DISEÑO	CANTIDAD	LONGITUD PROMEDIO (M)	AREA PROMEDIO (M2)	COSTO A PRECIOS DEL CONTRATO No. 617 DE 2013 CON AIU 30%	INCREMENTO (%)
OBRAS PROYECTADAS DISEÑOS PREVIOS INGEOCIM LTDA	63	7,3	1,4	\$ 1.292'183.252,0	0,0%
OBRAS PROYECTADAS DISEÑOS CONSORCIO RIBERA ESTE	52	20,7	7,9	\$ 9.535'998.253,4	638,1%
OBRAS PROYECTADAS SEGÚN DISEÑOS DEL CONSORCIO RIBERA ESTE Y REQUERIMIENTO DE CORPAMAG	69	22,75	5,9	\$ 12.653'536.144,0	879,4%

- ✓ Otras de las inconsistencias encontradas en el presupuesto respecto a los diseños iniciales, es el error en el presupuesto de la Licitación para el transporte de material de terraplén tramo Sitionuevo – Palermo, al convertir para la licitación las cantidades de AFIRMADO propuesto en los diseños al ítem de TERRAPLÉN Especificación INV 220-07 de la Licitación, no se consideró el material ni el transporte de terraplén. Esta situación indujo en un desfase presupuestal inicial a costos del contrato de obra No. 617 de 2013 de \$63.000 millones de pesos.

PALERMO-SITIONUEVO - (CONTRATO DE ESTUDIOS N°1873 DE 2007)		
	M3 ESTUDIO	M3 TERRAPLEN ESTABLECIDOS EN LICITACION
Afirmado (APU Incluye Transporte) - cantidad asumida como Terraplén	645.903	645.903
Transporte terraplén (con cantidades de afirmado)	0	0
Transporte material excavación	7.917	7.917

Esta situación se reflejó en el presupuesto de la Licitación, donde se deducía una distancia de transporte de material de terraplén de 12 kilómetros, situación no acorde con los diseños donde la menor distancia de acarreo según las fuentes de material propuestas es de 40 kilómetros

EXPLANACIONES Y TRANSPORTES					
1	Desmonte y limpieza de zonas no boscosas	Ha	96,53	2.555.184,00	246.651.911,52
2	Excavaciones varias sin clasificar de la explanación, cortes, canales y préstamos	m ³	685.210,40	7.557,00	5.178.134.992,80
3	Terraplen	m ³	900.170,69	8.528,00	7.676.655.644,32
4	Pedraplen	m ³	98.356,48	134.528,00	13.231.700.541,44
5	Transporte de materiales provenientes de la excavación de explanación, canales y préstamos para distancias mayores de mil metros (1.000m)	m ³ -km	14.067.696,80	1.025,00	14.419.389.220,00

De manera que, **se considera que las conductas investigadas y debidamente probadas vulneraron el principio de economía por las siguientes razones;**

1. El disciplinado ostentaba la condición de servidor público, elegido por una comunidad electoral para representarlos como gobernador del departamento del Magdalena y en tal condición, **tenía la responsabilidad de la dirección y manejo de la actividad contractual**, que en este caso correspondía a la realizada por esa entidad territorial para el mejoramiento de la vía Palermo – Sitio Nuevo Remolino Guáimaro y respecto de la cual el señor Luis Miguel Cotes Habeych, mediante el oficio con radicación ante el INVIAS 87753, del

346



28 de agosto de 2012, le había solicitado a ese Instituto la realización de un convenio interadministrativo con el fin que le permitiera al departamento intervenir, esa vía nacional, en el sector Salamina –Palermo, que hace parte del tramo 2702 de la ruta 2700, a efectos de invertir recursos del Sistema General de Regalías, asignados al departamento a través de fondos de compensación regional y desarrollo regional, que en efecto solicitó ante el OCAD Caribe y le fueron aprobados previa presentación del proyecto.

2. El disciplinable **tenía la responsabilidad de dirigir el proceso de contratación a través del cual el proyecto buscaba atender los fines de la contratación**, en este caso, servir a la comunidad y promover la prosperidad general pues como se indicó en los estudios previos del proceso licitatorio, *“El área de influencia de las poblaciones entre Salamina y Palermo es apta para el desarrollo de la ganadería, la agricultura y la pesca. Tiene buenas perspectivas de desarrollo por encontrarse cercana a centros urbanos como Santa Marta y Barranquilla, y es zona estratégicamente ubicada en el marco de los TLCs firmados por el Gobierno Nacional, para la interconexión vial que mejore la movilidad y la competitividad en la costa caribe y su integración con el interior del país.”*
3. Al gobernador departamental el manual de funciones **le exige unas contribuciones especiales y unas competencias para el ejercicio del cargo a partir de las cuales su conducta como servidor público que ostenta el máximo cargo directivo debe estar precedida por un alto liderazgo orientado con diligencia hacia una adecuada planeación, conocimiento del entorno, dirección y desarrollo del personal para la toma de decisiones orientadas a resultados eficaces.**
4. La vía, según se indicó en los estudios previos de la licitación, para la época de su publicación, 18 de diciembre de 2012, se encontraba “en tierra, lo que no es apropiado ni atractivo para su uso, año tras año se vuelve prácticamente intransitable, por los desbordamientos del río Magdalena que ocasionan inundaciones que afectan a las poblaciones ribereñas como Plato, Heredia, Pedraza, Sitio nuevo, Salamina, el Piñon, quedando durante ese tiempo relativamente aisladas.” Es decir que por parte del mandatario territorial, para la fecha que extendió la invitación de convocatoria pública, en la cual se publicaron también los estudios previos, conocía no solo la situación geomorfológica de la vía, sino las características hidrográficas que padecía producto de los desbordamientos del río Magdalena y las inundaciones que como consecuencia de ello padecía la comunidad que sería favorecida directamente del proyecto, al que se le denominó vía de la prosperidad, precisamente por los beneficios que tendría para la región.



5. El señor Luis Miguel Cotes Habeych como gobernador del Departamento del Magdalena en su plan de gobierno o Plan de Desarrollo del Departamento del Magdalena 2012-2015 “Construyendo Respeto por el Magdalena”, se comprometió a llevar a adelante este proyecto, pues en el objetivo estratégico No. 3 (Fortalecer las principales apuestas productivas de competitividad) se encuentra el programa No. 2, denominado “Via de la Prosperidad, destacando que: (i) la vía será el eje que integrará el desarrollo de la región, situación que se debería aprovechar para reubicar los corregimientos, los hospitales, escuelas en alto riesgo y la reconstrucción de puentes e infraestructura; (ii) generará nuevos polos desarrollo al habilitar más de 350 mil hectáreas para Producción; (iii) con la construcción de la vía – dique se protegerá las zonas aledañas al río Magdalena de las recurrentes inundaciones en época invernal y en los tramos de viaducto permitirá el flujo natural entre el río y las ciénagas para la recuperación de flora y fauna nativas, el diseño considera la construcción de reservorios para aprovechamiento de los excesos de agua del invierno en verano, de los cuales no se advierte cumplimiento dado que por las deficiencias en la planeación, ya señaladas el alcance del contrato se redujo drásticamente.
6. Aunque los testimonios de funcionarios y contratistas de la gobernación y el mismo investigado indican que los estudios y diseños por ser certificados en fase III, estaban “listos para construir”, realmente “no estaban listos para construir” en el 2012-2013, pues estos datan del 2008-2009 y claramente el mandatario departamental sabía que con posterioridad a la terminación de estos diseños, había ocurrido una ola invernal en los años 2010-2011, la cual había afectado la región que sería destinataria de la obra.

Así lo expresó el gobernador Luis Miguel Cotes Habeych, en su plan de gobierno:

“La Emergencia invernal del fenómeno de la Niña 2010-2011 en el Magdalena generó pérdidas no cuantificadas ni reparadas aún, lo más preocupante es que no se está preparado para la emergencia 2012 y mientras no se construya la vía, año tras año, los inviernos serán más fuertes y arrasadores. (i) 67.604 familias damnificadas (338.020 personas). (ii) 16 víctimas fatales, 39 personas heridas (iii) 30.582 viviendas, de las cuales hay que reubicar 5.221, reconstruir 4.685 y 20.666 deben ser reparadas. (iv) El área afectada alcanzó las 366.807 ha, lo que equivale al 22,6% de la extensión territorial del Magdalena. (v) 81.121 hectáreas de cultivos, de las cuales 64.869 son cultivos de pan-coger. 45.482 pequeños productores perdieron sus cultivos. (vi) Las pérdidas al sector agrícola sobrepasaron los \$250 mil millones. (vii) Las pérdidas al sector pecuario: 6.645 reses muertas (\$3.322 millones); en el subsector lechero \$62.012 millones, de dejó de producir más de 83 millones de litros en cinco meses. (viii) El 62% de las vías están en tierra; en la temporada invernal son intransitables; el 22,85% de las vías son en afirmado, mostrando pésimo estado por lluvias e inundaciones. (ix) De 954 sedes educativas que existen, 236 afectadas, de ellas 94

348



sufrieron por inundación y 142 fueron utilizadas de albergue, afectando a 60 mil estudiantes. (x) La infraestructura de salud se inundaron 4 Hospitales (Pedraza, Cerro de San Antonio, Santa Bárbara de Pinto y San Zenón), 46 Puestos de Salud y 3 centros de Salud.

7. En los estudios previos para la licitación pública dirigida por LUIS MIGUEL COTES HABEYC, se hicieron las siguientes consideraciones en torno a las condiciones hidrográficas de la zona que pretendía beneficiar con este proyecto.

“La tenencia ascendente de los niveles del río Magdalena durante las épocas de invierno genera inundaciones en toda la cuenca baja del río, siendo los primeros afectados los municipios ribereños a lo largo de su margen que atraviesa el Departamento del Magdalena.

El estado de la infraestructura adyacente al río que incluye diques, terraplenes, muros de contención y carreteras, se ven amenazados constantemente por las filtraciones que causan las aguas, sumado a la desprotección que presentan las bancas, la erosión que las amenaza todo sumado a la ausencia de una capa de rodadura que las proteja y minimice su impacto, ya que se encuentra en afirmado.

En este escenario, se requiere aumentar el nivel actual de la vía dique para impedir los problemas de inundación en la misma y la colocación de una capa asfáltica, como parte de una estructura adecuada, incluyendo la construcción de puentes, compuertas o viaductos que permitan el flujo natural entre el río y las ciénagas, lo cual se logrará mediante la optimización del trazado de la vía existente, utilizando el máximo la infraestructura existente y mejorando su diseño geométrico.”

8. Con fundamento en lo anterior, no puede aceptarse que el hoy exgobernador del departamento del Magdalena quiera desconocer la realidad de la época y abstraerse de sus deberes y obligaciones frente a la licitación pública que dirigía y de paso con ello pretender justificar que era imposible e imprevisible advertir que los estudios y diseños técnicos que soportarían el proceso licitatorio podrían llegar a ser inviables, dejando toda la responsabilidad de los ajustes en manos del contratista cuando las condiciones climáticas, físicas, hidrográficas de la zona, las expone ampliamente en otros documentos como los estudios previos y el plan de desarrollo departamental. Su actuar diligente hubiera sido encaminado a indagar siquiera por la viabilidad y vigencia de esos estudios y diseños para el momento de emplearlos, en una obra de semejante impacto nacional y regional.
9. Dado la condición de LUIS MIGUEL COTES HABEYCH como administrador del ente territorial, gestor y ejecutor de un proyecto de inversión pública, declarado de importancia estratégica para el país, director de la actividad contractual y del proceso contractual, aunado a su formación profesional de administrador de empresas, le correspondía actuar con diligencia e impartir

349



las instrucciones propias para llevar a cabalidad el mandato conferido, al menos preguntar si conforme a las condiciones climáticas, topográficas e hidrológicas de la zona, se habían dispuesto las previsiones mínimas que atendieran todo lo expuesto en el documento de estudios previos de la licitación, empero ningún testimonio da cuenta de ello, sencillamente en el afán de protagonismo y de registros fotográficos del inicio de una obra se desatendieron los mínimos principios de administración y planeación.

*“obsérvese que **el legislador le traslada la obligación perentoria e inobjetable, a los responsables de la contratación de cada entidad estatal, de seleccionar, definir y perfeccionar los objetos a contratar a través de estudios, diseños o proyectos, de manera que se puedan visualizar sus más profundas intimidades, con el propósito de obtener los elementos objetivos para elaborar los pliegos de condiciones o términos de referencia(...)** No quiere el legislador que falten, cuando se requieran, estudios, diseños o proyectos; ni mucho menos que ellos se realicen de manera mediocre, superficial o incoherente. La exigencia del legislador es la de estudios, diseños y proyectos, plenos, cabales, integrales que no generen dudas en cuanto al objeto a contratar o cuya materialización resulte frustrante en virtud de sus deficiencias y que sea viable cuando se ejecute para cumplir con una finalidad a la Administración o a la comunidad; es decir, el proyecto, por su misma esencia debe ser completo”⁷⁴ (lo resaltado fuera de texto).*

10. **Precisamente el artículo 87 de la Ley 1474 de 2011 le impone como director y encargado de la contratación que previo a la apertura de un proceso de selección, y a la firma del contrato, deberán elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos, y los pliegos de condiciones, según corresponda, destacando que Cuando el objeto de la **contratación incluya la realización de una obra**, en la misma oportunidad señalada en el inciso primero, la entidad contratante deberá contar con los estudios y diseños que permitan establecer la viabilidad del proyecto y su impacto social, económico y ambiental.**

De ahí que la identificación técnica y económica del objeto a contratar es profunda y va más allá de un requisito formal. Desde el punto de vista técnico se requiere realizar los estudios necesarios y en el evento que otras entidades hagan los estudios y le sean entregado, lo mínimo que corresponde es verificar su actualización y adaptación a la zona de intervención para el momento en que se van a ejecutar.

⁷⁴ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando; “Delitos de Celebración Indebida de Contratos – Análisis con fundamento en la Teoría General del Contrato Estatal”;-Universidad Externado. Bogotá, julio de 2002. Pag. 150.



11. De ser cierto como lo alegan que los estudios fase III son listos para construir y aceptar tal tesis sin mirar el contexto en el tiempo y en la zona de influencia o aplicación, sería como decir que en materia de ingeniería civil, de obras, de vías, no es permitido hacer ajustes ni modificaciones a los trazados y cálculos efectuados, y tal afirmación sería un despropósito, pues para no ir mas lejos, precisamente la misma gobernación de Magdalena en esta contratación dirigida por el señor Luis Miguel Cotes Habeych, modificó las especificaciones del presupuesto establecido para el tramo Palermo – Sitio Nuevo al modificar el material para terraplén de afirmado a terraplén, sin ninguna justificación o consideración técnica o cálculos o estudios y en volúmenes prácticamente idénticos, desconociendo que esa modificación implicaría además ajustar el ítem de transporte establecido en esas condiciones siempre y cuando el material fuera de afirmado, pero al cambiarse a material de terraplén, correspondía cambiarlo y ajustarlo notablemente, situación que incidió y fue la fuente principal de la reducción del alcance físico de la obra e incumplimiento del proyecto en la forma como fue concebido, amén del aumento de las cantidades y volúmenes de terraplén cuya altura aumentó como consecuencia de los ajustes a los diseños de la vía debido a la ola invernal 2010-2011.
12. La ausencia de una adecuada planeación también fue reconocida por el Tribunal de Arbitraje de Consorcio Ribera Este contra Departamento del Magdalena, expediente 5358, que en el capítulo 5.1.2. – Sobre el alcance de las modificaciones hechas por el contratista a los estudios previos – cuyas consideraciones valen la pena mencionar: (ver anexo 18, página 39 y ss)

“Queda acreditado que, con ocasión de los estragos causados por la ola invernal, el contratista tuvo que hacer modificaciones sustanciales a los estudios inicialmente aportados por el Departamento.

Ello es evidente, pues al hacerse los estudios previos en el año 2008 y la haber comenzado la ejecución del contrato en el año 2015, claramente se hicieron modificaciones a las condiciones técnicas del contrato, máxime, cuando, como ya se mencionó, hubo una ola invernal de las proporciones de la ocurrida en los años 2010 y 211.

No obstante, es también claro que el contratista contrajo, tanto en el pliego de condiciones como en el contrato mismo, la obligación de ajustar los estudios para garantizar la ejecución contractual, sin que se distinguiera si tales cambios debían ser o no sustanciales.

Ello porque, al celebrar el contrato, asumió la obligación de adecuarlo a las nuevas circunstancias, independientemente de que los cambios variaran esencialmente o no el plan de trabajo, y no estuvieran especificados en el



contrato con tal que ellos estuvieran dentro del objeto del mismo, y sin discriminar tampoco, -lo que se deduce del texto mismo-, si se tratara de meros ajustes o nuevos estudios. Siempre en el entendido, eso sí, que en la medida en que se cumplieran los requisitos formales incluidos tanto en el pliego como en el contrato, esos cambios deberían ser reconocidos económicamente.

Pero de todos modos, esta situación pone en evidencia la falla de INVIAS Y EL DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA al no actualizar, como debieron haberlo hecho, los Estudios Previos. Por el contrario, a sabiendas de que los Estudios no servirían para permitir la correcta ejecución contractual se decidió llevar a cabo la licitación y, posteriormente, la celebración del contrato.

Esa conducta es, cuando menos, negligente. La falencia en la planeación por parte del Departamento, que pretendió trasladar en un todo sus obligaciones al Contratista, fue determinante respecto de múltiples dificultades que hubo para la correcta ejecución de la obra.” (Subrayado fuera del texto original. Negritas propias)

13. Resulta procedente traer a este proceso disciplinario las consideraciones del Tribunal de Arbitramento en el caso SEPÚLVEDA LOZANO CÍA. LTDA. VS. INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO – IDU, TA-CCB-19970505, que de manera similar a lo anotado por el Tribunal de Arbitramento en el caso CONSORCIO RIBERA ESTE VS GOBERNACIÓN DE MAGDALENA, dictaminó la importancia de la diligencia, rigor y cuidado de la entidad pública contratante en la planeación y determinación de diseños viables técnicamente para ejecutar un proyecto.

Hechos relevantes

Una entidad pública celebró contrato de obra con una sociedad con modalidad de precio global. La obra ejecutada por la sociedad resultó ser esencialmente distinta a la contratada. Los cambios que se introdujeron al proyecto contratado se debieron fundamentalmente a un criterio puramente técnico, consistente en que no era posible que, funcionara el ferrocarril normalmente conforme a los parámetros previstos en el contrato. No obstante, conforme al peritaje que se adelantó en el proceso, la verdadera y real causa para que no se pudiera adelantar la obra de acuerdo con las condiciones propuestas, era la imposibilidad de ejecutarla como estaba concebida, pues no era viable técnicamente.

Problema Jurídico

¿Debe una entidad pública indemnizar a un contratista que ejecutó una obra esencialmente distinta a la contratada debido a la ausencia de estudios actualizados, oportunos y necesarios del proyecto a ejecutar antes de la apertura del respectivo proceso de selección?

352



Regla ampliada

(...)

Razones de la decisión

«(...)Al entonces proponente y ahora demandante también le asiste responsabilidad por la estructuración de una oferta no viable. Los participantes en licitaciones y concursos, deben entender su rol en este tipo de procesos en los que el interés colectivo subyace de manera categórica. El conocimiento científico de los posibles contratistas, debe servir de acicate para detectar errores técnicos de previsible visualización en los pliegos o términos de referencia. Para el tribunal no puede pasar inadvertida la conducta del contratista consistente en no haberse percatado de un error que por su conocimiento era posible de prever, que consistía en la imposibilidad de ejecutar la obra como estaba concebida.

(...)

*Por más que la responsabilidad por los diseños se traslade al contratista, ello no es óbice para que se cuente con los estudios necesarios que garanticen la seriedad de lo requerido por la entidad, cosa que no aconteció en el asunto sub lite. En el mismo boceto de lo que hemos dado en llamar la conceptualización del proyecto, **la actividad de la entidad debe caracterizarse por la máxima diligencia**, pues, en su seno se cuenta con profesionales de calificadas condiciones, quienes deben estar prestos para detectar yerros técnicos de razonable determinación.*

Regla

Una entidad pública debe indemnizar a un contratista que ejecutó una obra esencialmente distinta a la contratada debido a la ausencia de estudios actualizados, oportunos y necesarios del proyecto a ejecutar antes de la apertura del respectivo proceso de selección, porque:

Conforme al artículo 26 de la Ley 80 de 1993, las entidades deben responder cuando abren licitaciones o concursos sin haber elaborado previamente los estudios necesarios para garantizar la seriedad del objeto a contratar, pues las actividades de las entidades deben caracterizarse por la máxima diligencia.

No es serio y por demás, contrario a derecho, iniciar procesos de selección sin contar con todos los permisos, estudios o bienes necesarios para la ejecución de la obra. No obstante, la responsabilidad también recae sobre el proponente –futuro contratista–, pues debe advertir oportunamente sobre los errores o imprecisiones del proceso, particularmente por la calidad de especialistas que se presume posee, y que es

353



precisamente la circunstancia que lo habilita a proponer, la cual debe servir para detectar errores técnicos de previsible visualización en los pliegos o términos de referencia que hace inviable ejecutar la obra como está concebida. Además, el deber de diligencia del proponente es más riguroso cuando la ejecución de la obra reviste la modalidad de precio global, como en el presente caso, ya que debe desplegar una actividad de extremo cuidado cuyos riesgos son mayores.

14. A lo anterior súmese la decisión adoptada por la Dirección Nacional de Regalías del Departamento Administrativo de Planeación Nacional de suspender los giros de recursos provenientes del sistema general de regalías que ante el incumplimiento de las acciones de mejora planteadas por el Departamento del Magdalena ante el DNP, en relación con las observaciones y hallazgos **POR INSUFICIENCIAS Y DEFICIENCIAS TÉCNICAS EN EL PROYECTO DE INVERSIÓN** conocido como VIA DE LA PROSPERIDAD, catalogado por esa entidad como un proyecto crítico⁷⁵ al no tener garantizada su sostenibilidad y funcionalidad, lo cual se traduce en un proyecto con un **alto riesgo de no cumplir con su alcance y no servir para el propósito** para el cual fue aprobado, la suspensión preventiva de los giros que abarca los recursos provenientes del sistema general de regalías.⁷⁶

De ahí que “... el proyecto fue catalogado crítico por el DNP al no tener garantizada su sostenibilidad y funcionalidad, lo cual se traduce en un proyecto con un alto riesgo de no cumplir con su alcance y no servir para el propósito para el cual fue aprobado.” “Lo anterior por cuanto del total del proyecto por \$466.683.000.00, la suma de \$200 mil millones de pesos fueron financiados con cargo a recursos del Sistema General de Regalías, circunstancia por la cual el Departamento Nacional de Planeación “... **propende por el uso eficaz y eficiente de los recursos del Sistema General de Regalías, buscando que los proyectos se ejecuten en los términos que fueron aprobados**” (folio 136 cp.1)

De manera que retomando lo dicho en cuanto al posible incumplimiento en las acciones de mejora, si bien no corresponde a este órgano determinar si cumplió o no cumplió con los planes de mejora pues esta competencia recae en el DNP, si se considera que **las INSUFICIENCIAS Y DEFICIENCIAS TÉCNICAS EN EL PROYECTO DE INVERSIÓN** conllevaron a catalogarlo como un proyecto crítico que generó la suspensión del giro de recursos **con un alto riesgo de no cumplir con su alcance y no servir para el propósito para el cual fue aprobado.**”

Este Despacho ha comprobado con acierto que se estructuró todo un proyecto de gran envergadura, de gran impacto y declarado de importancia estratégica por parte de la gobernación de Magdalena, mediante la licitación pública LP-DM-007-2012 y

⁷⁵ Oficio DNP No. 20174460135901 del 22 de febrero de 2017

⁷⁶ Ver folio 1184. Oficio DNP 20184460332061 del 25-05-2018



el contrato 617 de 2013 con estudios y diseños desactualizados, que si bien es cierto podían estar en nivel III de maduración, no eran viables, ni estaban vigentes 5 años después para ser ejecutados y utilizados en una licitación pública.

Téngase en cuenta lo dicho por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia SP18532-2017/43263 de noviembre 8 de 2017, SP18532-2017, Radicación: 43263. Magistrado ponente: Dr. Eugenio Fernández Carlier, en el marco del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales:

De los estudios y diseños del proyecto:

El principio de planeación constituye un requisito esencial del trámite del contrato público, derivado del de economía previsto en los numerales 7º y 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, de acuerdo con el cual la administración está obligada a realizar los estudios, diseños y proyectos necesarios, además de elaborar los pliegos de condiciones, antes de iniciar el procedimiento de selección del contratista o de la firma del contrato.

(...)

La Sala en armonía con el criterio del Consejo de Estado, viene exigiendo que estos estudios, exámenes y diseños sean serios y completos.

“Es oportuno destacar que las entidades oficiales que celebran contratos públicos están obligados a respetar y a cumplir, entre otros principios y deberes, el de planeación, en virtud del cual resulta indispensable la elaboración previa de estudios y análisis suficientemente serios y completos que permitan a la vez asegurar con una alta probabilidad que el objeto contratado se podrá ejecutar en el término previsto y acordado y según las condiciones óptimas requeridas”.

(...)

1. De la existencia de estudios y diseños antes de iniciar el trámite de selección del contratista

1.1. De los estudios y diseños

Es evidente que la falta de planeación en los contratos públicos incide en la etapa precontractual pero principalmente en la de ejecución, dentro de la cual la ausencia de estudios y diseños definitivos ocasionan graves consecuencias que llevan a modificar las cantidades de obra y las condiciones técnicas inicialmente pactadas, con el correlativo aumento en los costos del proyecto y en el más grave de los casos, la paralización de las obras.



(...)

1.2. De los diseños incompletos:

En la falta de estudios, diseños y planos completos previos a la iniciación de la licitación se ha centrado la controversia entre la Fiscalía y la defensa, requisito cuyo cumplimiento no habría verificado el procesado al momento de suscribir el contrato. Para la primera no estaban terminados, acusación que soporta en la apreciación de la prueba documental y testimonial acopiada en el proceso, en tanto que para la segunda estaban concluidos y los cambios sufridos en la ejecución del contrato provenían del ajuste normal que en este tipo de contratos se presenta al materializarlos en el terreno por el surgimiento de imprevistos a solucionar sobre la marcha, debido a la naturaleza del contrato y a la dimensión del terreno, 400 hectáreas, aproximadamente.

Para la Sala la Fiscalía logró demostrar en grado de certeza que para el inicio del proceso de selección del contratista la gobernación no contaba con los estudios, diseños y planos terminados, es decir, el proyecto no estaba definido técnica ni presupuestalmente vulnerando los principios de planeación, economía, legalidad, transparencia, selección objetiva y responsabilidad. Transgresión que no impidió que el procesado firmara el contrato, porque no verificó previamente que el trámite cumpliera con los requisitos legales esenciales”

También recuérdese lo anotado en el numeral 4.3.15 respecto al documento de Documento de política de maduración de proyectos de la Cámara Colombiana de Infraestructura aportado por la defensa, el cual debe ser analizado bajo una mirada integral, siendo importante considerar la política recomendada frente a los temas de i) verificación del ciclo de maduración del proyecto y ii) estudios y diseños mínimos, que guardan relación con las materias aquí en debate y permiten tener ampliación de criterios orientadores en la construcción de la decisión final (folio 2732)

Etapa.	Planeación.
Tema:	Verificación del ciclo de maduración del proyecto.
Política recomendada:	

“La entidad responsable deberá verificar el ciclo de maduración del proyecto, es decir, en este punto deberá haber cumplido la etapa de preinversión. La obligación de ejecución de los diseños de detalle a cargo del contratista no exime a la entidad contratante de tener la información suficiente al momento de la iniciación del proceso de selección. Aplica indistintamente para proyectos de obra pública tradicional o aquellos con participación privada (concesión). Para contratos llave en mano se tendrá en cuenta el objeto contractual y las complejidades técnicas del proyecto y en ningún caso como excepción al principio de planeación contractual. Artículo 87 de la Ley 1474 de 2011 (estatuto anticorrupción)



Una vez tomada la decisión por parte de la entidad para adelantar el proyecto deberá iniciarse la etapa de inversión, en la cual se deben acometer, entre otras, las siguientes actividades:

- *Identificación del grupo interno de la entidad encargada de dirigir el proyecto
- *Elaboración del presupuesto, el cual debe ser soportado en los estudios y diseños previos, consultar las condiciones actuales del mercado y acreditarlas. La correcta estimación del presupuesto entregado por la consultoría para desarrollar la obra es fundamental para el cálculo del AIU.
- *Se debe contar con una metodología para la elaboración del presupuesto y evitar dedicaciones irreales. Debe existir correlación entre el alcance solicitado y los recursos asignados. Dedicaciones irreales y recursos insuficientes para los diseños son el primer paso para que una obra fracase.
- *El valor del CDP (certificado de disponibilidad presupuestal) debe ser consecuencia de los resultados de los estudios de preinversión y en ningún caso el presupuesto puede ser definido por este.
- *En consultoría debe haber margen para que no se excluyan todas las propuestas que excedan el presupuesto oficial siempre y cuando no excedan también el CDP. Por tanto, se retirarán de los pliegos expresiones tales como “se rechazarán las ofertas que superen el 100% del presupuesto”.
- *El presupuesto debe revisarse cuando se presente suspensión del proceso. Tal suspensión debe ser absolutamente excepcional y debe proceder por circunstancias imprevisibles que ocurren durante el proceso de selección respectivo.

Comentarios:

La etapa de preinversión del proyecto es aquella en la cual se identifica el problema o la necesidad y se desarrollarán los estudios fase I (prefactibilidad) y fase II (factibilidad) y se recomienda la ejecución o planteamiento de la fase III de estudios y la consecuente construcción del proyecto.

Esta recomendación puede variar si se trata de modalidades de participación privada donde la etapa de planeación corresponde al actor privado.

La etapa de inversión del proyecto iniciará en general con la elaboración de los estudios fase III (diseños definitivos), independientemente de quien sea el responsable de su elaboración o contratación.

Sin embargo, deberá establecerse previamente la decisión sobre la naturaleza jurídica (concesión u obra pública) y la modalidad del contrato (precios unitarios, precio global fijo, llave en mano, etc), de tal forma que se establezca la necesidad de la elaboración de la fase III a cargo de la entidad o del futuro contratista.

Referirse al documento “Ciclo de maduración de proyectos de infraestructura de transporte” (folio 2732, subrayado fuera del texto original)

357



Por consiguiente, el disciplinado, en su calidad de gobernador del Magdalena trasgredió **el principio de economía**, toda vez que **era su deber, previo a la adjudicación de la licitación pública LP-DM-007-2012 y a la celebración del contrato de obra pública 617 de 2013, ceñirse a una adecuada planeación como desarrollo del principio de economía, y contar con los estudios y diseños técnicos y presupuestales actualizados.**

Bajo estas consideraciones y análisis efectuado corresponderá expedir copia del fallo de primera instancia ante la Fiscalía General de la Nación – Unidad de delitos contra la administración pública para que se investigue penalmente al señor LUIS MIGUEL COTES HABEYCH en condición de gobernador del Magdalena- **por el posible delito de celebración de contrato sin cumplimiento de requisitos legales**, respecto de la licitación pública LP-DM-007-2012 y el contrato 617 de 2013 a través de los cuales se ejecutaría el proyecto de inversión e infraestructura VIA DE LA PROSPERIDAD.

6.2.4. Principio de responsabilidad.

El legislador ha consagrado como uno de los principios rectores de la contratación estatal el principio de responsabilidad, contenido en el artículo 26 de la Ley 80 de 1993, como un principio de vital importancia en la actividad contractual

Se considera que las conductas aludidas y debidamente probadas vulneraron el principio de responsabilidad por las siguientes razones;

1. Teniendo en consideración que una buena administración de recursos públicos debe enfocarse a maximizar los resultados con el mínimo de recursos y tiempo empleado en beneficio de la comunidad y que el principio de economía infringido está en armonía y consonancia con el **principio de responsabilidad**, se considera que la ausencia de directrices en torno a una adecuada planeación pone en riesgo la administración de bienes públicos que le fueron confiados, es por ello que se encuentra acreditada la transgresión del **principio de responsabilidad** consagrado en los numerales 1° 4° y 5° del artículo 26 de la Ley 80 de 1993.
2. El señor Luis Miguel Cotes Hasbeych tenía la **responsabilidad de la dirección y manejo de la actividad contractual**, del contrato 617 de 2013 a través del cual se ejecutaría el proyecto vía de la prosperidad, y de **la administración de bienes ajenos**⁷⁷, entendidos por éstos los recursos que

⁷⁷ En cuanto a la administración de bienes ajenos es procedente tener en cuenta el concepto⁷⁷ de la sala de consulta y servicio Civil del Consejo de Estado, que señala:



le fueron asignados, y le correspondía garantizar el cumplimiento de los fines de la contratación objeto del proyecto vía de la prosperidad para el mejoramiento de la carretera Palermo Sitio Nuevo Remolino Guáimaro en el departamento del Magdalena, postulados infringidos como **consecuencia de las deficiencias en la planeación contractual** que a la postre generaron las siguientes implicaciones negativas para el proyecto:

- a. Reducción del alcance físico del proyecto, de 52.6 km para 3 tramos (a) Palermo – Sitio Nuevo, (b) Sitio Nuevo -Remolino y (c) Remolino – Guáimaro a 1 tramo de la vía, esto es Palermo Sitio Nuevo en 18.3 kilómetros.
 - b. Pago de mayores cantidades de transporte a las inicialmente previstas, pues el ítem 900.2 Transporte de materiales provenientes de la excavación, canales y préstamos para distancias mayores de mil metros (1.000 M) tuvo un aumento considerable del 779.7569%, incrementando el valor en \$112.436.189.280,00⁷⁸, debido a la falta de definición, existencia y validación de canteras o fuentes de materiales viables técnica y jurídicamente para el momento de inicio de la obra.
3. Quienes fungen en calidad de representantes legales y ordenadores del gasto e intervienen en la contratación estatal, como sucedió con el disciplinable, tienen unas reglas de conducta que en materia de contratación pública debe observar, pues el señor LUIS MIGUEL COTES HABEYCH asumió dicha condición en virtud de las funciones esenciales para el cargo de gobernador, del nivel directivo, descritas y analizadas en esta decisión.
4. El disciplinable por ser el jefe de la administración territorial y representante legal del departamento estaba obligado a ser garante de que los procesos de contratación que celebra y en los que ordena comprometer recursos públicos se ajusten a las previsiones legales, sobre la base de que la contratación en la que participó, desde la etapa precontractual y en la actividad contractual para la **estructuración y ejecución del proyecto de inversión pública e infraestructura conocido como VÍA DE LA PROSPERIDAD** se ejecutará

“Los servidores públicos a quienes compete atender el ejercicio de funciones fiscales son responsables hasta de la culpa leve. Como la gestión fiscal implica la de la administración y custodia de bienes del Estado por servidor público o persona privada, las reglas que sobre responsabilidad le son aplicables son las pertinentes consagradas en el Código Civil, reiterándose que tal responsabilidad se extiende hasta la culpa leve. **En materia de contratación el artículo 26 numeral 4º de la Ley 80 de 1993 prevé que las actuaciones de los servidores públicos están presididas por las reglas sobre administración de bienes ajenos, es decir pro las consagradas en los artículos 63, 104 y 2155 del Código Civil que establecen la responsabilidad hasta la culpa leve.**”

⁷⁸ con corte al 31 de octubre de 2016 y acta modificatoria número 5



en aplicación a los principios de **economía y responsabilidad** que rigen la contratación pública, de manera que la desatención de estos postulados afectó la buena marcha de la administración

5. El disciplinable en virtud de sus deberes de dirección de la acción administrativa del departamento y aseguramiento del cumplimiento de las funciones y la prestación de los servicios a su cargo, le correspondía al verificar la contratación a su cargo, en un proyecto de tal envergadura y magnitud se ajustara a las previsiones legales, pero no lo hizo y por ello infringió los fines de la contratación que le imponía unos deberes de conducta más exigentes en cuanto al destino y a la administración de los recursos involucrados, destacando la relación de sujeción especial que todo servidor tiene con la dependencia en la que trabaja y por la cual responde en materia disciplinaria de forma más severa y rigurosa del resto de ciudadanos, pues precisamente ha sido elegido por voto popular por una comunidad que ve en él cristalizadas sus necesidades de un mejor porvenir.

Por todo lo expuesto, este Despacho concluye que en este caso se tipifica la falta atribuida al disciplinado, en razón a que los hechos sobre los que se sustentó la imputación fueron probados en el proceso disciplinario en la forma descrita y analizada, se determinaron los deberes funcionales a cargo del gobernador en relación con su participación en la etapa precontractual y la actividad contractual frente al PROYECTO DE INVERSIÓN E INFRAESTRUCTURA PÚBLICA PARA LA VÍA DE LA PROSPERIDAD.

6.3. ANÁLISIS DE LA ILICITUD SUSTANCIAL

La ilicitud sustancial disciplinaria es entendida como la afectación sustancial de los deberes funcionales, siempre que ello implique el desconocimiento de los principios que rigen la función Pública. En una palabra, aunque el comportamiento se encuadre en un tipo disciplinario, pero se determine que el mismo en nada incidió en la garantía de la función pública y los principios que la gobiernan deberá concluirse que la conducta está desprovista de ilicitud sustancial.⁷⁹

Mientras que la tipicidad se reduce a la verificación o constatación de si la conducta se adecúa o no a todos los elementos contenidos en la descripción típica (juicio de adecuación), en la ilicitud disciplinaria el objeto del examen deberá corresponder con el análisis si se afectó el deber funcional sin que haya mediado alguna causal de justificación (juicio de valoración).⁸⁰

⁷⁹ ORDOÑEZ MALDONADO ALEJANDRO. De la ilicitud sustancial a lo sustancial de la ilicitud. Pág. 26-27

⁸⁰ PINZON NAVARRETE JO34HN HARVEY. La ilicitud sustancial en el derecho disciplinario. Pág. 40.



Es importante destacar que en la órbita del derecho disciplinario no se exige la presencia de un resultado pues “por regla general, las faltas disciplinarias son de mera conducta. En Efecto, la mayoría de los deberes, prohibiciones, derechos, funciones y demás descripciones están estructuradas de manera tal que para su inobservancia únicamente es necesario tener por demostrado un desvalor de acción – o de conducta-. El que jurídicamente se califica como la afectación sustancial del deber funcional.”⁸¹⁸²

Es por ello, que con fundamento en el análisis probatorio efectuado y en la adecuación típica de la conducta del sujeto disciplinable, para este despacho se encuentra configurada la categoría de ilicitud sustancial dado que se ha acreditado que el investigado desconoció sustancialmente sus deberes funcionales referidos en el capítulo del análisis de la tipicidad de su conducta, impactando negativamente y sin justificación alguna, los principios de **economía y eficiencia** que rigen la función pública

Para demostrar cómo el desconocimiento sustancial de los deberes funcionales a cargo del disciplinado impactó desfavorablemente los principios de economía y eficiencia que rigen la función pública hay que empezar por recordar conceptos básicos del significado de un proyecto de inversión pública como lo era la VIA DE LA PROSPERIDAD.

Al respecto el Departamento Nacional de Planeación⁸³ trae las siguientes definiciones⁸⁴:

Proyecto

Unidad operacional que vincula recursos, actividades y productos durante un período determinado y con una ubicación definida para apoyar el cumplimiento de un programa en el marco de acción establecido por la respectiva unidad de gestión.

Proyecto

Conjunto de actividades por realizar en un tiempo determinado con una combinación de recursos humanos, físicos, financieros y con costos

⁸¹ Una vez más cuando se desconoce un deber, se afecta el deber funcional; cuando se incurre en una prohibición, se afecta el deber funcional; cuando se abusa de un derecho o hay una extralimitación en una función, se afecta el deber funcional; o, cuando el comportamiento de encuadra en una descripción establecida como falta gravísima, se afecta el deber funcional. Por tanto, como tuvimos la oportunidad de verlo, el deber funcional (ilicitud) es un concepto omnicomprendivo en todas estas posibilidades de faltas disciplinarias (tipicidad).

⁸² PINZON NAVARRETE, JOHN HARVEY. La ilicitud sustancial en el derecho disciplinario. Concepto, evolución y criterios teórico-prácticos para su correcto entendimiento. Página 197.

⁸³ El DNP es una entidad eminentemente técnica que impulsa la implantación de una visión estratégica del país en los campos social, económico y ambiental, a través del diseño, la orientación y evaluación de las políticas públicas colombianas, el manejo y asignación de la inversión pública y la concreción de las mismas en planes, programas y proyectos del Gobierno.

⁸⁴ <https://www.dnp.gov.co/atencion-al-ciudadano/glosario/Paginas/P.aspx>



definidos orientados a producir un cambio en la entidad territorial.

Proyecto de inversión pública

Un proyecto de inversión pública es un grupo de tareas que comprometen recursos (hombres, maquinas, información, etc.), actividades y productos durante un periodo determinado (días, meses, años, etc.) y en una región en particular (barrio, municipio, departamento, región, etc.) que resuelven problemas o necesidades de la población. El proyecto debe estar directamente relacionado con los objetivos de un Plan de Desarrollo (conjunto de metas y objetivos identificados como prioritarios dentro de determinada administración como factores generadores de desarrollo).

No hay que olvidar que este proyecto vía de la prosperidad, fue concebido en el **Plan de Desarrollo del Departamento del Magdalena⁸⁵ 2012- 2015 “Construyendo Respeto por el Magdalena”**, respecto del cual Luis Miguel Cotes Habeych, gobernador del Magdalena para el periodo enero 2012 a diciembre de 2015, hizo las siguientes anotaciones respecto de los beneficios que traería consigo:

Los beneficios para el departamento son muy importantes, la construcción, rehabilitación y mantenimiento del corredor Vial que comunica al Departamento del Magdalena Sur – Norte, promoverá:

- La vía será el eje que integrará el desarrollo de la región, deberemos aprovechar para reubicar los corregimientos, los hospitales, escuelas en alto riesgo y la reconstrucción de puentes e infraestructuras.
- Generará nuevos polos desarrollo al habilitar más de 350 mil hectáreas para Producción.
- Con la construcción de la vía – dique protegerá las zonas aledañas al río Magdalena de las recurrentes inundaciones en época invernal y en los tramos de viaducto permitirá el flujo natural entre el río y las ciénagas para la recuperación de flora y fauna nativas, el diseño considera la construcción de reservorios para aprovechamiento de los excesos de agua del invierno en verano.

⁸⁵ El doctor Fabio Alejandro Manjarres Pinzón, gerente de proyectos de la gobernación de Magdalena y supervisor del contrato 617 de 2013, atendiendo el requerimiento enviado por esta Procuraduría Delegada, el 15 de junio de 2018 por el cual se solicitaba “Remitir copia digitalizada, en medio magnético, del Plan de Desarrollo Departamental 2012 – 2015 y 2016-2019 en el cual se incluyan los programas de infraestructura estratégica para el Departamento y concretamente el mejoramiento de la vía Palermo – Sitio Nuevo – Remolino – Guáimaro , conocida como vía de la Prosperidad”, dio respuesta mediante el oficio E-2018-012610 del 27 de junio de 2018, envió los Planes de Desarrollo del Departamento del Magdalena 2012- 2015 “Construyendo Respeto por el Magdalena” y 2016-2019 “Magdalena Social, ¡Es la vía!, y puntualizó: “En los contenidos de los anteriores documentos, se incluyen, las estrategias y acciones para el proyecto vial Palermo – Sitio Nuevo – Remolino – Guáimaro , conocido como Vía de la Prosperidad” (ver folios 1516-1517, 1664-1665 y DVD en folio 1667 del cuaderno principal 7).



- El agua deberá ser nuestro aliado en la construcción de los reservorios, distrito de riego y las infraestructuras complementarias para desarrollar el potencial económico de la región.
- La obra valorizará el valor del m² de la tierra.
- Aportaría cerca de \$1.2 billones anuales al PIB del departamento y generar más de 50 mil nuevos empleos entre directos e indirectos.

Vía que además de estar incluida en el Plan Nacional de Desarrollo, 2010 – 2014 “Prosperidad para Todos” también estaba cobijada en el Plan de Gobierno 2008 – 2011, en el numeral 3.1 (Modelo subregional de Competitividad) literal b, y que haría parte de un corredor mas extenso que va hasta la población de Plato y con el cual se integrará una segunda etapa.

Por estas razones es que en el CONPES fue declarado como proyecto de importancia estratégica y como consecuencia de esta declaratoria, **el Gobierno Nacional previó aportes hasta por doscientos sesenta y seis mil novecientos millones de pesos m/cte (\$266.900.000.000) de la Nación**, a través del Ministerio de Transporte –INVIAS, en tanto que la gobernación de Magdalena solicitó recursos al ‘Órgano Colegiado de Administración y Decisión OCAD- Región Caribe- quien viabilizó y aprobó el proyecto de mejoramiento de la vía Palermo – Sitio Nuevo – Remolino – Guáimaro – **para comprometer recursos del sistema general de regalías por un monto de 200.000 millones de pesos. Por lo tanto, el valor total ascendería a la suma de \$466.900.000.000.**

Téngase presente además lo aludido en el capítulo III relacionado con la DESCRIPCION, MATERIALIZACION Y AVANCE DEL PROYECTO “VIA DE LA PROSPERIDAD” que permite establecer cuáles eran las finalidades que se esperaban con la contratación aquí investigada y que desafortunadamente sus resultados finales no hacen honor al nombre de VIA DE LA PROSPERIDAD.

En cuanto a la transgresión del **principio de economía** en el cual se halla inmerso la planeación corresponde señalar que la maximización de los resultados que se pretenden obtener con la menor cantidad de recursos y en el menor tiempo posible lleva implícito una verdadera y real planificación de las actividades a desarrollar, siendo ésta, la planeación, la principal herramienta de gestión para la determinación de los costos y tiempos empleados en procura de lograr el objetivo contractual y los compromisos derivados del mismo en orden al cumplimiento de los fines estatales.

Los estudios previos son un desarrollo del principio de planeación, que a su vez se deriva del principio de economía, y la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido clara en precisar que dicha exigencia no se sule con cualquier clase de estudios, sino que estos deben ser completos y serios, aspectos que se omitieron en la contratación cuestionada como quedó debidamente probado.



De igual manera, y en virtud del principio de economía, se exige que las autoridades procedan con austeridad y eficiencia, optimizando el uso de los recursos (numeral 12, artículo 3 ley 1437 de 2012), cometido que no resulta posible sin la debida planeación.

Es por ello que también se considera que el disciplinado al suscribir el contrato 617 de 2013 pudo actuar con transgresión del **principio de eficiencia** que le exige una adecuada planeación y gestión de sus recursos financieros orientada con certeza a la necesidad que pretendía ser satisfecha y a evitar los mayores costos en los que se incurrió en el proyecto y que en términos económicos se traduce en el logro del máximo rendimiento con los menores costos, y que, aplicado a la gestión estatal, significa la adecuada gestión de los asuntos objeto de ella, partiendo del supuesto de los recursos financieros -casi siempre limitados- de los que dispone la hacienda pública. En otros términos, el Estado, por razones de interés general, está obligado a efectuar una adecuada planeación del gasto de modo tal que se oriente con certeza a la satisfacción de las necesidades prioritarias para la comunidad sin despilfarro ni erogaciones innecesarias, aspectos sobre los cuales se hizo alusión ampliamente en la decisión.

En este orden de ideas, se considera que la conducta del disciplinado, la desatención de sus deberes funcionales en la forma como se adelantó la contratación para la realización de la obra para el mejoramiento de la vía Palermo – Sitio Nuevo – Remolino - Guáimaro , en el departamento del Magdalena, mediante la adjudicación de la licitación pública LP-DM-07-201 y la celebración del contrato de obra pública 617 de 2013, con deficiencias técnicas en la planeación del proceso constructivo del corredor vial, en la forma indicada incidió en la garantía de la función pública dado que el proyecto al parecer no cumplió los fines para los cuales fue previsto pues el alcance físico del proyecto, de 52.6 km para 3 tramos (a) Palermo – Sitio Nuevo, (b) Sitio Nuevo -Remolino y (c) Remolino – Guáimaro se estaría reduciendo a 1 tramo de la vía, esto es Palermo Sitio Nuevo en 18 kilómetros aproximados

Además por un contrato de obra se pagaron mayores cantidades de transporte incrementadas en más del 779.7569%, aumentado el valor en \$112.436.189.280,00⁸⁶, aunado a que con ocasión de la falta de definición, existencia y validación de canteras o fuentes de materiales viables técnica y jurídicamente para el momento de inicio de la obra, tan cierto es esto que se debe tener en consideración el laudo del 11 de julio de 2019 proferido por el Tribunal de Arbitraje de Consorcio Ribera Este contra Departamento del Magdalena, expediente 5358, que en la página 55 indicó: *Con fundamento en las pruebas analizadas anteriormente, se encuentra que si existe para el DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA la obligación contractual de pagarle al consorcio Ribera Este el ítem “transporte de material fluvial” en razón de los metros cúbicos kilómetros (M3/km)*

⁸⁶ con corte al 31 de octubre de 2016 y acta modificatoria número 5



*de materiales efectivamente transportados multiplicados por el valor unitario previsto en las actas” diferencia llevada a instancia del Tribunal en virtud de lo consignado en la cláusula séptima del otro si modificatorio No. 6, **que si bien es cierto no fue suscrita por el disciplinado, si lo es, que esta divergencia se originó por las fallas en la planeación frente a la determinación de las canteras y el presupuesto para el transporte como se acotó en el capítulo relacionado con los hechos probados, que si atañen al periodo y conducta de Cotes Habeych.***

Es así como el tribunal de arbitraje dispuso en el numeral décimo de la parte resolutive *“ACCEDER a la pretensión décimo tercer declarativa contenida en la reforma de la demanda arbitral y, en tal virtud declarar que el contrato de obra No. 617 de 2013, se pactó bajo la modalidad de precios unitarios y, por consiguiente las mayores cantidades de obra contratadas y ejecutadas deben pagarse de acuerdo a los valores contractualmente pactados para cada ítem, entre el que se encuentra incluido el tiempo de transporte, que se debe pagar conforme a las distancias recorridas desde la fuente de material hasta el centro de gravedad de la obra, tomando como referencia las distancias acreditadas”* (página 198 laudo arbitral c.a. 15)

Y en el numeral duodécimo se ordenó. *“ACCEDER PARCIALMENTE a la pretensión segunda de condena, y en consecuencia, CONDENAR al DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA a pagar en favor del CONSORCIO RIBERA ESTE la suma de TRES MIL SETECIENTOS CUARENTA MILLONES SETECIENTOS DIECISIETE MIL DOSCIENTOS OCHO PESOS CON TREINTA CENTAVOS \$3.740.717.208.30 por concepto de indemnización de perjuicios causados por el incumplimiento parcial del contrato de obra pública 617 de 2013.*

También recordemos el testimonio del ingeniero Vladimir Cardona, director de la interventoría al preguntarle los tramos incluidos y excluidos con la modificación número 6 al contrato de obra 617 de 2013:

“La culminación del terraplén del denominado tramo 1B entre el PR 39+650 AL Pr 41+500, la pavimentación y señalización del PR 41+500 al 55+600 y del PR 58+500 al 60+329, eso todo está ubicado en el tramo Sitio Nuevo Palermo, la terminación del puente, la construcción del puente caño clarín con sus accesos, esto quedó estipulado en el otro si No. 6; lo que se excluyó fue el tramo Guáimaro – Sitio Nuevo, la denominada variante de Palermo y variante de Sitio – Nuevo.

No está de más mencionar la declaración rendida el 14 de noviembre de 2019 por el ingeniero JAVIER DIAZ BUEN DIA, director administrativo del consorcio Ribera Este del 14-11-2019, quien en lenguaje sencillo y claro permite determinar que aunque la obra se terminaba el 10 de diciembre, este no será funcional.



“Vemos con preocupación que hoy es 2019 todavía no se han adjudicado esas variantes a través de un proceso de selección y por lo tanto mantenemos esa decisión casi que unilateral por parte de la Gobernación y del INVIAS de excluirnos esa parte del contrato y sin embargo esperemos que el proyecto pueda terminar siendo una obra funcional, porque nos preocupa a nosotros como empresa y se lo hemos manifestado también a La Contraloría, nuestra imagen frente a entregar una vía que no va a conectar ningún lado con ningún lado, si no se hace la variante de Palermo el proyecto va a ser un proyecto funcional, no creo que alguien se atreva a inaugurar algo que no va de ningún lado a ningún lado y nosotros siempre hemos manifestado que si nos hubieran dejado ejecutar la obra, ya estaría terminada junto con las otras dos variantes, porque han pasado del 2017 dos años y ya nosotros en ese tiempo, así la ANLA se hubiera demorado todo lo que hubiera querido, hubiéramos tenido la licencia ambiental y hubiéramos terminado la obra”.

AG24 OLGA LILIANA SUAREZ COLMENARES PROCURADURIA PRIMERA DELEGADA PARA LA CONTRATACIÓN ESTATAL: “En este momento para que los 18.3km sean funcionales se requiere la variante de Palermo”.

INGENIERO JAVIER DIAZ BUENDIA: “Se requiere la variante de Palermo, si no hay la variante de Palermo no queda un proyecto”.

AG24 OLGA LILIANA SUAREZ COLMENARES PROCURADURIA PRIMERA DELEGADA PARA LA CONTRATACIÓN ESTATAL: “¿Queda un proyecto con unos kilómetros pavimentados o castizos?”.

INGENIERO JAVIER DIAZ BUENDIA: “Sí, queda un proyecto con unos kilómetros pavimentados, arranca un tramo con 5km, después arrancan 2km que están sin pavimentar y después arrancan 15km”.

En efecto, si bien es cierto el monto inicial del contrato de obra 617 por valor de \$432.010.178.757.42 se redujo a la suma de \$330.875.314.909.39., lo cierto es que (i) se disminuyó el alcance de 56 a 18 kilómetros, (ii) correspondió realizar nuestros estudios y diseños que de acuerdo con el proceso contractual número CD-DM-006-2019 cuyo objeto es la “CONSULTORÍA DE ESTUDIOS Y DISEÑOS A NIVEL FASE III PARA LA CONSTRUCCIÓN DE LAS VARIANTES DE PALERMO (PR55+400 – PR58+380) Y SITIONUEVO (PR35+960 – PR39+650) EN EL DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA, INCLUIDO LA OBTENCIÓN DE LAS LICENCIAS RESPECTIVAS” con un presupuesto estimado de \$2.949.241.152, proceso que fue declarado DESCARTADO y (iii) se adelantó una nueva licitación pública cuyo objeto es el “MEJORAMIENTO DE LA CARRETERA PALERMO – SALAMINA SECTOR PALERMO –SITIO NUEVO – REMOLINO, CODIGO 2702 DESDE EL PR 34+500 AL PR 36+000 Y EL PR 39+650 AL PR 41+500, EN EL DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA” por valor de \$28.760.636.717,00. Estado actual del proceso.

366

IUS E-2017-519707 /IUC-D-2017-956399
Auto: Fallo de primera instancia-30-09-2020
Caso: Proyecto Vía La Prosperidad – Gobernación de Magdalena
CJOM/OLSC



DESCARTADO.” De manera que si sumados todos estos valores (\$2.949.241.152 + \$28.760.636.717,00) daría una cuantía de 31.709.877.869, **procesos contractuales que aunque iniciados en la administración de gobernadora Rosa Cotes, si se traen a colación para significar el impacto de una deficiente planeación.**

Y en el informe de la interventoría en atención a las preguntas y solicitudes formuladas por este Despacho indica que “los tramos excluidos del contrato 617 de 2013 producto de la denominada “regularización” presentan deterioro y dificultades para la movilidad de los usuarios, particularmente en época de lluvias”.

En suma, la gobernación de Magdalena entrega una vía que no es funcional, un proyecto que no fue finalizado, la ausencia de procesos contractuales en curso para continuar la vía, tanto en diseños como en obra, y acorde con los términos del acta de liquidación del 10 de diciembre de 2019, se deduce que la obra empleó el doble de tiempo al inicialmente pactado, para entregar solamente 18 kilómetros de los 52 inicialmente planeados, todo ello a causa de la deficiente planeación en la dirección de la actividad contractual.

Adicionalmente, se observa que **la vulneración de los citados principios de la función pública por parte del servidor público no solo compromete los fines públicos perseguidos por la contratación, atados al bienestar colectivo de las personas y de la región que se buscaba impactar favorablemente con el proyecto, sino que de paso se lesionan los derechos, intereses y expectativas de esas comunidades.**

De manera que se encuentra probado que la desatención **sustancial** de los deberes funcionales a cargo de LUIS MIGUEL COTES HABEYCH **impactó negativamente** los principios de economía y eficiencia que rigen la función pública respecto de la planeación y ejecución del proyecto vía de la prosperidad materializado en el contrato de obra 617 de 2013

6.4. ANÁLISIS DE LA CULPABILIDAD.

El artículo 13 de la Ley 734 de 2002 establece que “En materia disciplinaria queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva. Las faltas son sancionables a título de dolo o culpa” y, por lo tanto, la culpabilidad es “supuesto ineludible y necesario de la responsabilidad y de la imposición de la pena lo que significa que la actividad punitiva del Estado tiene lugar tan sólo sobre la base de la responsabilidad subjetiva de aquellos sobre quienes recaiga”⁸⁷

⁸⁷ Corte Constitucional Sentencia C-728 de 200, referida por esa corporación en sentencia C-155/02 por la cual declara exequible el artículo 14 de la Ley 200 de 1995, cuyo contenido es igual al presente artículo 13 de la Ley 734 de 2002, también declarado exequible mediante sentencia C-948/02 que ordenó estarse a lo resuelto en la sentencia C-155/02.



Por su parte, el parágrafo del artículo 44 de la misma ley define la culpa gravísima y grave en los siguientes términos: «Habrà culpa gravísima cuando se incurra en falta disciplinaria por ignorancia supina, desatención elemental o violación manifiesta de reglas de obligatorio cumplimiento. La culpa será grave cuando se incurra en falta disciplinaria por inobservancia del cuidado necesario que cualquier persona de común imprime a sus actuaciones».

En el **pliego de cargos se calificó de manera provisional** la conducta del exgobernador LUIS MIGUEL COTES HABEYCH a título de **culpa gravísima por desatención elemental** por considerar que en su condición de representante legal de la entidad procedió con desdén y despreocupadamente. Cuestionándole la suprema pasividad y despreocupación frente a estas situaciones. Su participación en la etapa precontractual y en la actividad contractual debió sujetarse al cuidado supremo con que ha de conducir sus actuaciones todo servidor público que interviene en las distintas fases de la contratación pública a través de la cual se ejecutaría el proyecto de inversión de recursos públicos conocido como vía de la prosperidad, a quien se le confía el cabal ejercicio de la función administrativa en aras de cumplir los fines estatales.

Allí se indicó que era evidente de haber examinado y validado el cumplimiento de los requisitos pre-contractuales de la contratación, se hubiera garantizado la cabal ejecución del objeto contractual que respondía a un conjunto de esfuerzos para sacar adelante un proyecto de inversión pública declarado de importancia estratégica para el país que, indudablemente no podía considerarse ajeno a la conciencia del disciplinable, quien estaba obligado a conocer y cumplir con sus deberes en la materia, en tanto que desempeñaba el máximo cargo de la entidad contratante, pero en lugar de ello el investigado se limitó a actuar ligera y despreocupadamente en la ejecución del proyecto para la vía de la prosperidad.

Como **argumento de defensa** aduce que la actuación de su Luis Miguel Cotes Habeych no tiene ninguna relevancia disciplinaria dado que **actuó bajo el principio de confianza**, que opera tanto en materia penal como disciplinaria, al considerar de **buena fe** que los estudios y diseños que fueron presentados por el INVIAS estaban actualizado, así como eran idóneos para que el proyecto se pudiera desarrollar de forma concreta (folio 3748)

Apoya el desarrollo jurisprudencia del principio de confianza legítima en sentencias de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y en la doctrina del profesor alemán Gunther Jakobs para colegir que “no debe, en virtud del principio en comento, atribuirse responsabilidad a cualquier persona que haga parte de un entramado de funciones, sino que debe analizarse quien fue el que incumplió su deber, excluyendo la responsabilidad de quienes podían ampararse en la confianza del desarrollo de las funciones de los demás” (folio 3750)



Por ende, para el apoderado “es claro que en el presente caso opera el principio de confianza de forma plena. Esto pues, no podría atribuírsele, al DR. COTES HABEYCH o a la gobernación de Magdalena determinado resultado, como es el hecho de que el alcance físico del proyecto vía la prosperidad se haya reducido, si se tiene en cuenta que este confió plenamente en que los estudios que entrego INVIAS estaban plenamente actualizados.” Y destaca que “En las sociedades modernas, señor procurador, cada quien debe responder por lo que le corresponde hacer funcionalmente; razón le asiste a Jakobs cuando afirma que quién vive pendiente de hacer lo que le corresponde a los demás, normalmente descuida lo propio.”, de ahí que en su apreciación, si existe un funcionario público que deba responder por la desactualización de los estudios que conllevó a la reducción de la meta física son los funcionarios del INVIAS y no los de la gobernación que actuaron amparados en el principio de confianza (folio 3750).

En lo atinente a la supuesta obviedad que los estudios estaban desactualizados por haber el hecho de haber acaecido la ola invernal del 2010, considera que es una premisa falsa pues se debían hacer distintas pruebas técnicas directamente en terreno sin las cuales era imposible conocer que los estudios habían perdido vigencia, y especialmente para un administrador de empresas, como lo es la profesión de Luis Miguel Cotes Habeych, era imposible percatarse que los estudios del proyecto estuvieran desactualizados (folio 3751)

Expone que si se probó que la actuación del exgobernador Cotes Habeych si estuvo ajustada a derecho, pues en considera que todos los testigos a quienes se les preguntó si el ente territorial había actuado bien, endosaron dentro del juicio disciplinario la actuación de su representado razón por la cual insiste que “No existe un solo testigo que considere que existía la obligación de hacer una actualización de los estudios con anterioridad a que se estructurara y licitara el contrato” (folios 3733 y 3734).

Para responder las afirmaciones de la defensa, este **Despacho considera:**

Es importante iniciar señalando que de un servidor público que dirige un ente territorial departamental, como en este caso el Departamento del Magdalena, se espera diligencia en el ejercicio de la función administrativa, especialmente frente a un proyecto declarado de importancia estratégica para las comunidades y desarrollo regional, como lo era la vía de la prosperidad, en el cual se invertirían mas de 433 mil millones de pesos provenientes de la nación y del sistema general de regalías. Precisamente, esa situación exigía el mayor cuidado para la ordenación del gasto y la dirección de la actividad contractual.

Adicionalmente, el disciplinado contaba con experiencia en el sector público, y con dependencias asesoras como la gerencia de proyectos, respecto de la no se tiene conocimiento hubiera acudido para indagar frente a la viabilidad técnica de los estudios y diseños que soportaran el proyecto vía de la prosperidad presentado ante

369

IUS E-2017-519707 /IUC-D-2017-956399
Auto: Fallo de primera instancia-30-09-2020
Caso: Proyecto Vía La Prosperidad – Gobernación de Magdalena
CJOM/OLSC



el OCAD y CONPES, así como tampoco frente al INVIAS, pudiendo hacerlo en virtud del convenio celebrado, solo se limitó a solicitar la certificación del nivel de los estudios y diseños, que si bien estaban en fase III de maduración, ello no significaba automáticamente que tenían la viabilidad técnica para el momento de su utilización, es decir, 5 años después, y fundamentalmente habiendo acaecido una ola invernal que generó altos impactos en el país y en la zona que sería destinataria o beneficiada con la vía objeto del proyecto.

Un servidor público que asume un cargo como gobernador no puede alegar su falta de preparación pues ha sido su decisión aceptar un cargo para el cual debe suponerse cuenta con la idoneidad para ejercerlo en debida forma; si una persona considera que no tiene la capacidad para el ejercicio de un cargo, no debe aceptarlo, fíjese que entre los requisitos para ser gobernador no se exige una profesión específica, además podía impartir instrucciones, directrices para que su equipo de trabajo examinara la documentación puesta a su cuidado e indagar si los estudios y diseños habían contemplado o considerado el fenómeno de la ola invernal o permitían establecer la viabilidad del proyecto, y no era este aspecto un elemento que escapara a la razonable diligencia de un administrador público, el preguntarse a sí mismo y hacerlo a su equipo, si los estudios y diseños para hacer un proyecto tan importante se encontraban actualizados y ajustados a una nueva realidad, no solo por el paso del tiempo en que fueron elaborados, sino a un fenómeno climático que el mismo investigado reconoció, había impactado la región a su cargo.

Respecto a la asunción de culpa la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación, en fallo de segunda instancia del 16 de junio de 2011, aprobado en Acta de Sala N° 24, radicado 161 – 4960 (IUS 028-168541), con ponencia de la procuradora delegada MARGARITA LEONOR CABELLO BLANCO, se refirió así:

Precisamente, la doctrina ha denominado como fuente generadora de culpa la denominada “asunción de culpa”, consciente que no puede darse cabida a la irresponsabilidad de los servidores públicos en la administración de los bienes del Estado amparándose en su falta de preparación profesional o desplazando su responsabilidad personal en sus servidores: «Nos referimos a la exigencia del cuidado interno que todo aquel que aspire a administrar bienes del estado debe tener, esto es, la realización del juicio individual y particular que debe hacer el servidor público en torno a sus conocimientos, capacidades y aptitudes y competencias para la administración de bienes ajenos, el cual, de no ser adecuado, implica la abstención de asumir una responsabilidad imposible de



cumplir, colocándolo en la posición de incurrir en culpa por asunción del riesgo, de no llenar las expectativas para su correcto desempeño»⁸⁸.

Por consiguiente, de modo alguno, puede pasar por alto esta Procuraduría la falta de diligencia con la cual actuó el otrora gobernador del departamento del Magdalena, LUIS MIGUEL COTES HABEYCH en el manejo del proyecto para la vía de prosperidad, y la deficiente dirección y coordinación de la actividad contractual, al pretender dejar todo el ajuste y modificaciones de los diseños en manos del contratista, los cuales a la postre resultaron ser significativos y sustanciales, al punto que incrementaron el valor del ítem del transporte, y hubo que reducir el alcance físico del proyecto de 52.6 km a 18.3; para luego pretender que este despacho acepte sus justificaciones relacionadas con la circunstancia que nadie la advirtió, que la Procuraduría no hizo observaciones al proceso licitatorio, que las veedurías y los proponentes tampoco, o que el INVIAS no lo hizo

Se espera que actuara de manera diligente y como administrador de un ente territorial, bajo principios de gerencia y técnicas de administración de empresas, pues no en vano, le correspondía dirigir una entidad estatal, administrar y custodiar recursos públicos en beneficio de la comunidad.

Al menos, se reitera, hubiera podido indagar sobre la viabilidad de esos diseños, no hay prueba alguna que él se hubiera interesado en averiguar tal aptitud y viabilidad, y para ello no se requería ser ingeniero civil, experto en geología, hidráulica, geotécnica, suelos u otra especialidad, por mencionar algunas, bastaba con tener la atención, cuidado y diligencia de preguntar o impartir instrucciones para que se cerciorara y validara su vigencia al momento de ser aplicados, máxime cuando él era conocedor de la problemática de la zona, de las afectaciones que tuvo el terreno, la vía y en general el sector en virtud de lo indicado en su plan de gobierno, su plan de desarrollo y los mismos estudios previos, así como el proyecto radicado ante el OCAD.

No es admisible para este despacho que además que no tuvo el rigor y diligencia que se esperaba y demandaba de un administrador, ahora pretenda evadir su responsabilidad, escudándose en aquello que las acciones que le hubieran podido corresponder ejercer a otros o esperar de manera pasiva a que los órganos de control, las veedurías o los proponentes en una licitación pública hagan sus observaciones en un proceso de contratación, precisamente esto denota la falta de diligencia en el ejercicio de la función pública para la cual se exige el debido cuidado y diligencia, por cuanto se trata de la disposición de recursos públicos destinados a satisfacer las necesidades generales de la comunidad.

⁸⁸ *Lo anterior del dicho del doctor Alfonso Gómez Méndez, citado por el tratadista Carlos Arturo Gómez Pavajeau en su texto de Dogmática del Derecho Disciplinario (Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, páginas 344 y 345).*



En cuanto al principio de confianza, como elemento de la teoría de la imputación objetiva que, junto con otros como el riesgo creado, la adecuación social y la prohibición de regreso, permiten determinar en materia penal, cuándo un resultado debe ser o no imputado a un sujeto, esbozado por el apoderado en defensa de su prohijado, procede tener en consideración lo expuesto por este Despacho en el fallo de primera instancia proferido el 13 de noviembre de 2018 en proceso disciplinario radicado IUS E-2017-736812 IUC-2017-1042440 (caso TRIPLE A/ BARRANQUILLA)

En palabras del doctrinante FERNANDO VELÁSQUEZ, en materia penal y en tratándose de delitos de resultado, para atribuir éste a alguien como producto de su acción, es necesario determinar si aquel aparece ligado a ésta por una conexión o enlace, de tal manera que se pueda predicar la existencia de un vínculo de imputación entre uno y otra, no solo desde el punto de vista naturalístico sino también jurídico. El vínculo naturalístico estaría dado por la causalidad y el normativo por la imputación objetiva que gira en tono a las ideas de riesgo desaprobado y realizado^[1].

Según el mismo autor, el principio de confianza es una elaboración doctrinaria y jurisprudencial foránea creada en el marco del tráfico rodado y extendida a los ámbitos donde rige la división de trabajo, que algunos consideran manifestación del riesgo permitido y otros utilizan como criterio para comprobar la diligencia debida, según el cual quien se comporta en la circulación de acuerdo con la norma puede y debe confiar en que todos los participantes en él también lo hagan, a no ser que de manera fundada se pueda suponer lo contrario^[2].

La Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación en fallo de segunda instancia de julio 4 de 2017 proferido dentro del radicado No. 161-7022 (IUS 2014-186442 IUC D-2015-698719) hizo las siguientes consideraciones en relación con el principio de confianza:

“De entrada debemos recordar que este principio de creación jurisprudencial surgió a mediados del siglo XX para reconocer a los conductores la posibilidad de confiar en la conducta de los demás actores del tráfico vehicular, eximiéndolos en situaciones concretas de su obligación de estar pendientes en todo momento de las posibles actuaciones inadecuadas de los demás^[3].

[1] VELÁSQUEZ, Fernando. Manual de Derecho Penal Parte General. Ediciones jurídicas Andrés Morales. Bogotá. 2010. p. 356.

[2] *Ibidem* p. 376.

[3] MARIO MARAVER GÓMEZ. El Principio de confianza en derecho penal. Marzo de 2009.



El principio de confianza se fue extendiendo a otras actuaciones y fue allí donde la doctrina empezó a destacar la necesidad de limitar la aplicación de este en aquellas situaciones en que de la relación entre los distintos intervinientes puede surgir la existencia de un deber de cuidado sobre la conducta de los terceros, verbi gracia, en aquellos escenarios en los que se produce una división vertical del trabajo y se le impone al superior jerárquico ciertos deberes de dirección y supervisión sobre la conducta de sus subordinados.

Así entonces, el principio de confianza guarda estrecha relación con los conceptos de deber de cuidado y riesgo permitido, y es precisamente sobre este tópico que la doctrina ha enunciado:

El principio de confianza puede aparecer en dos modalidades, la primera, cuando alguien actuando como tercero genera una situación que es inocua, pero si y solo si el autor que actúa a continuación cumple con sus deberes. Segunda, la confianza irá guiada a que una determinada situación, previamente dada, haya sido dispuesta correctamente por parte de un tercero, de modo que quien haga uso de ella, el potencial autor, si cumple con su rol no generará daño alguno (p. ej. el cirujano que confía en la esterilización de sus herramientas). Desde esa perspectiva tendríamos entonces que el principio de confianza tiene por destino hacer viable el reparto de trabajo.

Es necesario tener en cuenta los límites del principio de confianza planteados por Jakobs en su ensayo “La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del ‘riesgo permitido’, la ‘prohibición de regreso’ y el ‘principio de confianza’” y en su monografía “Imputación objetiva en el derecho penal”: 1. Este principio queda excluido si la otra persona no tiene capacidad de ser responsable o está disculpada de su responsabilidad. Ejemplo: no habrá en el tráfico automovilístico un principio de confianza que se dirija a la corrección de la conducta de niños pequeños. 2. No puede permitirse la confianza si la misión de uno de los intervinientes consiste precisamente en compensar los fallos que eventualmente el otro comete; y esto puede suceder recíprocamente. 3. Habrá cesación del principio de confianza cuando concurra la conducta que defrauda las expectativas. Por ejemplo, cuando el copiloto del avión está embriagado, al piloto le corresponde asumir de nuevo las tareas eventualmente delegadas.

El principio de confianza no es un suceso psíquico, sino que debe entenderse como una autorización, un “estar permitido confiar”, significando ello que no es solo un supuesto particular del riesgo permitido, sino también de la prohibición de regreso: [...] no se trata únicamente de que las personas, en acciones comunes o contactos anónimos, puedan ser factores perturbadores al igual que los procesos naturales impredecibles (en esta medida, riesgo permitido), sino que también se trata de la



responsabilidad de estas personas por sus fallos (en esta medida prohibición de regreso) sin embargo, a diferencia de la prohibición de regreso, en el principio de confianza el agente es garante en la evitación de un curso de daño^[4].

Sintetizando podemos señalar, que el principio de confianza surge en el marco de actividades donde intervienen diferentes sujetos con roles y deberes determinados normativamente (tráfico vehicular, división de trabajo) y en cuyo desarrollo o ejecución se pueden presentar resultados con relevancia para el Derecho sancionatorio estatal, debiendo los operadores jurídicos establecer, a quien se deben imputar dichos resultados, para cuyo efecto se deberá partir de establecer el rol desempeñado por cada uno de los intervinientes en la actividad y el marco normativo que regula su intervención, para deducir en el contexto fáctico del caso, si su comportamiento se adecuó a la norma y si podían confiar en que los demás participantes actuaran de igual modo. En este escenario, un resultado producido con la intervención de un sujeto que ejecutó su conducta con observancia del régimen normativo pertinente y sin la existencia de elementos de juicio que le permitieran inferir razonablemente que los demás participantes iban a desatender dicho régimen, aun cuando podría serle imputado causal y naturalísticamente, no podría serlo desde el punto de vista normativo, debiéndose excluir por lo tanto su responsabilidad.

Ahora bien, si tenemos presente que es en el ámbito laboral caracterizado por la división de trabajo, donde se origina y produce sus efectos el derecho disciplinario y si observamos que en el marco de la ley 734 de 2002 los comportamientos disciplinariamente relevantes son aquellos que afectan de manera sustancial un deber funcional sin justificación alguna, podemos concluir de manera razonable que el principio de confianza sí está llamado a cumplir un rol en la determinación de la existencia o no de responsabilidad, rol que se concreta en concepto de la Comisión Disciplinaria Triple A, en servir de parámetro para establecer cuándo en un contexto fáctico específico donde prima la división de funciones y donde en la cadena causal material de producción de un hecho han intervenido diferentes funcionarios, un sujeto puede considerar razonablemente que puede desarrollar el deber o función a su cargo confiando en que los demás intervinientes en el trámite de la actuación ajustarán su comportamiento al marco normativo regulatorio de la actividad ejecutada, papel este que en concepto de este operador disciplinario, se da en el marco de juicio de exigibilidad en el que se estructura la culpabilidad disciplinaria, pues es en éste donde se debe establecer si un deber funcional era o no exigible a un disciplinado dadas las condiciones fácticas del caso, las

[4] JOSÉ MARÍA PELÁEZ MEJÍA. Configuración del principio de confianza. Revista Prolegómenos 2016. Páginas 15 a 35.



personales del procesado y las normativas del deber funcional y donde se debe concluir si en la ejecución del comportamiento reprochado actuó de acuerdo con el estándar de diligencia exigido, o si por el contrario, su conducta estuvo precedida de dolo, culpa gravísima o culpa grave.”

Se ha manifestado a favor de la defensa del señor LUIS MIGUEL COTES HABEYCH tanto en su versión libre, como en los descargos y alegatos de conclusión que como gobernador del departamento del Magdalena no tenía el deber de verificar o examinar los estudios y diseños técnicos de los años 2008 y 2009 que soportaban los estudios previos y fundamentaban la licitación pública del 2013, que dirigió, pues su confianza se fundaba en que éstos fueron entregados por el INVIAS en fase III de maduración.

Ahora bien, si el principio de confianza en materia disciplinaria es un parámetro para determinar cuándo un sujeto puede considerar razonablemente que puede ejecutar el deber o función a su cargo confiando en que los demás intervinientes en el trámite de la actuación ajustarán su comportamiento al marco normativo regulatorio de la actividad ejecutada, se debe partir de precisar las condiciones personales del disciplinado, sus deberes funcionales y los elementos fácticos relevantes del contexto en que tuvieron ocurrencia los hechos materia de cargos.

En cuanto a lo primero, de conformidad con la hoja de vida y la certificación laboral incorporadas al expediente y relacionadas en el acápite de pruebas, se tiene que el señor LUIS MIGUEL COTES HABEYCH se venía desempeñando como gobernador del departamento desde el 1 de enero de 2012, refiriendo en su hoja de vida como profesión administrador de empresas, y como experiencia diputado a la asamblea del Magdalena en el periodo 2008 al 2010, es decir durante el acaecimiento de la ola invernal, que también dado este cargo lo hacía conocedor de la región y como servidor público, la gestión y control de la actividad pública no le eran ajenas.

En lo que respecta al segundo tópico, esto es al marco funcional en el cual se desarrolló la conducta reprochada, para no ser redundantes nos remitimos al presentado al comienzo del análisis de la tipicidad de la conducta.

Ahora bien, sobre los elementos fácticos relevantes del contexto en que ocurrieron los hechos materia de cargos, tenemos que desde su mismo ingreso a la gobernación de Magdalena el señor COTES HABEYCH conocía de la existencia la problemática y afectación de la ola invernal del 2010 o fenómeno de la niña en la zona de influencia del proyecto y donde éste se ejecutaría, como lo anotó en su plan de gobierno y en los mismos estudios previos, situación comprada en este proceso disciplinario en el capítulo V – HECHOS PROBADOS.

Se encuentra probado igualmente que el contrato celebrado tenía una relevancia importante por el monto de los aportes de la nación y del sistema general de regalías y por las finalidades que se pretendían lograr para la región.

375

IUS E-2017-519707 /IUC-D-2017-956399
Auto: Fallo de primera instancia-30-09-2020
Caso: Proyecto Vía La Prosperidad – Gobernación de Magdalena
CJOM/OLSC



Está acreditada la existencia de irregularidades en la implementación y ejecución del proyecto vía de la prosperidad debido a la adjudicación y celebración del contrato de obra con estudios y diseños desactualizados que afectaron negativamente el alcance físico del proyecto reduciéndose de 56. Km a 18 km longitudinales de vía apta.

Está probado que para la fecha de ocurrencia de los hechos, el parámetro de diligencia exigible al gobernador del Magdalena era en los términos de los artículos 25 y 26 de la Ley 80 de 1993 que implica que sus actuaciones deben encontrarse acompañadas de la diligencia que debe observar un profesional en la atención de sus asuntos de manera que su actividad siempre debe ser oportuna y cuidadosa, verificando que la misma esté ajustada a la ley y al ordenamiento jurídico lo que supone un mayor esfuerzo y una más alta exigencia para los administradores territoriales en la conducción del departamento y la actividad contractual a su cargo como ordenador del gasto y representante legal en procura de satisfacer los fines estatales

Al analizar de manera conjunta las condiciones personales del disciplinado (grado de formación profesional en el nivel de especialización y experiencia en el cargo), así como el contenido de los deberes funcionales a su cargo y los elementos fácticos relevantes del contexto en que tuvieron ocurrencia los hechos materia de cargos y del material probatorio analizado y referido en esta providencia, este Despacho debe concluir, que el disciplinado al momento de adjudicar y suscribir el contrato de obra 617 de 2013 contaba con indicios que razonablemente debían haberle hecho pensar que los estudios y diseños que se emplearían en este proceso licitatorio podrían estar desactualizados, muy diferente es la magnitud, cantidades o proporciones que implicaría tal situación para lo cual se requerían estudios y análisis de profundidad con expertos en la materia.

Si bien es cierto el disciplinado no es ingeniero civil, o ingeniero, hidráulico, de suelos o profesión afín, si es administrador de empresas, conoce de métodos y procedimientos, de gestión de calidad, de estrategias, de fundamentos de administración, y en general de otras herramientas que le daban el conocimiento necesario para que aunado a su trayectoria profesional en el sector público, le exigían un papel activo, analítico sobre el tema.

Así, por tanto, la dirección del proceso contractual contempla responsabilidades y con mayor preponderancia en su planeación, en la etapa precontractual, donde podía requerir que se ajustará el contenido de los estudios previos, solicitar explicaciones técnicas respecto del alcance de los documentos que le servirían de soporte para el denominado “estudios previos” que elaboró y no solo transcribir a manera de relación general la existencia de unos estudios de ingeniería y diseños entregados, respecto de los cuales, ni siquiera en los estudios previos ni el pliego



de condiciones hizo referencia a la anualidad en que fueron elaborados. Su participación en el proceso precontractual requería de mayor rigurosidad.

Su preparación profesional es suficiente para que tuviera una apreciación siquiera global del contenido de la estructuración y planeación del proyecto que por demás no era ajeno, dado el conocimiento del entorno que le exigía el manual de funciones como contribución especial para el cargo, el cual lo tenía por haber desempeñado cargos públicos en el departamento del Magdalena y porque especialmente así lo plasmó en su plan de gobierno y en el plan de desarrollo departamental como quedó evidenciado cuando se hizo una descripción del marco general del proyecto, capítulo al cual se remite este Despacho, además los actos de adjudicación y celebración del contrato de obra generaban obligaciones para el departamento por ello su actuar en la etapa precontractual y en la actividad contractual no puede ser un mero formalismo.

Igualmente no se encuentra acreditado que hubiera requerido alguna orientación desde el punto de vista técnico, ni de sus subalternos, que participaron en el proceso licitatorio y/o en la supervisión del proyecto, quienes pese a que declararon que su jefe había actuado correctamente, al preguntarles si había dado instrucciones frente a la validación de la vigencia y actualización de los estudios y diseños que serían empleados, todos indicaron que no, porque por estar certificados en fase III no se requería, sin importar o considerar el año de elaboración de éstos ni sabiendo que había existido con posterioridad una ola invernal que afectó considerablemente la zona donde se iban a implantar; ni indagar este aspecto ante el INVIAS, no obstante que esta entidad tenía la obligación de apoyarlo técnicamente **en caso de que el departamento lo requiriera**, como bien lo indica la cláusula octava numeral 7, se vislumbra que no observó el grado de diligencia que el ejercicio de su cargo le imponía y vulneró los deberes funcionales analizados cuyo cumplimiento y observancia le resultaban exigibles en el contexto fáctico del caso, de manera que este Despacho no puede aceptar la configuración en el actuar del disciplinado, de un principio de confianza excluyente de culpabilidad.

No obstante, se acepta que no era elemental ni obvio que actuara en la forma cuestionada en el pliego de cargos respecto al elemento subjetivo de su conducta, por tanto no puede predicarse la incursión en una culpa gravísima por desatención elemental, empero, su actuar si fue negligente, descuidado en el ejercicio de su cargo, pues contando con las herramientas y facultades llevar a cabo una buena dirección del proceso contractual y sacar adelante un proyecto confiado y en el cual había sido designado por el OCAD como ejecutor de los recursos públicos con las responsabilidades que esta atribución estriba para esmerarse en la planeación y control de los recursos públicos confiados, de manera imprudente participó en la etapa precontractual y en la actividad contractual de la estructuración y ejecución del proyecto de inversión pública e infraestructura conocido como VIA DE LA PROSPERIDAD, con posibles deficiencias técnicas en la planeación del proceso constructivo del corredor vial adelantado mediante la adjudicación de la licitación

377

IUS E-2017-519707 /IUC-D-2017-956399
Auto: Fallo de primera instancia-30-09-2020
Caso: Proyecto Vía La Prosperidad – Gobernación de Magdalena
CJOM/OLSC



pública LP-DM-007-2012 y la celebración del contrato 617 de 2013, toda vez que se adelantó **(i)** con estudios y diseños desactualizados que fueron elaborados en el 2008 y 2009 para ser ejecutados a partir del año 2013 sin tener en consideración la ola invernal de los años 2010 y 2011 o fenómeno de la niña que cambió las condiciones de la carretera objeto del proyecto, y **(ii)** con un presupuesto definitivo desfasado y sin sustento en el que se modificaron las especificaciones del material que se proponía, utilizar para la construcción de los terraplenes, específicamente en el tramo Palermo – Sitio nuevo, de *Afirmado*, a *Terraplén*, sin ajustar el ítem de transporte de material, ni considerar el fenómeno de la ola invernal que generó un mayor aumento en la altura y volumen de los terraplenes, así como iniciar la obra sin considerar que las fuentes de materiales existentes cumplieran con las especificaciones técnicas y condiciones legales, por lo cual **su comportamiento fue desplegado con culpa grave**, imputación que tiene la entidad suficiente para imponerse sanción disciplinaria y así se modifica y declarará.

De todo lo expuesto, no se tiene duda que el disciplinado actuó de manera negligente. Sin embargo, no se mantiene el subtítulo de culpa al cual se atribuyó la falta al disciplinado, esto es, culpa gravísima, por cuanto se observa que su comportamiento se encuadra en la definición de culpa grave dispuesta en el parágrafo del artículo 44 de la Ley 734 de: « [...] La culpa será grave cuando se incurra en falta disciplinaria por inobservancia del cuidado necesario que cualquier persona de común imprime a sus actuaciones».

El disciplinado inobservó el cuidado necesario de verificar los asuntos puestos a su consideración, pues una persona en las mismas circunstancias tenía el deber de analizar si el departamento podía realizar y ejecutar este proyecto de inversión pública, y por ende adelantar la licitación pública, sin embargo, el disciplinado asintió en la realización del proceso contractual sin asesorarse ni examinar si ello era procedente con unos estudios y diseños que habían perdido vigencia.

Por tanto, **la falta se atribuirá definitivamente a título de culpa grave.**

6.5. FUNDAMENTACIÓN DE LA CALIFICACIÓN DEFINITIVA DE LA FALTA DISCIPLINARIA.

Conforme al análisis efectuado de las pruebas y de los argumentos de defensa, se encuentra acreditado que el señor **LUIS MIGUEL COTES HABEYCH** en su condición de gobernador del departamento del Magdalena incurrió en la **falta disciplinaria prevista en el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002 por haber participado en la etapa precontractual y en la actividad contractual con desconocimiento de los principios de economía y de responsabilidad que regulan la contratación estatal**



6.6. CRITERIOS TENIDOS EN CUENTA PARA LA DOSIFICACION DE LA SANCION

Demostrada la tipicidad de la conducta del señor LUIS MIGUEL COTES HABEYC, su antijuridicidad (ilicitud sustancial) y culpabilidad luego que, el cargo único formulado, y con múltiples conductas, fuera probado y no desvirtuado, se declarará en esta instancia su responsabilidad disciplinaria, y se procederá a tasar la sanción prevista para las **faltas gravísimas cometidas con culpa grave**, teniendo en consideración que el numeral 9° del artículo 43 de La Ley 734 de 2002 señala que la realización típica de una falta objetivamente gravísima cometida con culpa grave, será considerada como grave, sin que por ello pierda su naturaleza típica de gravísima, es solo para efectos de dosificar la sanción.

Cabe destacar que acorde con el grado de culpabilidad inicialmente definido en el pliego de cargos de culpa gravísima por desatención elemental, como calificación provisional, la sanción a imponer hubiera sido la destitución del cargo con una inhabilidad mínima de 10 años, sin embargo, en consideración a la variación del grado de culpabilidad, corresponde imponer la sanción la suspensión en el ejercicio del cargo, entre 1 y 12 meses

Definido lo anterior corresponde acudir a lo señalado en el artículo 44 del CDU que consagra las sanciones a las que está sometido el servidor público y para el caso que nos ocupa, al considerar la falta como grave, en atención a lo normado en el numeral 9° del artículo 43, amén que el comportamiento del disciplinable es culposo (culpa grave) se tendrá en cuenta lo señalado en el numeral 3 que contempla como sanción la “Suspensión para las faltas graves culposas”, que implica la separación del cargo en cuyo desempeño se originó la falta, según lo normado en el numeral 2° del artículo 45 ídem, la cual no será inferior a 1 mes ni superior a doce meses, acorde con los preceptos del artículo 46 del referido estatuto disciplinario.

En consecuencia, para graduar la sanción corresponde atender los criterios definidos en el artículo 47 de la Ley 734 de 2002, Código Disciplinario Único, partiendo del mínimo de 1 mes de suspensión.

Los criterios para definir la duración de la sanción, los establece el artículo 47 del Código Disciplinario Único, en los siguientes términos:

“Artículo 47. Criterios para la graduación de la sanción.

1. La cuantía de la multa y el término de duración de la suspensión e inhabilidad se fijarán de acuerdo con los siguientes criterios:

- a) Haber sido sancionado fiscal o disciplinariamente dentro de los cinco años anteriores a la comisión de la conducta que se investiga;
- b) La diligencia y eficiencia demostrada en el desempeño del cargo o de la función;
- c) Atribuir la responsabilidad infundadamente a un tercero;
- d) La confesión de la falta antes de la formulación de cargos;

379



- e) Haber procurado, por iniciativa propia, resarcir el daño o compensar el perjuicio causado;
- f) Haber devuelto, restituido o reparado, según el caso, el bien afectado con la conducta constitutiva de la falta, siempre que la devolución, restitución o reparación no se hubieren decretado en otro proceso;
- g) El grave daño social de la conducta;
- h) La afectación a derechos fundamentales;
- i) El conocimiento de la ilicitud;
- j) Pertener el servidor público al nivel directivo o ejecutivo de la entidad.

2. A quien, con una o varias acciones u omisiones, infrinja varias disposiciones de la ley disciplinaria o varias veces la misma disposición, se le graduará la sanción de acuerdo con los siguientes criterios:

c) Si la sanción más grave es la suspensión, esta se incrementará hasta en otro tanto, sin exceder el máximo legal (...)"

- a) **Haber sido sancionado fiscal o disciplinariamente dentro de los cinco años anteriores a la comisión de la conducta que se investiga;** como el disciplinable no tiene antecedentes fiscales ni disciplinarios, este será tenido en cuenta como un factor atenuante.
- b) **La diligencia y eficiencia demostrada en el desempeño del cargo o de la función;** teniendo en cuenta el análisis de la conducta investigada y que ha quedado plasmada a lo largo de esta decisión, el disciplinado no fue diligente, ni eficiente en el ejercicio del cargo de gobernador del departamento del Magdalena y ejecutor del proyecto vía de la prosperidad, como quedó probado en esta providencia, además, el grado de culpabilidad fue calificado en la modalidad de culpa grave precisamente frente a su falta de diligencia, y en frente a la ilicitud de su conducta se consideró que la desatención de sus deberes funcionales fue sustancial y afectó el principio de eficiencia que rige la función pública; por lo que esto será tenido en cuenta como un **factor agravante** de la sanción.
- c) **Atribuir la responsabilidad infundadamente a un tercero;** como quedó evidenciado en este fallo sancionatorio, parte fundamental de los argumentos exculpatorios de la conducta del disciplinado se centraron en atribuir responsabilidad al INVIAS, el OCAD a las veedurías ciudadanas, a los oferentes y proponentes en participar en la licitación pública que culminó con la celebración del contrato de obra objeto de esta investigación, e incluso a los órganos de control, principalmente a la Procuraduría General de la Nación en cabeza de la Procuraduría Delegada para la Vigilancia de la Función Pública, dado que nadie le advirtió que se había presentado una ola invernal en el sitio donde se ejecutarían los diseños, así como nadie la advirtió que él, en cabeza de la administración departamental, como gobernador, le correspondía indagar, validar y cerciorarse que esos estudios y diseños del año 2008, estuvieran aptos y viables para ser aplicados en el año 2013, en una zona que había sido afectada sustancialmente por las inundaciones y

380



crecientes del río Magdalena, producto del fenómeno de la niña. La validación que aquí se menciona y como quedó soportado en esta providencia, no corresponde a la acción directa del mandatario de ir a terreno, tomar los planos, hacer cálculos y correr modelos matemáticos y de diseño, equivale al ejercicio propio de sus deberes como encargado de la dirección de la actividad contractual y ejercicio de la administración pública del ente territorial a su cargo. Por tanto, esta circunstancia será tenida como **factor agravante** de la sanción a imponer.

En esta decisión se anotó lo siguiente respecto de la participación de la Procuraduría, de manera preventiva, en un proceso licitatorio: “Significa lo anterior que el acompañamiento que hizo la Procuraduría General de la Nación no tenía por objeto entrar a analizar o estudiar los diseños y estudios y adoptar decisiones al respecto pues escapa de la órbita de sus funciones y competencias como bien lo dejó claro en las actas, recordándole a la gobernación que **el acompañamiento preventivo que se realiza no implica aval, coadministración o injerencia indebida en la gestión de la entidad contratante**”.

Y en cuanto al CONPES se indicó: “... pertinente advertir que, en el ejercicio de tales competencias, actualmente **el CONPES como órgano colegiado no emite actos administrativos aprobatorios de proyectos de inversión, ni autoriza los mecanismos jurídicos de ejecución contractual de los mismos**, de acuerdo con lo indicado por el artículo 110 del Estatuto Orgánico del Presupuesto⁸⁹” (folio 1689 vuelto).

- d) La confesión de la falta antes de la formulación de cargos; esta circunstancia no se dio y por tanto no será tenida en cuenta como atenuante de la sanción.
- e) Haber procurado, por iniciativa propia, resarcir el daño o compensar el perjuicio causado; esta circunstancia tampoco se dio y por tanto no será tenida en cuenta como atenuante de la sanción.
- f) Haber devuelto, restituido o reparado, según el caso, el bien afectado con la conducta constitutiva de la falta, siempre que la devolución, restitución o reparación no se hubieren decretado en otro proceso; esta circunstancia no se dio; por tanto, no será tenida en cuenta como atenuante de la sanción.

⁸⁹ Decreto 111 de 1996 “Artículo 110. Los órganos que son una sección en el Presupuesto General de la Nación, tendrán la capacidad de contratar y comprometer a nombre de la persona jurídica de la cual hagan parte, y ordenar el gasto en desarrollo de las apropiaciones incorporadas en la respectiva sección, lo que constituye la autonomía presupuestal a que se refieren la Constitución Política y la ley. Estas facultades estarán en cabeza del jefe de cada órgano quien podrá delegarlas en funcionarios del nivel directivo o quien haga sus veces y serán ejercidas teniendo en cuenta las normas consagradas en el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública y en las disposiciones legales vigentes (...)”



- g) **El grave daño social de la conducta**; por cuanto la sociedad espera que sus servidores públicos y especialmente quienes tienen a su cargo la vigilancia y control de recursos públicos actúen siempre con apego a la Ley y de manera eficaz y racional en el ejercicio de sus deberes funcionales como quedó ampliamente demostrado y especialmente referido en el acápite considerativo frente a su ilicitud sustancial. Por tanto, esta circunstancia será tenida como **factor agravante** de la sanción a imponer.
- h) La afectación a derechos fundamentales; esta circunstancia no se dio y por tanto no será tenida en cuenta como atenuante de la sanción.
- i) **El conocimiento de la ilicitud**; Como se explicó en el análisis de la culpabilidad, dada su condición de administrador de empresas, con experiencia en el sector público en cargos que le permitían conocer las situaciones, necesidades y problemáticas en la región que tenía bajo su mandato donde fungió como diputado a la Asamblea Departamental y luego como Gobernador, por lo que esta circunstancia será tenida en cuenta como **factor agravante** de la sanción.
- j) **Pertenecer el servidor público al nivel directivo o ejecutivo de la entidad**. El disciplinable fungía como gobernador del departamento del Magdalena tenía a su cargo la dirección de la actividad contractual y administrativa de la entidad, y se esperaba que su nivel de diligencia y cuidado no solo se enfocara a ejercer una adecuada planeación y salvaguardar y proteger los cuantiosos recursos que estaban invirtiendo en el proyecto vía de la prosperidad, por lo que esta circunstancia será tenida en cuenta como **factor agravante** de la sanción.

Aunado a lo expuesto, se debe tener en consideración que la conducta de LUIS MIGUEL COTES HABEYCH en su condición de gobernador del departamento del Magdalena, aunque incurrió en una falta disciplinaria, esto es la prevista en el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, vulneró dos principios de la contratación estatal, el de economía y el de responsabilidad, por varias conductas como quedó demostrado relacionadas con su participación en la etapa precontractual y contractual del proyecto vía de la prosperidad, a través de la adjudicación y celebración del contrato de obra 617 de 2013 con (i) estudios y diseños desactualizados; (ii) estudios y diseños con un presupuesto desfasado en el que se modificaron las especificaciones del material que se proponía de afirmado a terraplén, (iii) iniciar la obra sin considerar las fuentes de materiales existentes, (iv) no cumplir con los fines de la contratación, (v) no cumplir con las reglas de administración de bienes ajenos para garantizar la adecuada gestión e inversión de los recursos públicos.

En consecuencia, partiendo de 1 mes de suspensión y con la totalidad de los agravantes, es decir 5, dado que los 4 criterios restantes corresponden a atenuantes

382



de la conducta, de los cuales solo el literal a) se podría generar una suspensión de once 11 meses, que de acuerdo con lo estipulado en el numeral 2 del artículo 47 del CDU, el cual señala que “A quien, con una o varias acciones u omisiones, infrinja varias disposiciones de la ley disciplinaria o varias veces la misma disposición”, se incrementará la sanción en otro tanto, se tiene que, en el presente caso se determinó que se podría llegar a 22 meses de suspensión, sin embargo, la norma es clara y a renglón seguido, indica que no se puede exceder el máximo legal, que en este caso es de 12 meses de suspensión, imperativo legal que corresponde respetar en aplicación del principio de legalidad.

En consecuencia, este Despacho declarará a LUIS MIGUEL COTES HABEYCH investigado en su condición de gobernador del departamento del Magdalena como responsable disciplinariamente de las conductas objeto del cargo formulado mediante auto del 31 de mayo de 2019, quien se hará acreedor a la **SANCIÓN DE DOCE (12) MESES DE SUSPENSIÓN EN EL EJERCICIO DEL CARGO.**

VII. CONSIDERACIONES FRENTE A LA RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA DE ROSA COTES DE ZÚÑIGA, GOBERNADORA DEL MAGDALENA 2016-2019

7.1. SÍNTESIS DE LOS ARGUMENTOS DE LA DEFENSA Y RESPUESTA DE LA PROCURADURÍA.

7.1.1. Sobre la demora en el inicio del proceso sancionatorio y la prejudicialidad frente a la decisión del tribunal de arbitramento

En los descargos expone que desde el mes de agosto de 2016 y no desde antes como lo indica la Procuraduría, la interventoría del contrato “empezó a manifestar en diversas oportunidades que estaban presentando atrasos en la ejecución de la obra, los cuales podían ser atribuidos al contratista. Sin embargo, LO QUE ES CLARO, ASI LA PROCURADURIA LO CONSIDERE UN SIMPLE FORMALISMO, es que solamente hasta el 9 de diciembre de 2016 la interventoría del contrato solicitó formalmente la imposición de la multa”, momento a partir del cual considera que se dieron los supuestos fácticos y jurídicos necesarios par que se iniciara el proceso sancionatorio (folios 2422 y 2423)

Respecto a las razones por las cuales no se inició el procedimiento sancionatorio, entre los meses de agosto y diciembre de 2016 frente al atraso en la colocación de la estructura de pavimento, además de enfatizar que solo lo podía hacer hasta que el interventor formalizara la necesidad de imponer multa, explica que por las condiciones técnicas referidas que el terraplén aún no se encontraba debidamente

383



consolidado era imposible construir la estructura de pavimento, porque esta correría riesgo en su estabilidad, se deformaría y se fracturaría y refuerza lo dicho manifestando que los especialistas técnicos tanto del constructor como de la interventoría decidieron que no se debía realizar las actividades de colocación de la estructura de pavimento, sino hasta a partir del mes de diciembre de 2016. (folio 2422-2423)

Considera que al tenor de lo establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 y jurisprudencia del Consejo de Estado que cita, no es posible que se inicie el proceso administrativo sancionatorio sin que se haya sustentado el respectivo informe en donde se justifique, pero sobretodo sin que se cuantifique el valor de la multa, además expone que no ni en la ley ni el jurisprudencia se exige un término perentorio temporal en el que se indique que deba iniciarse un proceso sancionatorio o no, de manera que no se podría entrar a establecer un incumplimiento de un principio de la contratación estatal in que exista una norma directa que exija que un procedimiento sancionatorio se debe iniciar en un tiempo y mucho menos sin verificar que la misma se ha violado (folio 2426)

Concomitante con lo expuesto señala que “... si bien es cierto que en el tribunal de arbitramento No se ha definido todavía cuál será el resultado final de la multa que se le impusiere al contratista RIBERA ESTE, lo cierto es que mucho menos puede la PROCURADURÍA entrar a determinar si la imposición estuvo demorada o no”, por ello considera que se debe esperar la determinación del tribunal respecto a la multa “para que en caso que se determine que la misma fue impuesta en debida forma y siguiendo las formalidades legales, se proceda a desestimar el cargo” (folio 2427)

En los alegatos de conclusión y aunado a lo expuesto en descargos y la problemática suscitada en torno a las actividades de colocación de la estructura de pavimento, que consideraron debía hacerse a partir del mes de diciembre de 2016, señala que el supervisor FABIO MANJARRÉS solicitó a la interventoría y al contratista realizar una reprogramación del cronograma de obra que permitiera ajustar la construcción de la estructura de pavimento a la realidad. Igualmente solicitó que se desplazaran otras actividades presentes en la programación vigente para esa fecha, pues no podrían iniciarse (folio 3761).

indica que “Frente esta situación, la gobernación intentó acercamientos conciliatorios con el contratista y la interventoría, pero no se logró llegar a un acuerdo debido a unas diferencias que frustraron los avances en las negociaciones. Esto llevo a que, **por primera vez, la interventoría solicitó la aplicación de multas en los términos de ley, motivándola y cuantificándola**”

Por tal motivo considera que no le asiste razón a la Procuraduría al considerar que la existencia previa del informe de interventoría es un simple formalismo, cuando en realidad es un requisito de ley expresamente consagrado en el artículo 86 de la Ley



1474 de 2011. De manera que no es posible que se inicie el proceso administrativo sancionatorio sin que se haya sustentado el respectivo informe en donde se justifique, pero sobre todo sin que se cuantifique el valor de la multa, tal y como lo dice la Ley 1474 de 2011.

Así las cosas, para la defensa solo podía iniciarse el proceso sancionatorio con base en el informe de interventoría del 9 de diciembre que cuantifica la multa y no con informes anteriores, destacando además que no existe norma en el ordenamiento jurídico que le imponga determinados plazos a la administración para hacer uso de sus facultades sancionatoria para endilgarle la disciplinable una supuesta demora en la imposición de una multa al contratista, aspecto que iría en contra del principio de legalidad que en materia disciplinaria contempla que los servidores públicos únicamente pueden ser sancionados por conductas previamente estipuladas en la ley, por ende generar una sanción por esta situación equivaldría a que la procuraduría definiera plazos que la ley no contempla y estaría co-gobernando, sin embargo aduce, que en el evento hipotético supuesto de que existiera la demora aludida, esta facultad sancionatoria estaba delegada en los funcionarios que en su momento profirieron el acto administrativo sancionatorio, figura que a su juicio exime de responsabilidad directa a su prohijada por los hechos imputados, destacando, en todo caso que, **“no se endilgó responsabilidad como delegante por el incumplimiento de estos deberes de vigilancia”** (folios 3764 a 3767).

Respuesta del despacho: los argumentos de defensa mencionados en precedencia fueron atendidos por esta delegada en el capítulo V – HECHOS PROBADOS – especialmente en el acápite 5.6. PRUEBAS DE LA FALTA DE OPORTUNIDAD Y EFICACIA FRENTE A LAS ADVERTENCIAS DE POSIBLES INCUMPLIMIENTOS DEL CONTRATISTA Y LA DEFINICION E IMPLEMENTACION DE SOLUCIONES

Adicionalmente el tribunal de arbitramento en decisión del 11 de julio de 2019 consideró que la declaratoria de la nulidad de la multa impuesta al contratista por desviación de poder y falsa motivación por parte de la gobernación de Magdalena dado que “el Departamento no evaluó el presunto incumplimiento del contratista con una base probatoria que se ajustara a las condiciones del contrato al momento de imponer la multa”, y no con frente a la oportunidad y procedencia de su utilización como un apremio al contratista, pues es un **desarrollo del deber de vigilancia y control sobre los contratos para conminar al contratista a cumplir sus obligaciones** (ver numerales 5.7.1 a 5.7.5 del laudo arbitral) por ende, no puede hacerse la asociación que pretende la defensa, de considerar que por existir nulidad en la declaratoria del acto administrativo que impuso la multa, significa que la gobernadora del Magdalena actuó con diligencia y oportunidad frente a los múltiples requerimientos de la interventoría para que actuara ante los incumplimientos del contratista.



7.1.2. Frente a la deficiencia y oportunidad en la regularización del contrato de obra.

Inicia su defensa, en los descargos, haciendo alusión a la expresión **REGULARIZACION** para indicar que "... fue el término acuñado por el INVIAS con el que se pretendía demostrar que se debían realizar una serie de actuaciones tendientes a lograr una correcta ejecución del contrato. Esta correcta ejecución solo se podía dar si se tenía como premisa que se debían ajustar las cláusulas del contrato con respecto al transporte del material de terraplén y el alcance de la vía." (folio 2428)

Señala que en síntesis el término regularización que empezó a utilizarse por el entonces director del Inviás, Carlos García, hasta el mes de noviembre de 2016, cuando la Contraloría General de la República se pronuncia sobre la posible existencia de un detrimento patrimonial de 34 mil millones de pesos, "corresponde a un reajuste en las cláusulas del contrato, que se puede dar en cualquier contrato estatal, que le sucedan situaciones como las vividas en ese caso."

Señala que consecuente con el concepto de regularización empleado en noviembre de 2016 se suscribió el diciembre de ese año el otro sí No. 3, sin que ello signifique que desde enero a noviembre de 2016 la gobernadora no hubiera realizado ninguna acción que tuviera por objeto reajustar las cláusulas del contrato entre el contratista y la entidad territorial, solo que estaban en fase de negociación, las que concluyeron en la suscripción del otro sí No. 6 de 2017, proceso en el cual se dieron varias reuniones las cuales contaron con el acompañamiento de la Procuraduría General de la Nación y la Contraloría General de la República.

En los alegatos de conclusión resalta que todas las pruebas practicadas en el proceso niegan cualquier clase de comportamiento pasivo por parte de representada en lo que tiene que ver con la ejecución del contrato, y muy por el contrario señala que se probó que la disciplinable jugó siempre un rol activo para solucionar los impases que se generaban.

Continúa diciendo que "una vez firmado el otro sí, se realizaron los ajustes necesarios para salvaguardar la ejecución del contrato, entre ellos:

- Definición del alcance del objeto del contrato
- Ampliación del plazo
- Reprogramación de la ejecución.
- Reducción del valor del contrato."

Indica que "... es evidente que para llegar a al punto de acuerdo, se tuvieron que realizar una serie de negociaciones y mesas de acuerdo, por lo que fue necesario tomar el tiempo requerido para lograr el mejor acuerdo posible" (folio 3769)



Adicional a todo lo expuesto agrega que, "... como el término regularización no tiene raigambre legal alguno, no existe entonces un plazo para que esta figura opere. Luego, nos encontramos frente a una problemática similar la anteriormente explicada en el acápite relativo a la multa, puesto que aquí también pretende la Procuraduría imponer una sanción, no con base en el incumplimiento de una disposición legal, sino por el incumplimiento de una plazo impuesto arbitrariamente y ex post facto por parte del ente de control" (folio 3770)

Concluye que no es posible que sancione a su representada por el argumento pues "i) no es cierto que la exgobernadora ROSA COTES hubiese sido pasiva en cuanto a la regularización del contrato, pues, contrario a lo dicho por el ente de control, la misma actuó con prontitud y con absoluta responsabilidad, tal y como el asunto lo ameritaba. Y, ii) en segundo lugar, por cuanto de llegar a sancionar a mi representada se estaría violando el principio de legalidad, pues no es claro para ningún funcionario público cuál es el término prudencial en el que se debía o no regularizar el contrato." (folio 3771)

Respuesta del despacho: los argumentos de defensa mencionados en precedencia fueron atendidos por esta delegada en el capítulo V – HECHOS PROBADOS – especialmente en el acápite 5.5. PRUEBAS DE LA FALTA DE OPORTUNIDAD Y EFICACIA EN LA ATENCIÓN DE LA DENOMINADA REGULARIZACIÓN O AJUSTES EN EL ALCANCE DEL CONTRATO DE OBRA 617 DE 2013 QUE PERMITIERAN ATENDER LOS FINES DE LA CONTRATACIÓN Y DEL PROYECTO.

7.1.3. Sobre la suspensión de los giros de los recursos del sistema de regalías por la supuesta desatención de los planes de mejora ante el DNP.

Señala la defensa en sus descargos que "**no es cierto que los planes de mejora sean propuestos por la entidad territorial, es decir la GOBERNACION DEL MAGDALENA.** Lo que sucede es que la DIRECCIÓN NACIONAL DE PLANEACION impone al ente territorial y ejecutor de los recursos un plan de mejora con miras a verificar si puede o no seguir gestionando y enviando los recursos del OCAS. Así las cosas, lo cierto es que la PROCURADURÍA parte de una premisa absolutamente **FALSA** y es que precisamente el hecho de que la gobernación es quien propone los planes de mejora.

Aduce que si bien es cierto existen, en su concepto, algunas falencias en el cumplimiento por parte de la gobernación de los planes de mejora, estas son mínimas, y que frente a tales situaciones relacionadas con la ausencia del DAA de las variantes de Palermo y Sitio Nuevo y el incremento de forma indeterminada del valor estimado del proyecto al decidir transportar el material de obra por medio fluvial, generando precios, pagos y especificaciones para la ejecución que no han sido previstos, no se han subsanado por razones no atribuibles a la administración.



Indica que de los dos planes de mejora **las únicas cosas incumplidas son las siguientes:**

1. Del primer plan de mejora:
 - i. NO se cuenta con el DAA de las variantes de Palermo y Sitio Nuevo desde 2017.
2. Del segundo plan de mejora.
 - i. “El proceso constructivo presenta deficiencias técnicas y no garantiza que el trazado de la vía que se construirá corresponde con el indicado en los estudios y diseños presentados para la aprobación del proyecto OCAD respectivo, teniendo en cuenta que los ajustes a los estudios hidrológicos e hidráulicos desde el km 22 al 52.6 de la vía se realizarán cuando el ANLA defina la alternativa para las Variantes de Palermo y Sitio Nuevo.”
 - ii. “No permite determinar cuál es el monto de los recursos requeridos para la terminación del proyecto y si se ha generado un desequilibrio económico en relación con el contrato de obra celebrado, en consideración a que se incrementó de forma indeterminada el valor estimado del proyecto al decidir transportar el material de obra por medio fluvial, generando precios, pagos y especificaciones para la ejecución que no habían sido previstos.”

Sobre estos problemas señala:

“Al respecto la GOBERNACIÓN DE MAGDALENA CONSIDERA que LAS VARIANTES DE PALERMO Y SITIO NUEVO YA CUENTA CON DAA Y ESTA PRÓXIMO A DARLE APERTURA AL CONCURSO DE MÉRITOS PARA CONTRATAR LA CONSULTORÍA DE ESTUDIOS Y DISEÑOS DE LAS VARIANTES DE PALERMO Y SITIO NUEVO INCLUSIVE EL LICENCIAMIENTO AMBIENTAL.

Al respecto la GOBERNACIÓN DE MAGDALENA considera que EL TRANSPORTE MULTIMODAL SE ESTIMÓ CON EL FIN DE REDUCIR LOS COSTOS DEL ÍTEM DE TRANSPORTE” (folio 2431)

Por ende, concluye que no se puede considerar *“como un problema sustancial que signifique que se han violado los principios de la contratación estatal o de la administración pública en la ejecución de un contrato.”*

En términos generales, en los alegatos de conclusión, el apoderado reitera los argumentos señalados en sus descargos y considera destacar nuevamente que la procuraduría parte de una premisa falsa basada en el hecho que la gobernación es quien propone los planes de mejora, dado que insiste que el Departamento Nacional de Planeación “impone al ente territorial y ejecutor de los recursos un plan de mejora

388



con miras a verificar si puede o no seguir gestionando y enviado los recursos del SGRP” (folio 3771)

Respuesta del despacho: los argumentos de defensa mencionados en precedencia fueron atendidos por esta delegada en el capítulo V – HECHOS PROBADOS – especialmente en el acápite 5.7. PRUEBAS DE LA FALTA DE OPORTUNIDAD Y EFICACIA EN ANTENDER EL CUMPLIMIENTO DE LOS PLANES DE MEJORA PRESENTADOS ANTE EL DNP QUE OCASIONARON LA SUSPENSION DEL GIRO DE RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE REGALIAS PARA EL PROYECTO VIA DE LA PROSPERIDAD., además la misma defensa acredita tales incumplimientos.

7.1.4. Sobre el transporte del material para terraplén.

En los descargos el apoderado reitera las explicaciones señaladas frente a la conducta de Luis Miguel Cotes Habeych referidas a que la cantera la Fontana por si sola no cumplía las especificaciones técnicas para obtener de allí todo el material requerido y con las especificaciones técnicas y estándares solicitados por el INVIAS.

Frente a la conducta de Rosa Cotes de Zúñiga , el apoderado, de manera similar a lo expuesto a para su otro poderdante, expresa que no puede hacerse a aquella ningún reproche disciplinario al no incumplir ninguna norma del ordenamiento jurídico, pues todo tiene origen en la desactualización de los estudios y diseños.

En los alegatos de conclusión, el apoderado considera que los mayores valores de transporte **“no obedecen a una falta cometida por la gobernación, sino que se deben a las falencias cometidas en los estudios desactualizados presentados por el INVIAS”** (folio 3759)

Reitera que los mayores valores de transporte obedecieron a la necesidad de un terraplén más alto, el cual exigía mayores cantidades de material ser transportado. Igualmente, que tuvo que actualizarse las distancias de transporte, pues las canteras referidas en los estudios y diseños no satisfacían los estándares técnicos que requería el material.

Por consiguiente, aduce que “tampoco puede imputársele a esta, tal y como lo sugiere la procuraduría que lo que causó los mayores rubros de transporte fuese el no haber utilizado la cantera la fontana. Tal y como se explicó ampliamente en precedencia, ésta por sí sola no era suficiente para suplir los materiales en la obra toda vez que: (i) su fecha de entrada en funcionamiento fue tardía pues la licencia ambiental se encontraba en suspenso en virtud de un recurso de reposición interpuesto, y, (ii) los materiales que emanaban de dicha cantera, por sí solos, no satisfacían los estándares técnicos exigidos por el INVÍAS, por lo que debieron efectuarse las mezclas explicadas en el acápite anterior de estos alegatos.”



De ahí que a su juicio por estos hechos no debe responder la ex gobernadora pues su actuación no incidió en forma alguna en las dificultades de la ejecución del contrato.

Respuesta del despacho: los argumentos de defensa mencionados en precedencia fueron atendidos por esta delegada en el capítulo V – HECHOS PROBADOS – especialmente en el acápite 5.4. PRUEBAS DE LA DEFICIENCIA TÉCNICA EN LA PLANEACIÓN DEL PROCESO CONSTRUCTIVO PARA EL PROYECTO DE INVERSIÓN E INFRAESTRUCTURA CONOCIDO COMO VÍA DE LA PROSPERIDAD Y LA CONTRATACIÓN DE LA OBRA CON UN PRESUPUESTO DEFINITIVO DESFASADO Y SIN SUSTENTO EN EL QUE SE MODIFICARON LAS ESPECIFICACIONES DEL MATERIAL QUE SE PROPONÍA UTILIZAR PARA LA CONSTRUCCIÓN DE LOS TERRAPLENES EN EL TRAMO PALERMO – SITIO NUEVO DE AFIRMADO A TERRAPLÉN; SIN AJUSTAR EL ÍTEM DEL TRANSPORTE DEL MATERIAL; SIN CONSIDERAR EL FENÓMENO DE LA OLA INVERNAL QUE GENERÓ UN MAYOR AUMENTO EN LA ALTURA Y VOLUMEN DE LOS TERRAPLENES, ASÍ COMO SIN CONSIDERAR QUE LAS FUENTES DE MATERIALES EXISTENTES CUMPLIERAN CON LAS ESPECIFICACIONES TÉCNICAS Y CONDICIONES LEGALES.

En conclusión, y como **petición final de alegaciones de defensa**, el apoderado de los disciplinables LUIS MIGUEL COTES HABEYCH y ROSA COTES DE ZÚÑIGA solicita se absuelva a sus prohijados de las faltas disciplinarias endilgadas en el pliego de cargos del 31 de mayo de 2019, pues considera que se logró probar dentro del proceso que no se puede hacer ningún reproche a sus representados (folio 3773)

7.2. ANÁLISIS DE LA TIPICIDAD

En el pliego de cargos del 31 de mayo se consideró que ROSA COTES DE ZÚÑIGA en su condición de gobernadora del departamento del Magdalena pudo haber incurrido en la falta disciplinaria prevista en el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, toda vez participó en la actividad contractual de la ejecución del proyecto de inversión pública conocido como vía de la prosperidad, materializado en el contrato de obra pública 617 de 2013 con desconocimiento del principio que de responsabilidad que rigen la contratación pública y de eficacia de la función pública.

S/e consideró que pudo transgredir el **principio de responsabilidad**, consagrado en los numerales 1°, 4° y 5° del artículo 26 de la Ley 80 de 1993, pues teniendo la responsabilidad de la dirección y manejo de la actividad contractual y la administración de bienes ajenos al parecer no cumplió los fines de la contratación objeto del proyecto vía de la prosperidad.

Asimismo, y en armonía con el principio de responsabilidad, se consideró conculcado el **principio de eficacia** acorde con lo señalado en el artículo 29 de la Constitución Política, desarrollado legalmente en los artículo 3° de la Ley 489 de 1998, 3° de la Ley 1437 de 2011, 3° de la Ley 80 de 1993 y 8° de la Ley 42 de 1993, pues al parecer las acciones emprendidas por la gobernadora, como ejecutora del

390

IUS E-2017-519707 /IUC-D-2017-956399
Auto: Fallo de primera instancia-30-09-2020
Caso: Proyecto Vía La Prosperidad – Gobernación de Magdalena
CJOM/OLSC



proyecto de inversión pública vía de la prosperidad y garante de la correcta ejecución y vigilancia del contrato 617 de 2013, no fueron orientadas a resultados reales y efectivos en la menor oportunidad posible, teniendo la obligación de actuar con determinación y prontitud e el logro efectivo de los cometidos y fines del proyecto, a partir del cual las necesidades de la comunidad se irían a satisfacer mediante la contratación aludida.

Las conductas se pueden concretar de la siguiente manera, acorde con lo definido en el pliego de cargos, relacionados con las debilidades en la dirección y atención oportuna y eficaz de las situaciones presentadas durante la ejecución de la obra para garantizar la adecuada administración de los recursos públicos en cumplimiento de los fines de la contratación:

1. Falta de oportunidad y eficacia para atender la denominada regularización de la ejecución y alcance de la obra objeto del contrato de 617 de 2013.
2. Falta de oportunidad y eficacia en la atención a la advertencia de soluciones de acciones por los posibles incumplimientos del contratista.
3. Falta de oportunidad y eficacia en atender el cumplimiento de los planes de mejora presentados ante el DNP que ocasionaron la suspensión del giro de recursos del sistema general de regalías para el proyecto vía de la prosperidad

Para resolver se considera:

1.- La falta imputada se encuentra contenida en el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, por la cual se expide el Código Disciplinario Único.

“Participar en la etapa precontractual o en la actividad contractual (...) con desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal y la función administrativa contemplados en la Constitución y la Ley.

2.- La falta disciplinaria endilgada es considerada por la Ley 734 de 2002 como gravísima.

3.- Al momento de tipificar la falta disciplinaria en atención a lo consagrado en la sentencia C-818 de 2015⁹⁰, se señalaron las reglas legales que desarrollaban y

⁹⁰ Para la configuración de una falta disciplinaria, se deben describir en términos absolutos, precisos e incondicionales las conductas que impliquen la existencia de una obligación, deber, prohibición, incompatibilidad o inhabilidad que impidan que el juzgamiento de una persona quede sometido al arbitrio del funcionario investigador. Ahora bien, los principios como norma jurídica también pueden ser objeto de complementación mediante la integración jurídica de su contenido normativo, ya sea a través de disposiciones constitucionales de aplicación directa o de normas de rango legal (o en términos generales: reglas), que permitan concretar de manera clara e inequívoca, las conductas prohibidas en materia disciplinaria. Se trata de acudir al empleo de la técnica de remisión del tipo disciplinario en blanco o abierto que exige para la constitucionalidad



daban alcance en concreto a cada uno de los principios de la contratación estatal vulnerados y a través de un proceso de integración normativa dotando a cada uno de valor y sentido como sigue: (ver folios 2333 vuelto a 2339 vuelto, numeral 6.8 - Normas violadas- del pliego de cargos)

PRINCIPIO	DISPOSICION LEGAL	DISPOSICION REGLAMENTARIAS O CONVENCIONALES
RESPONSABILIDAD	Ley 80 de 1993. Arts 3, 11. 26 numerales 1, 4 y 5. Ley 1530 de 2012. Art. 28	Acuerdo OCAD Caribe No. 23 del 25/05/2015. Art. 10.
EFICACIA	Artículo 209 Constitución Política Ley 489 de 1998. Art. 3 Ley 1437 de 2011. Art 3. Ley 80 de 1993. Art. 3 Ley 42 de 1993. Art. 8 Ley 1474 de 2011. Art. 83	Decreto 414 de 2013. Arts. 2, 4 Decreto 372 de 2012. Capítulos I y VI Convenio 1266 de 2012, cláusula 5 Convenio 649 de 2013, cláusula 9

4.- En el concepto de violación del pliego de cargos se explicó cómo se vulneraron cada uno de estos principios.

5.-En el análisis probatorio se hizo la valoración de las pruebas allegadas y que fundamentaron el cargo formulado y este fallo de instancia.

6.- En el capítulo correspondiente a los hechos probados de este fallo de primera instancia se acreditó de manera fundada la existencia objetiva de cada una las conductas endilgadas, el conocimiento y participación de la disciplinable.

7.- Se indicaron cada una de las funciones y obligaciones a cargo de la gobernadora investigada y su relación y participación en el proyecto y contratación cuestionada.

7.2.1. Acreditación de los elementos típicos de la conducta endilgada en el pliego de cargos:

El Consejo de Estado ha sido reiterativo en definir las pautas para la realización de un adecuado juicio de tipicidad, así:⁹¹

de la descripción de una infracción disciplinaria, la definición de un contenido normativo específico mínimo que garantice a los destinatarios de la norma, protección contra la aplicación arbitraria de la misma.

⁹¹ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Radicado: 110010325000201400360 00. No. Interno : 1131-2014 Demandante: Gustavo Francisco Petro Urrego Demandado: Nación - Procuraduría General de la Nación Medio de Control: Nulidad y restablecimiento del derecho.



El proceso de subsunción típica de la conducta es una de las piezas fundamentales de todo acto que manifiesta el poder represor del Estado y constituye uno de los prerrequisitos necesarios de legalidad y juridicidad de toda sanción⁹² La decisión sancionatoria debe incluir en su motivación un proceso de subsunción típica de la conducta de la persona investigada bajo la norma sancionatoria aplicable. Se trata de un razonamiento que permite establecer la relación directa entre el supuesto descrito en la norma que establece la falta imputada y las circunstancias fácticas plenamente acreditadas, de cuyo análisis y verificación se establezca con certeza si encuadran o no en el componente descriptivo de la norma.

(...)

Ese proceso de adecuación típica implica un juicio de inmersión del hecho probado en cada uno de los elementos integrantes de la norma, a través de una interpretación bajo los criterios textual, sistemático y teleológico, que en forma razonada y razonable lleve a la certeza de que la conducta asumida por el disciplinado encuadra en los supuestos o componentes normativos de la falta disciplinaria. La motivación del acto sancionatorio debe comprender una descripción completa, precisa y clara de cada uno de los supuestos de hecho a partir de los cuales la entidad realiza el proceso de adecuación típica, inclusive desde la imputación formulada en el pliego de cargos, lo que significa que esa descripción no puede obviarse bajo la premisa de que en el pliego se hizo con suficiente argumentación. El pliego de cargos, como acto de trámite, no integra el acto sancionatorio.

Así las cosas, corresponde entrar a determinar la acreditación de los elementos típicos de la conducta endilgada al tenor de lo establecido en el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, así:

- Participar en la actividad contractual
- Con desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal (responsabilidad) y la función administrativa (eficacia)

7.2.1.1. Participar en la actividad contractual.

Respecto al primero de los elementos de la tipicidad de la falta, esto es la **participación en la contractual** se acreditó en este proceso que la exgobernadora participó en la ejecución del proyecto de inversión pública VIA DE LA

⁹² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda, Subsección A. Radicación Núm. 11001 03 25 000 2013 00117 00 (0263-13). Actor: Fabio Alonso Salazar Jaramillo contra la Nación - Procuraduría General de la Nación.



PROSPERIDAD que se materializaría a través del contrato 617 de 2013 respecto del cual le correspondía vigilar la correcta ejecución del objeto contratado.

Al respecto, valgan las consideraciones y demostraciones probatorias expuestas en los acápite:

- 5.3. *Pruebas de la definición y estrategia para la implementación del proyecto de inversión e infraestructura pública denominado vía de la prosperidad por parte de la gobernación de Magdalena.*
- 5.4. *Pruebas de la participación de los gobernadores del Magdalena en la actividad contractual del proyecto vía de la prosperidad a través de la contratación PÚBLICA*
- 5.3.11. *Pruebas indicativas de las obligaciones y deberes que a cargo de los gobernadores frente a la contratación pública adelantada para ejecutar el proyecto vía de la prosperidad, especialmente frente a la estructura de la licitación pública, estudios previos y en general la planeación del proceso constructivo.*

7.2.1.2. Desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal (responsabilidad) y la función administrativa (eficacia)

Frente al segundo elemento de la tipicidad, el desconocimiento de los principios de responsabilidad y eficacia corresponde analizar el caso concreto respecto a cada una de las conductas endilgadas:

- (i) Respecto de la falta de oportunidad y eficacia para atender la denominada regularización de la ejecución y alcance de la obra objeto del contrato de 617 de 2013, se reitera el análisis, consideraciones y demostraciones probatorias aludidas en el numeral 5.5. PRUEBAS DE LA FALTA DE OPORTUNIDAD Y EFICACIA EN ANTENDER EL CUMPLIMIENTO DE LOS PLANES DE MEJORA PRESENTADOS ANTE EL DNP QUE OCASIONARON LA SUSPENSION DEL GIRO DE RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE REGALIAS PARA EL PROYECTO VIA DE LA PROSPERIDAD
- (ii) Frente a la falta de oportunidad y eficacia en la atención a la advertencia de soluciones de acciones por los posibles incumplimientos del contratista, proceden las consideraciones y demostraciones probatorias señaladas en el numeral 5.6. PRUEBAS DE LA FALTA DE OPORTUNIDAD Y EFICACIA FRENTE A LAS ADVERTENCIAS DE POSIBLES INCUMPLIMIENTOS DEL CONTRATISTA Y LA DEFINICION E IMPLEMENTACION DE SOLUCIONES.
- (iii) En cuanto a la falta de oportunidad y eficacia en atender el cumplimiento de los planes de mejora presentados ante el DNP que ocasionaron la



suspensión del giro de recursos del sistema general de regalías para el proyecto vía de la prosperidad, se enfatizan las consideraciones y demostraciones probatorias expuestas en el numeral 5.7 PRUEBAS DE LA FALTA DE OPORTUNIDAD Y EFICACIA EN ANTENDER EL CUMPLIMIENTO DE LOS PLANES DE MEJORA PRESENTADOS ANTE EL DNP QUE OCASIONARON LA SUSPENSION DEL GIRO DE RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE REGALIAS PARA EL PROYECTO VIA DE LA PROSPERIDAD

De manera que, la Procuraduría ha cumplido con la carga de demostrar los hechos sobre los cuales se hizo la imputación y que correspondían a la falta de oportunidad y eficacia en el desarrollo del proyecto para la vía de la prosperidad que se ejecutaría a través del contrato 617 de 2013 y las consecuencias de ello en la reducción del alcance de la obra; por lo tanto, se han atendido los principios de apreciación integral de la prueba haciendo una valoración completa de las circunstancias de hecho y de derecho que rodearon la ejecución del contrato 617 de 2013, el impacto en el alcance del objeto del contrato y la desatención en los fines que se pretendían asegurar con este proyecto.

Si embargo, para que al anterior análisis quede completo y perfeccionado corresponde determinar si estos encuadran en los supuestos o componentes normativos de la falta disciplinaria.

7.2.2. Principios de legalidad y tipicidad

Uno de los ejes fundamentales del discurso de defensa del apoderado se centra en manifestar que la Procuraduría estaría transgrediendo el principio de legalidad y por ende el de tipicidad, toda vez que considera la ausencia de una norma dentro del ordenamiento jurídico que obligue a la entonces gobernadora, dentro de un tiempo establecido, a ajustar, modificar o efectuar la denominada regularización de la ejecución del contrato de obra para el mejoramiento de la vía Palermo – Sitio Nuevo – Remolino – Guáimaro ; así como tampoco para iniciar un proceso sancionatorio y cumplir con las acciones de mejora propuestas ante el Departamento Nacional de Planeación, por ello agrega que, no puede haber ningún tipo de falta disciplinaria por incumplimiento de un principio, sino se violó ninguna norma que desarrolle el principio que se acusa de incumplido, además de no existir un nexo para comprobar la imputación objetiva.

Los principios de legalidad y tipicidad son piedra angular en el ejercicio punitivo del derecho sancionador del Estado a través de los cuales se busca evitar la arbitrariedad y capricho del juzgador que ejerce el poder punitivo del Estado. Su desconocimiento viola el debido proceso y el derecho de defensa que le asiste a los individuos.

En virtud del principio de legalidad se exige que (i) que el señalamiento de la falta y la sanción sean realizados por el legislador; (ii) que el señalamiento de la falta y la



sanción sea previo a la comisión de la infracción, y (iii) que el señalamiento de la falta y la sean determinados plenamente y no determinables.

En la órbita del derecho disciplinario como parte del derecho sancionador o *ius puniendi* para la aplicación del principio de tipicidad como categoría dogmática y expresión del principio de legalidad se debe definir el (i) sujeto activo de la conducta sancionable; (ii) los deberes o funciones propios del cargo; (iii) la prescripción de los elementos básicos de la conducta infringida teniendo en consideración que al utilizar normas en blanco se debe hacer la remisión normativa precisa, y establecer criterios para determinar con claridad la conducta; y a partir de allí proceder a hacer la adecuación típica o la subsunción de la conducta frente al deber funcional infringido y la comisión de la falta disciplinaria sancionable, que constituiría el nexo para comprobar la imputación objetiva.

Así las cosas y dado que el desarrollo dogmático del derecho disciplinario se edifica en la *infracción del deber* y que a través de este régimen se busca la protección de la correcta marcha de la administración pública, siendo el servidor público el principal protagonista para ejecutar la misión encomendada por el Estado y la ciudadanía que lo eligió .-en el caso de los funcionarios de elección popular, como en el asunto que nos ocupa- , se encuentra acreditado que ROSA COTES DE ZÚÑIGA como gobernadora tenía a su cargo los siguientes **deberes, funciones y obligaciones**:

- a. De conformidad con el manual específico de funciones, requisitos y competencias laborales de los empleos adscritos a la administración central departamental del Magdalena, contenido en el Decreto 071 de 2018, dado el cargo de GOBERNADOR, identificado con el código 001, grado 07 era el **ADMINISTRADOR** del departamento, y en tal virtud le correspondía promocionar y planificar el desarrollo económico y social dentro de su territorio en los términos establecidos por la Ley, razón por la cual se le exigen competencias fundamentales hacia la **toma de decisiones, LA ORIENTACIÓN A RESULTADOS**, el liderazgo y la planeación pues precisamente el plan de desarrollo propuesto es su bandera, su guía y su norte para el desarrollo y bienestar de los habitantes de su territorio y en general de la comunidad que gobierna. La relación normativa que fundamenta lo indicado se encuentra en el acápite 6.8.1.que sustentó el pliego de cargos del 31 de mayo de 2019. Lo anterior también en concordancia con lo señalado en esta providencia en los numerales 5.2 y 5.3.10.
- b. De conformidad con lo establecido en los artículos 3°, 11, 23, 26, numerales 1°, 4° y 5° de la Ley 80 de 1993; 28 de la Ley 1530 de 2012 y 10 del Acuerdo del OCAD CARIBE No, 23 de 2015, se acredita que la gobernadora del Magdalena a nivel territorial tiene a cargo la competencia para para **DIRIGIR Y MANEJAR LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL** con la finalidad de

396

IUS E-2017-519707 /IUC-D-2017-956399
Auto: Fallo de primera instancia-30-09-2020
Caso: Proyecto Vía La Prosperidad – Gobernación de Magdalena
CJOM/OLSC



buscar el cumplimiento de los fines de la contratación en los cuales se hallan inmersos los fines del Estado y hacia este propósito debe dirigir su actuar como mandatario territorial, así como garantizar que los recursos destinados para un proyecto con cargo al sistema general de regalías, atiendan la finalidad para la cual fueron aprobados y viabilizados y se ejecuten de conformidad con el régimen contractual aplicable a la entidad pública. La relación normativa que fundamenta lo indicado se encuentra en el acápite 6.8.2. que sustentó el pliego de cargos del 31 de mayo de 2019. Lo anterior también en concordancia con lo señalado en esta providencia en los numerales 5.2 y 5.3.10.

- c. De conformidad con lo establecido en la cláusula quinta del convenio No. 1266 de 2012; cláusula novena del convenio 649 de 2013 ponen de manifiesto las obligaciones adquiridas por el departamento de Magdalena en cabeza de su representante legal frente a la ejecución del proyecto, las cuales son concordantes con aquellas que tenía a su cargo como ejecutor de proyectos viabilizados y aprobado por el OCAD CARIBE con recursos del Sistema General de Regalías.
- d. De conformidad con el artículo 209 de la Constitución Política en concordancia con la Ley 489 de 1998, artículo 3°, Ley 1437 de 2011, artículo 3°, Ley 80 de 1993, artículo 3°, Ley 42 de 1993, artículo 8°, Ley 1474 de 2011, artículo 83, Decreto 372 de 2012, capítulos I y VI, Decreto 414 de 2013, artículo 4°, se atiende lo señalado en la sentencia C-818/05⁹³ de la Corte Constitucional, por ende armonizadas estas normas con las demás señaladas en este capítulo, se considera la conducta y liderazgo que le correspondía ejercer a la disciplinable como gobernadora del departamento del Magdalena al parecer no fueron oportunas y eficaces para solucionar la problemática que durante la ejecución del proyecto vía de la prosperidad se estaba presentando

Bajo este contexto, en sede de tipicidad corresponderá establecer la afectación formal del deber sustancial, en tanto que, en sede de ilicitud, se deberá validar si la afectación del deber funcional fue sustancial y como impactó en los principios de la función pública.

⁹³ La sentencia [C-818/05](#) de la Corte Constitucional que declaró EXEQUIBLE de manera condicional la expresión subrayada contenida en el numeral 31, artículo 48 de la Ley 734 de 2002, “31. Participar en la etapa precontractual o en la actividad contractual, en detrimento del patrimonio público, o con desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal y la función administrativa contemplados en la Constitución y en la ley”, “en el entendido que la conducta constitutiva de la falta gravísima debe ser siempre de carácter concreto y estar descrita en normas constitucionales de aplicación directa o en normas legales que desarrollen esos principios.”



En este orden de ideas cobra vital importancia el concepto de deber funcional como propio y especial del derecho disciplinario, pues acorde con lo señalado por las altas cortes “... las conductas que pertenecen al ámbito del derecho disciplinario, en general, son aquellas que comportan quebrantamiento del deber funcional por parte del servidor público. En cuanto al contenido del deber funcional, la jurisprudencia ha señalado que se encuentra integrado por (i) el cumplimiento estricto de las funciones propias del cargo, (ii) la obligación de actuar acorde a la Constitución y a la ley; (iii) garantizando una adecuada representación del Estado en el cumplimiento de los deberes funcionales. Se infringe el deber funcional si se incurre en comportamiento capaz de afectar la función pública en cualquiera de esas dimensiones. El incumplimiento al deber funcional es lo que configura la ilicitud sustancial que circunscribe la libertad configurativa del legislador, al momento de definir las faltas disciplinarias”⁹⁴.

Entonces, en esencia **¿qué comprende el deber funcional?** Para atender este interrogante, el conferencista y tratadista experto en derecho disciplinario, profesor John Harvey Pinzón Navarrete en su libro *LA ILICITUD SUSTANCIAL EN EL DERECHO DISCIPLINARIO. Concepto, evolución y criterios teórico -prácticos para su correcto entendimiento*⁹⁵, ayuda a despejar este planteamiento así:

“Toda falta disciplinaria, cualquiera que ella sea, lleva implícito el desconocimiento del deber funcional. Es decir, si se incumple un deber, se infringe el deber funcional; si se incurre en una prohibición, se infringe el deber funcional; si hay una extralimitación de un derecho, se infringe el deber funcional; si hay una extralimitación de una función, se infringe el deber funcional; y si se incurre en cualquier comportamiento previsto por el legislador como falta, se infringe el deber funcional.

Por lo tanto, la expresión deber funcional es un concepto que recoge todas las posibilidades de falta disciplinaria. Esta afirmación permite distinguir entre deber funcional y aquellos conceptos que están relacionados únicamente con los *deberes* del servidor público y con las *funciones* que cada uno debe cumplir conforme al respectivo manual expedido por la entidad.

Es por ello que el despacho del procurador general de la nación, ante la poca claridad que hay sobre este especial aspecto, dijo lo siguiente:

⁹⁴ Consejo de Estado. Sala de lo contencioso administrativo. Sección segunda subsección A Consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Radicación número: 11001-03-25-000-2011-00268-00(0947-11). Sentencia del doce (12) de mayo de dos mil catorce (2014)

⁹⁵ PINZÓN NAVARRETE JOHN HARVEY. *La Ilicitud sustancial en el derecho disciplinario*, páginas 42-44. 398



“Ahora bien, respecto del elemento **“deber funcional”** debe tenerse en cuenta que éste concepto es **omnicomprensivo** y, en consecuencia, aquel abarca el cumplimiento del catálogo de deberes propiamente dicho, el no incurrir en prohibiciones, no extralimitarse en el ejercicio de derechos y funciones y de abstenerse de violar el régimen de inhabilidades, incompatibilidades y conflictos de intereses, hipótesis que individualmente **son constitutivas de falta disciplinaria**, en los términos fijados por el artículo 23 del Código Disciplinario Único.

En consecuencia, cuando el artículo 5 del Estatuto Disciplinario refiere que la falta – como sinónimo de conducta – será antijurídica cuando “afecte el deber funcional”, tal categoría – **deber funcional**- debe entenderse como cualquiera de los eventos de una falta disciplinaria. Es por eso que también debe tenerse en cuenta que en las descripciones efectuadas por el legislador, en el artículo 48 del Código Disciplinario único como faltas disciplinarias gravísimas, **la categoría de *deber funcional* se encuentra igualmente inmersa en el tipo disciplinario**, pues la realización de cualquiera de dichas conductas señaladas taxativamente implica, al mismo tiempo, **el desconocimiento del deber funcional** que le asiste a los servidores públicos o particulares que ejercen funciones públicas⁹⁶. (Negrita fuera del texto)”

De manera que aquello que pretende establecer el apoderado, es decir, encontrar una norma concreta, puntual y específica que, de manera textual señale que el gobernador tenía como deber, *verbi gratia*, “*revisar los estudios y diseños que les fueron entregados con el fin de establecer si son serios, completos y suficientes*”, o “*indagar y preguntar si los estudios y diseños que le fueron entregados como soporte para una licitación pública se encuentran actualizados*”, desnaturaliza la finalidad del derecho disciplinario que busca a través de las reglas de sujeción especial garantizar la buena marcha de la gestión pública, exigiendo de los servidores públicos mayor diligencia, eficiencia e imparcialidad en el cumplimiento y atención de los asuntos encomendados, por ende este ordenamiento permite una mayor flexibilidad en las normas de reenvío que por virtud de los tipos abiertos corresponde aplicar y tener en consideración para definir la imputación objetiva.

En palabras del profesor Carlos Arturo Gómez Pavajeau⁹⁷ tenemos que:

En esa medida, las normas disciplinarias estructuradas en forma de tipos abiertos remiten a un complemento normativo, integrado por todas las disposiciones en las que se consagran los deberes, mandatos y prohibiciones aplicables a los servidores públicos; y es a este complemento al cual debe

⁹⁶ Despacho del procurador general de la nación. Fallo de segunda instancia del 11 de enero de 2011. Radicación IUS 2006-277830, IUC 021-151885-06

⁹⁷ El derecho disciplinario en Colombia. Estado del arte. Artículo presentado en el II Congreso Internacional de Derecho disciplinario, realizado en México durante los días 7 a 9 de septiembre de 2010, en el marco de la Confederación Internacional de Derecho disciplinario.



acudir el juez disciplinario al momento de decidir sobre la existencia de responsabilidad y la procedencia de las sanciones correspondientes. Así, “la tipicidad en las infracciones disciplinarias se establece por la lectura sistemática de la norma que establece la función, la orden o la prohibición y de aquella otra que de manera genérica prescribe que el incumplimiento de tales funciones, órdenes o prohibiciones constituye una infracción disciplinaria”⁹⁸. En igual medida, el juez disciplinario debe contar, al nivel de la definición normativa de la falla disciplinaria, con un margen de apreciación más amplio que el del juez penal, que le permita valorar el nivel de cumplimiento, diligencia, cuidado, prudencia con el cual cada funcionario público ha dado cumplimiento a los deberes, prohibiciones y demás mandatos funcionales que le son aplicables; ello en la medida en que “es necesario garantizar de manera efectiva la observancia juiciosa de los deberes de servicio asignados a los funcionarios del Estado mediante la sanción de cualquier omisión o extralimitación en su cumplimiento”⁹⁹. También se justifica este menor requerimiento de precisión en la definición del tipo disciplinario por el hecho de que asumir una posición estricta frente a la aplicación del principio de tipicidad en este campo llevaría simplemente a transcribir, dentro de la descripción del tipo disciplinario, las normas que consagran los deberes, mandatos y prohibiciones aplicables a los servidores públicos¹⁰⁰. De lo expuesto se puede concluir entonces que el sistema de tipos abiertos en materia disciplinaria, implica la existencia de un mayor margen de apreciación para el fallador disciplinario al momento de efectuar la adecuación típica de una conducta a la definición normativa de la falla a sancionar¹⁰¹. Esto es, “las conductas o comportamientos que constituyen falta administrativa, no tienen por qué ser descritos con la misma minuciosidad y detalle que se exige en materia penal, permitiendo así una mayor flexibilidad”¹⁰²

También recientemente señaló la Corte Constitucional que ... en relación con el uso de conceptos indeterminados en normas que tipifiquen actos que se someten a sanciones disciplinarias, la jurisprudencia constitucional ha precisado que las normas del derecho disciplinario entran frecuentemente en conflicto con derechos fundamentales como la intimidad y la autonomía personal, colisiones que deben ser resueltas a través de la ponderación de los bienes jurídicos en conflicto. En este sentido, resultan inconstitucionales aquellas normas que tipifican como faltas disciplinarias, conductas que no tengan relación con el desempeño de la función pública o no correspondan a ninguno de los deberes de los servidores públicos. De esta forma, aunque

⁹⁸ Sentencia C-404 de 2001.

⁹⁹ Ídem

¹⁰⁰ Sentencia T-1093 de 2004.

¹⁰¹ Sentencia T-161 de 2009, M. P.: González Cuervo

¹⁰² Sentencias C-921 de 2001, C-0099 de 2003, C-406 de 2004, C-343 de 2006 y C-242 de 2010



se admite la validez constitucional de tipos abiertos en las conductas constitutivas de faltas disciplinarias, ante la imposibilidad de contar con un catálogo de conductas donde se subsuman todas aquellas que se alejen de los propósitos de la función pública y por ende resulten sancionables, esto no significa que en la tipificación de tales faltas se pueda utilizar expresiones ambiguas, vagas e indeterminadas que quebranten el principio de legalidad y tipicidad consagrado en el artículo 29 de la Constitución, fundamental en el derecho sancionatorio.¹⁰³

Pero de significativa importancia, por cuanto morigera los efectos negativos de los tipos en blanco, respecto de la seguridad jurídica, ... la Corte recordó que en materia disciplinaria, la ley debe orientarse a asegurar el cumplimiento de los deberes funcionales que le asisten al servidor público o al particular que cumple funciones públicas, pues las faltas le interesan al derecho disciplinario en cuanto interfieran tales funciones¹⁰⁴.

Es por ello, por lo que, el profesor PINZON NAVARRETE alude lo siguiente:

Es bastante usual que algunos abogados litigantes confundan – o quieran hacer confundir a la autoridad disciplinaria – los conceptos de deber funcional con las funciones propiamente dichas que debe observar el servidor público, **al punto que esgrimen que si el comportamiento por el cual se llama al disciplinado no está escrito en el manual de funciones entonces ello no puede ser falta, pues no habría, según esta particular tesis, un deber funcional que** afectar. Esta consideración es completamente equivocada y alejada de la realidad, por cuanto muchos comportamientos, entre ellos los que correspondan con faltas gravísimas por casos de corrupción, inhabilidades o incompatibilidades o determinadas prohibiciones, entre muchos otros, nada tienen que ver con las *funciones* del cargo, pero sí todo que ver con el concepto de *deber funcional*, pues de incurrir en dichas conductas este resultaría afectado.

Así, por ejemplo, si un servidor público comete una conducta de promoción y colaboración con grupos al margen de la ley, exige indebidamente sumas de dinero, o si abandona su cargo, afecta su deber funcional, aunque ninguna de esas opciones tenga nada que ver con el respectivo manual de funciones. Por ello, puede decirse que todo incumplimiento del manual de funciones conlleva la afectación del deber funcional, pero no toda afectación del deber funcional siempre tiene que ver con las funciones establecidas en los respectivos manuales. Estas e una imperiosa distinción que debe quedar clara desde el

¹⁰³ Sentencia C-350 de 2009, M. P.: Calle Correa. De todos modos es claro, según Sentencia C-242 de 2010, que en “el ámbito del derecho administrativo sancionador el principio de legalidad se aplica de modo menos riguroso que en materia penal, por las particularidades propias de la actividad sancionadora”.

¹⁰⁴ Ídem



momento en que se formula el respectivo cargo, pues los sujetos procesales siempre encuentran en estas situaciones una muy buena posibilidad de esgrimir con éxito cargos antifóbicos.”¹⁰⁵ (Negritas fuera del texto original)

En conclusión, se evidencia que las normas violadas encierran dos grandes principios, el de responsabilidad y el de eficacia, que a la conducta reprochada disciplinariamente para la señora ROSA COTES DE ZÚÑIGA, deben armonizarse sistemáticamente pues el primero de ellos establece que la gobernadora del departamento como representante legal de la entidad tiene a su cargo la dirección y manejo de la entidad y en tal condición le corresponde asegurar los fines de la contratación estatal y vigilar la correcta ejecución del objeto contratado, y para lograr estos cometidos debe asegurar que sus decisiones estén orientadas a resultados, eficaces y oportunos, es decir que sus decisiones, procedimientos y acciones adoptadas logren su objetivo, pero sin retardos y dilaciones, de lo contrario no se logra la efectividad del derecho material que se pretendía salvaguardar con esta contratación que no es otro que el aseguramiento de un proyecto precisamente llamado vía de la prosperidad en la cual se invirtieron cuantiosos recursos; deberes funcionales que omitió y desatendió de manera negligente, imprudente y hasta descuidada.

7.2.3. Principio de responsabilidad y eficacia

El legislador ha consagrado como uno de los principios rectores de la contratación estatal el **principio de responsabilidad**, contenido en el artículo 26 de la Ley 80 de 1993, como un principio de vital importancia en la actividad contractual a través del cual conmina a los servidores públicos a responder por sus actuaciones y omisiones antijurídicas; igualmente a responder cuando adelanten licitaciones sin estudios y diseños necesarios; a responder por la buena calidad del objeto contratado, dado que teniendo la **responsabilidad de la dirección y manejo de la actividad contractual**, le corresponde actuar bajo una conducta ajustada la ética y a la justicia y cumplir las reglas sobre administración de bienes ajenos, es decir de los recursos públicos que le han sido confiados, todo ello por cuanto están **obligados a buscar el cumplimiento de los fines de la contratación, a vigilar la correcta ejecución del objeto contratado y a proteger los derechos de la entidad, del contratista y de los terceros que pueden verse afectados por la ejecución del contrato.**

En lo atinente al principio de eficacia, la definición mas clara la trae el diccionario de la real academia española: “**capacidad de lograr el efecto que se desea o se espera**”, un concepto claro y sin mayores pretensiones, que efectivamente en esta investigación no se atendió, pues como se expondrá a continuación no se observó que por parte de la administración departamental se ejerciera la habilidad o idoneidad para obtener en forma oportuna los resultados que con la contratación y

¹⁰⁵ PINZÓN NAVARRETE JOHN HARVEY. La Ilícitud sustancial en el derecho disciplinario, páginas 42-44.



el proyecto definido. En otras palabras, la acción de la administración es eficaz cuando logra los cometidos estatales, y en el caso concreto, los fines la contratación pública.

Respecto al principio de eficacia la Corte Constitucional¹⁰⁶ ha indicado:

En cuanto a los principios de eficacia y eficiencia, la Corte ha afirmado en relación con el primero, que la eficacia está soportada en varios conceptos que se hallan dentro de la Constitución Política, especialmente en el artículo 2º, al prever como uno de los fines esenciales del Estado el de garantizar la efectividad de los principios, deberes y derechos consagrados en la Constitución; en el 209 como principio de obligatorio acatamiento por quienes ejercen la función administrativa; en el 365 como uno de los objetivos en la prestación de los servicios públicos; en los artículos 256 numeral 4o., 268 numeral 2º, 277 numeral 5º y 343, relativos al control de gestión y resultados.

En este sentido, la Sala ha señalado que la eficacia constituye una cualidad de la acción administrativa en la que se expresa la vigencia del estado social en el ámbito jurídico-administrativo. Así mismo añade que en definitiva, la eficacia es la traducción de los deberes constitucionales positivos en que se concreta el valor superior de la igualdad derivado directamente de la nota o atributo de socialidad del Estado. Por su parte, en lo que atañe al principio de eficiencia la jurisprudencia de este Tribunal ha señalado que se trata de la máxima racionalidad de la relación costos-beneficios, de manera que la administración pública tiene el deber de maximizar el rendimiento o los resultados, con costos menores, por cuanto los recursos financieros de Hacienda, que tienden a limitados, deben ser bien planificados por el Estado para que tengan como fin satisfacer las necesidades prioritarias de la comunidad sin el despilfarro del gasto público. Lo anterior significa, que la eficiencia presupone que el Estado, por el interés general, está obligado a tener una planeación adecuada del gasto, y maximizar la relación costos – beneficios.

*Así, esta Corte ha hecho referencia clara a la implementación del principio de eficacia, afirmando que este principio de la administración impone deberes y obligaciones a las autoridades para garantizar la adopción de medidas de prevención y atención de los ciudadanos del país, para garantizar su dignidad y el goce efectivo de sus derechos, especialmente de aquellos que se encuentran en situaciones de vulnerabilidad y debilidad manifiesta, de la población carcelaria, de las víctimas de desastres naturales o del conflicto interno, población en estado de indigencia, de manera que en muchas ocasiones se ha ordenado a la administración pública la adopción de medidas necesarias que sean realmente eficaces para superar las crisis institucionales y humanitarias generadas por dichas situaciones, sin que para ello se presente como óbice argumentos de tipo presupuestal. En este orden de ideas, es evidente para esta Corporación que el principio de eficacia impide que las autoridades administrativas permanezcan inertes ante situaciones que involucren a los ciudadanos de manera negativa para sus derechos e intereses. Igualmente, que la **eficacia de las medidas adoptadas por las autoridades***

¹⁰⁶ Sentencia C-826/2013.



debe ser un fin para las mismas, es decir, que existe la obligación de actuar por parte de la administración y hacer una real y efectiva ejecución de las medidas que se deban tomar en el caso que sea necesario, en armonía y de conformidad con el debido proceso administrativo.

*En síntesis, esta Corte ha concluido que el logro de la efectividad de los derechos fundamentales por parte de la administración pública se basa en dos principios esenciales: el de eficacia y el de eficiencia. A este respecto ha señalado que **la eficacia, hace relación al cumplimiento de las determinaciones de la administración y la eficiencia a la elección de los medios más adecuados para el cumplimiento de los objetivos.** En este sentido, ha sostenido que estos dos principios se orientan hacia la verificación objetiva de la distribución y producción de bienes y servicios del Estado destinados a la consecución de los fines sociales propuestos por el Estado Social de Derecho. Por lo tanto, la administración necesita un apoyo logístico suficiente, una infraestructura adecuada, un personal calificado y la modernización de ciertos sectores que permitan suponer la transformación de un Estado predominantemente legislativo a un Estado administrativo de prestaciones.*

A través del principio de eficacia se espera dar cumplimiento a los intereses generales del Estado y a los fines de la contratación, por ello, este principio está íntimamente ligado con el de responsabilidad, sin que se presente colisión entre ellos, todo lo contrario, se armonizan entre sí, dado que el actuar y decisiones de la administración deben estar encaminados a lograr estos cometidos en el menor tiempo posible, prescindiendo de trabas innecesarias o dilaciones, o extendiéndose en reuniones y discusiones sin lograr concretar o definir un objetivo claro y ejecutado con la prontitud que la comunidad esperanzada en la realización de las obras que traerá beneficios para su economía, salubridad y surgimiento.

Es así como la administración a la hora de llevar a cabo una contratación debe tener en cuenta que está al servicio del cumplimiento de los fines estatales, asegurando la efectividad de los derechos de los administrados, por consiguiente en la planificación de la contratación estatal, se ve reflejado este principio, al igual que durante la ejecución del plazo contractual pues para ello se fijan unos tiempos en los cuales la obra debe culminarse, bajo unas especificaciones técnicas establecidas, de manera que al surgir dificultades corresponde valorar las acciones encaminadas a la rápida y eficaz resoluciones de las dificultades, atrasos, vicisitudes o conflictos generados por el contrato estatal.

Teniendo en consideración las anteriores premisas, se procederá a definir si la actuación de la señora ROSA COTES DE ZÚÑIGA en condición de gobernadora del Magdalena desatendió los principios de responsabilidad y eficacia frente a las conductas reprochadas en el pliego de cargos:



7.2.4. Transgresión del principio de responsabilidad y eficacia frente a la denominada regularización de la ejecución el contrato de obra 617 de 2013.

La denominada regularización de la ejecución del contrato tuvo que ser impuesta como una obligación en el adicional **número 1 y modificadorio 3 del 28 de diciembre de 2016**, suscrito por ROSA COTES DE ZÚÑIGA, dado que ante los múltiples requerimientos y solicitudes del INVIAS por generar soluciones, prontas y eficaces que protegieran los recursos comprometidos e invertidos en el proyecto vía de la prosperidad, toda vez que su contrato ejecutor, el 617 de 2013, estaba consumiendo gran parte de estos recursos en transporte de materiales; además se habían presentado y en el aumento considerable de materiales ante el aumento del nivel de los terraplenes.

La gobernadora desde el inicio de su gestión fue requerida por el INVIAS para que adelantará gestiones para solucionar el impacto en la meta física y alcance del proyecto que se avizoraba, prueba de ello y por citar uno de los casos descritos en el análisis probatorio de las irregularidades cuestionadas, es el oficio del Consorcio ICI – INVIAS- 3795-2013-488 del **23 de febrero de 2016** a través del cual el Director de Interventoría pone en conocimiento del Ing. Walter Pautt, supervisor del contrato 617 de 2013, designado por parte de la gobernación de Magdalena, los atrasos en que viene incurriendo el contratista; y **le solicita que la entidad adopte las medidas contractuales pertinentes, y le advierte que si continúa la situación no se podrá dar cumplimiento a las metas físicas y de facturación proyectadas para el año 2016.**

Igualmente el informe de interventoría número 14 de enero de 2016, correspondiente al primer mes de periodo de la gobernadora, en el cual se describe que el contrato 617 de 2013, a través del cual se estaría ejecutando el proyecto vía de la prosperidad, advierte que se está presentando un atraso en la ejecución del 15.25% y de manera textual indica que “en el comunicado INVIAS 3795-2013-433 dirigido a la GOBERNACION del Magdalena se informa del atraso en la ejecución de la obra ya reiterado en los oficios INVIAS 3795-2013-372, INVIAS 3795-2013-380, INVIAS 3795-2013-394, INVIAS 3795-2013-426, INVIAS 3795-2013-432, y **se solicita a la entidad contratante que tome las medidas contractuales pertinentes**, aclarando que los citados oficios fueron enviados al contratista siempre con copia a la Gobernación.

De manera que ante la pasividad de la administración departamental en adoptar decisiones eficaces que solucionaran la problemática, se suscita la generación de una obligación contractual impuesta a través adicional 1 y modificadorio 3 al convenio 649 de 2013 la cual fue condicionada bajo la figura de la suspensión de los giros por parte del INVIAS con recursos de la Nación, que aun así, desde el 28 de diciembre de 2016 que fue establecida, **solo vino a cumplirse hasta el 25 de septiembre de 2017**, con un plazo de finalización para el 15 de julio de 2018, que



tampoco se cumplió, generando nuevas prórrogas hasta el 10 de diciembre de 2019, entregando una obra con una reducción significativa de alcance de 52.6 km a 18.3 km

Vale la pena recordar las consideraciones allí consignadas:

“... se cuentan con diferentes oficios del INVIAS: DG 71577 de 17 de febrero de 2017 DG 83234 de 2 de mayo de 2017; SRN 86088 de 17 de mayo de 2017, DG 89034 DE 2 DE JUNIO DE 2017, DG 11387 de 3 de noviembre de 2017, e INVIAS DG 115960 DE 17 de noviembre de 2017, donde se manifiesta que la GOBERNACIÓN DE MAGDALENA no ha dado cumplimiento con la regularización del contrato de obra número 617 de 2013 ya que el INVIAS manifestaba que existía un importante desequilibrio económico en el contrato de obra No 617 de 2013, debido al valor contractual establecido para el precio unitario del transporte de material de terraplén denominado TRANSPORTE DE MATERIALES PROVENIENTES DE LA EXCAVACION DE LA EXPLANACIÓN CANALES Y PRÉSTAMOS PARA DISTANCIAS MAYORES A 1000 M (m3/km) el cual fue contratado a \$1.322,5 m3/km y el INVIAS manifestaba disminuir el precio a \$750 m3/km haciéndolo efectivo para todas las cantidades transportadas por ejecutar y ejecutadas de manera retroactiva; los oficios remitidos a la GOBERNACIÓN DE MAGDALENA por parte del INVIAS, de los cuales tenemos conocimientos por la suscripción del Adicional No. 1 y Modificación No. 3 al Convenio 649 de 2013, el INVIAS solicitaba como punto principal la disminución del precio contractual de transporte de material de terraplén como mecanismo de regularización del contrato de obra derivado No. 617 de 2013. Mediante la suscripción el 25 de septiembre de 2017 del Otro Si modificadorio No. 4, Adicional No. 2 del convenio específico No. 649 de 2013, el INVIAS y la GOBERNACIÓN DE MAGDALENA, acuerdan dar por regularizado el contrato No. 617 de 2013.

Ahora bien, las dilaciones y demoras en adoptar una decisión como la que finalmente se llevó a cabo mediante el modificadorio número 6 al contrato de obra 617 del 25 de septiembre de 2018, no puede verse desde la óptica que afirman los declarantes vinculados al departamento o la disciplinable que se hizo un ahorro de alrededor de \$100 millones de pesos, pues por una parte y para no ir en un tiempo tan pretérito, este mismo acuerdo no contempló la gestión predial que generará recursos adicionales.

Al respecto téngase en cuentas las consideraciones aludidas en el numeral 5.5.2.- Pruebas del estado de la obra luego de la Regularización, que evidencian una gestión ineficaz por parte de la mandataria porque tampoco se contemplaron todos los aspectos que garantizaran el cumplimiento de la obra en los términos pactados, al punto que como allí se demostró pese a realizar múltiples reuniones previo a la celebración de modificadorio 6 de 2017, lo cierto es que la obra se entregó hasta el 10 de diciembre

406

IUS E-2017-519707 /IUC-D-2017-956399
Auto: Fallo de primera instancia-30-09-2020
Caso: Proyecto Vía La Prosperidad – Gobernación de Magdalena
CJOM/OLSC



de 2019, es decir que luego de la denominada y esperada regularización del contrato, la disciplinable ROSA COTES DE ZÚÑIGA siguió celebrando modificatorios y adicionales, total 5, que evidencian que la forma como se planificaron los acuerdos de septiembre 25 de 2017 no generaron los resultados esperados.

Lo anterior se encuentra debidamente acreditado y probado en el análisis y consideraciones efectuadas en el acápite 5.5. PRUEBAS DE LA FALTA DE OPORTUNIDAD Y EFICACIA EN LA ATENCIÓN DE LA DENOMINADA REGULARIZACIÓN O AJUSTES EN EL ALCANCE DEL CONTRATO DE OBRA 617 DE 2013 QUE PERMITIERAN ATENDER LOS FINES DE LA CONTRATACIÓN Y DEL PROYECTO.

7.2.5. Transgresión del principio de responsabilidad y eficacia frente a las reiteradas advertencias de incumplimientos por parte del contratista.

No puede dejarse de lado el aspecto relacionado con los incumplimientos del contratista informados por la interventoría en reiteradas oportunidades, soportados en informes de interventoría y respecto del cual se consignó una obligación clara para el departamento en el adicional 1 y modificatorio 3 del 28 de diciembre de 2016 de adelantar las acciones pertinentes ante este incumplimiento, e incluso la interventoría le indicada si necesitaba que ellos le cuantificaran y tasaran la posible multa, sin que atendiera ninguna de estas advertencias, basado solo en un formalismo que vino a surtirse hasta diciembre de 2016 y aún así solo hasta febrero de 2017, luego que la Procuraduría también hiciera la advertencia sobre el tema, empezó a adelantar el procedimiento administrativo sancionatorio.

Es cierto como lo afirma la defensa que no existe una disposición que le indique que una vez conozca de los incumplimientos del contratista informados debidamente por el supervisor o interventor, debe iniciar acciones que conminen al contratista en un periodo de 8, 10 o 15 días o en 1 mes por citar un marcador temporal.

En efecto el manual de contratación de la entidad en el capítulo VI dispone que frente al proceso para la imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento, así como para la estimación de los perjuicios sufridos, y a efectos de respetar el debido proceso al afectado, la entidad observará el procedimiento establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

Al revisar la norma aludida y bajo el mismo rasero que indica el apoderado, tampoco hay una disposición que indique que para que la entidad pueda iniciar un proceso de incumplimiento debe tener como requisito previo la cuantificación el perjuicio causado, allí la norma lo que indica en su numeral 1° señala que “evidenciado un posible incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, la entidad pública lo citará para debatir lo ocurrido”

407

IUS E-2017-519707 /IUC-D-2017-956399
Auto: Fallo de primera instancia-30-09-2020
Caso: Proyecto Vía La Prosperidad – Gobernación de Magdalena
CJOM/OLSC



La norma citada y alegada por la defensa tampoco dice lo que quieren hacer ver, es decir, que se requiere una cuantificación para iniciar un proceso sancionatorio o para conminar al contratista, la norma exige solamente evidencia de un posible incumplimiento. Otra cosa, es que, para la declaratoria del incumplimiento, la imposición de multas y sanciones pactadas en el contrato y hacer efectiva la cláusula penal, si se requiera la cuantificación de los perjuicios; así lo dice el aparte inicial del referido artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

Precisamente los posibles incumplimiento fueron advertidos desde el año 2016, recuérdese lo dicho en el informe que presentó la gerente de proyectos en representación de la gobernadora y ante la Procuraduría Delegada para la Función Pública como parte de las mesas de trabajo adelantadas para coordinar la manera de sacar avante el proyecto, pues allí el gerente de proyectos de la gobernación de Magdalena indicó que **“DADO QUE LA INTERVENTORÍA SOLICITÓ LA IMPOSICION DE MULTAS POR INCUMPLIMIENTO EN LA PROGRAMACIÓN DEL MES DE MAYO, EL DEPARTAMENTO SE ENCUENTRA EN TRÁMITE DE CITACIÓN PARA QUE EL CONTRATISTA PARA QUE EN GARANTÍA DEL DEBIDO PROCESO, ESCUCHARLO Y DECIDIR EN CONSECUENCIA.”** (negritas y mayúsculas fuera del texto original. Ver oficio gobernación de Magdalena E-2017-001606 del 14/02/2017, folio 60 c.p.1)

Es decir que la entidad gubernamental acepta que desde mayo del 2016 sabía de los incumplimientos, y si el tema era efectuar una cuantificación, así como se hizo con corte a 30 de noviembre de 2016, la gobernación, perfectamente la hubiera podido solicitar antes, máxime cuando todos los informes de interventoría, actas de modificación se van indicando los porcentajes de atraso y la cuantificación monetaria frente al programa de inversiones.

Sin embargo, no debe olvidarse que El **15 de febrero de 2016**, al inicio del mandato de la doctora ROSA COTES DE ZÚÑIGA, Gobernadora de Magdalena, el subdirector de la red nacional de carreteras del INVIAS le reporta, mediante oficio SRN 5824, atrasos que se vienen presentando en la ejecución de las actividades programadas e incumplimiento en la gestión predial del tramo Sitio Nuevo – Palermo y de las metas propuestas, de acuerdo con el informe semanal No. 60 del periodo 01/02/2016 – 07/02/2016, y por lo anterior le solicita *“su intervención y tomar las medidas respectivas para que el contratista Consorcio Ribera Este, entregue con celeridad los requerimientos solicitados por la interventoría, al igual que sean subsanados los atrasos mencionados teniendo en cuenta la importancia cronológica del proyecto en el cumplimiento del programa de inversiones y la necesidad de ejecutar los recursos asignados.”* (folio 151 c.a. 13)

Ahora bien, se pregunta este Despacho, ¿Dónde está la diligencia de la gobernadora del departamento, quien al tener conocimiento de los múltiples incumplimientos que venía generando el contratista, causante de atrasos en las

408

IUS E-2017-519707 /IUC-D-2017-956399
Auto: Fallo de primera instancia-30-09-2020
Caso: Proyecto Vía La Prosperidad – Gobernación de Magdalena
CJOM/OLSC



obras, siquiera envió un solo memorando o solicitud a la interventoría, bien sea directamente o por un intermedio de su supervisión, requiriendo que cuantificará los perjuicios, guardó silencio, así como lo guardaron las personas que en representación de la gobernación ejercieron o apoyaron la supervisión del contrato, ninguno expuso haber recibido instrucciones en tal sentido, o tampoco ninguno generó iniciativa alguna, que resultaron en una total pasividad y descuido.

Y a ello súmese lo dicho por la interventoría en su oficio del 9 de diciembre de 2016 **que señala que a partir del 1° de agosto de 2016 se empezaron a generar retrasos en el programa de obra y de inversiones, tal como se puso en evidencia mediante el oficio INVIAS 3795-2013-743 del 6 de agosto de 2016.**

Igualmente expone que como consecuencia del atraso en la ejecución del programa de inversiones le formuló requerimientos al contratista, como lo son los oficios 643 del 26/05/2016, 653 del 01/06/2016, 657 del 01/06/2016, 743 del 06/08/2016, 747 del 10/08/2016, 759 del 18/08/2016 y 772 del 23/08/2016 (todos con radicación inicial INVIAS 3795-2013).

Asimismo, la interventoría precisa que en cumplimiento de la cláusula decimotercera del contrato 617 de 2013, le informó a la gobernación de Magdalena los incumplimientos del contratista en la programación de obra, solicitándole tomar medidas pertinentes. Tales oficios son los radicados 794 del 01/09/2016, 807 del 07/09/2016, 839 del 20/09/2016, 847 del 28/09/2016, 872 del 10/10/2016, 891 del 25/10/2016, 892 del 25/10/2016, 910 del 02/11/2016 y 932 del 18/11/2016 (todos con radicación inicial INVIAS 3795-2013).

Este oficio para efectos probatorio **permite determinar objetivamente que a la Gobernadora del Magdalena se le estaba informando que había atrasos en la ejecución de la obra y se le requería para que tomara medidas frente al contratista.**

Sobre este particular procede recordar lo indicado en respuesta a las alegaciones de defensa, el tribunal de arbitramento en decisión del 11 de julio de 2019 consideró que la declaratoria de la nulidad de la multa impuesta al contratista por desviación de poder y falsa motivación por parte de la gobernación de Magdalena dado que “el Departamento no evaluó el presunto incumplimiento del contratista con una base probatoria que se ajustara a las condiciones del contrato al momento de imponer la multa”, y no con frente a la oportunidad y procedencia de su utilización como un apremio al contratista, pues es un **desarrollo del deber de vigilancia y control sobre los contratos para conminar al contratista a cumplir sus obligaciones** (ver numerales 5.7.1 a 5.7.5 del laudo arbitral) por ende, no puede hacerse la asociación que pretende la defensa, de considerar que por existir nulidad en la declaratoria del acto administrativo que impuso la multa, significa que la gobernadora del Magdalena actuó con diligencia y oportunidad frente a los múltiples



requerimientos de la interventoría para que actuara ante los incumplimientos del contratista.

Por ello resulta procedente destacar lo dicho por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado respecto de la función de las multas en los contratos estatales:¹⁰⁷

“Por regla general las multas tienen una finalidad de constreñimiento, coerción o coacción para presionar, compeler o apremiar en forma legítima al contratista a dar cumplimiento al contrato, cuando quiera que se verifique la inobservancia por parte de este en el desarrollo de las obligaciones a su cargo o esté en mora o retardo en su ejecución conforme a los plazos convenidos. (...) No tienen por objeto indemnizar o reparar con su imposición un daño, razón por la cual para su aplicación no se exige la demostración del mismo, sino simplemente se trata de un mecanismo coercitivo ante la tardanza o el incumplimiento parcial del contratista, para compelerlo a que se ponga al día en sus obligaciones y obtener así en oportunidad debida el objeto contractual. (...) Es decir, las multas cumplen una función sancionatoria y no indemnizatoria, pues no tienen como propósito reparar los perjuicios sufridos por la entidad ante el incumplimiento. Son medidas disuasorias destinadas a superar la infracción de las obligaciones contractuales, y por tanto, su función principal es apremiar al contratista para que de cumplimiento a las mismas, dado que cuando a un contratista se le aplica una multa por incurrir en mora en el cumplimiento de su obligación o por cumplirla de defectuosamente, las reglas de la experiencia indican que al ejercerse este medio de presión adecuará su conducta a los términos del contrato para evitar que en lo sucesivo ello vuelva a ocurrir, con mayor razón, cuando la infracción contractual reiterada y la consiguiente imposición de multas genera inhabilidad para contratar con el Estado.” (Subrayado fuera del texto)

De ahí que la administración departamental olvidó la prevalencia del derecho sustancial que aunque el derecho adjetivo tiene unas formalidades no se observa del análisis de las normas legales ni del manual de funciones que indique que la interventoría deba presentar la solicitud de imposición de multas a la que fue conminada y quedó materializada en su comunicación de diciembre de 2019, pues durante todo el año 2016 venía informando de tales situaciones y reposaban además de las comunicaciones los informes de interventoría que daban cuenta de tales incumplimientos y por el contrario la administración obró de manera descuidada, y si llegase a requerir de alguna precisión respecto de dicho informes, para desatar sus competencias sancionatorias contractuales, tampoco lo hizo.

¹⁰⁷ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL. Consejero ponente. ALVARO NAMEN VARGAS. Bogotá D.C. 10 de octubre de 2013. Radicación número 11001-03-06-000-2013-00384-00 (2157) cita tomada del TRIBUNAL DE ARBITRAJE CONSORCIO RIBERA ESTE CONTRA DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA. EXPEDIENTE 5358, pag 172



Lo anterior se encuentra debidamente acreditado y probado en el análisis y consideraciones efectuadas en el acápite 5.6. - PRUEBAS DE LA FALTA DE OPORTUNIDAD Y EFICACIA FRENTE A LAS ADVERTENCIAS DE POSIBLES INCUMPLIMIENTOS DEL CONTRATISTA Y LA DEFINICION E IMPLEMENTACION DE SOLUCIONES.

7.2.6. Transgresión del principio de responsabilidad y eficacia frente al incumplimiento en las acciones de mejora propuestas ante el Departamento Nacional de Planeación.

La Dirección Nacional de Regalías del Departamento Administrativo de Planeación Nacional suspendió los giros de recursos provenientes del sistema general de regalías por el incumplimiento de las acciones de mejora planteadas por el Departamento del Magdalena ante el DNP, en relación con las observaciones y hallazgos por insuficiencias y deficiencias técnicas en el proyecto de inversión conocido como VIA DE LA PROSPERIDAD, catalogado por esa entidad como un **proyecto crítico**¹⁰⁸ al no tener garantizada su sostenibilidad y funcionalidad, lo cual se traduce en un proyecto con un **alto riesgo de no cumplir con su alcance y no servir para el propósito** para el cual fue aprobado, la suspensión preventiva de los giros que abarca los recursos provenientes del sistema general de regalías.¹⁰⁹

Pues si bien es cierto no se le imputa disciplinariamente ninguna conducta asociada a las deficiencias técnicas en la planeación del proyecto, toda vez que no fungía como gobernadora del departamento para ese momento, lo cierto es que durante su mandato tenía la responsabilidad de asumir el liderazgo y enfocar su gestión hacia resultados eficaces tomando en consideración la oportunidad en el tiempo, pues si se mira, por citar un caso de los múltiples reseñados en el análisis probatorio que se hizo de las irregularidades advertidas en este proyecto, el acta modificatoria número 5 que señala el ítem 900.2 “TRANSPORTES DE MATERIALES PROVENIENTES DE LA EXCAVACIÓN”, cuya unidad de pago es el M3-KM, el cual hasta el ACTA MODIFICATORIA nro. 5 presentó el siguiente incremento de \$112.436.189.280,00; cifra que también se obtuvo al hacer los ajustes en cantidades de obra (disminución y aumento en las cantidades) de los ítems contractuales y la eliminación de 6 ítems del contrato (ver ajuste última acta modificatoria nro. 5, a folio 131 del cuaderno 1); lo que también incidió en la disminución del alcance del proyecto, al pasar de 52,6 kilómetros a 26,013,

De manera que retomando lo dicho en cuanto al posible incumplimiento en las acciones de mejora, no corresponde a este órgano determinar si cumplió o no cumplió con los planes de mejora pues esta competencia recae en el DNP, pero si se considera que el incumplimiento calificado y demostrado por el DNP conllevó a la suspensión del giro de recursos, que para los efectos de esta decisión evidencia

¹⁰⁸ Oficio DNP No. 20174460135901 del 22 de febrero de 2017

¹⁰⁹ Ver folio 1184. Oficio DNP 20184460332061 del 25-05-2018



que las acciones y medidas adoptadas por el ente territorial al parecer no fueron efectivas, es decir, se puede ver materializada la vulneración del principio de eficacia que aquí se reprocha.

De ahí que “... **el proyecto fue catalogado crítico** por el DNP al no tener garantizada su sostenibilidad y funcionalidad, lo cual se traduce en un proyecto con un alto riesgo de no cumplir con su alcance y no servir para el propósito para el cual fue aprobado.” “Lo anterior por cuanto del total del proyecto por \$466.683.000.00, la suma de 200 mil millones de pesos fue financiada con cargo a recursos del Sistema General de Regalías, circunstancia por la cual el Departamento Nacional de Planeación “... **propende por el uso eficaz y eficiente de los recursos del Sistema General de Regalías, buscando que los proyectos se ejecuten en los términos que fueron aprobados**” (folio 136 cp.1)

Finalmente, lo anotado en precedencia se reafirma porque como bien lo afirma el apoderado, de los dos planes de mejora **las únicas cosas que quedaron incumplidas son las siguientes:** Del primer plan de mejora: NO se cuenta con el DAA de las variantes de Palermo y Sitio Nuevo desde 2017. Del segundo plan de mejora. “El proceso constructivo presenta deficiencias técnicas y no garantiza que el trazado de la vía que se construirá corresponde con el indicado en los estudios y diseños presentados para la aprobación del proyecto OCAD respectivo, teniendo en cuenta que los ajustes a los estudios hidrológicos e hidráulicos desde el km 22 al 52.6 de la vía se realizarán cuando el ANLA defina la alternativa para las Variantes de Palermo y Sitio Nuevo.” “No permite determinar cuál es el monto de los recursos requeridos para la terminación del proyecto y si se ha generado un desequilibrio económico en relación con el contrato de obra celebrado, en consideración a que se incrementó de forma indeterminada el valor estimado del proyecto al decidir transportar el material de obra por medio fluvial, generando precios, pagos y especificaciones para la ejecución que no habían sido previstos.”

Lo anterior se encuentra debidamente acreditado y probado en el análisis y consideraciones efectuadas en el acápite 5.7. -PRUEBAS DE LA FALTA DE OPORTUNIDAD Y EFICACIA EN ANTENDER EL CUMPLIMIENTO DE LOS PLANES DE MEJORA PRESENTADOS ANTE EL DNP QUE OCASIONARON LA SUSPENSION DEL GIRO DE RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE REGALIAS PARA EL PROYECTO VIA DE LA PROSPERIDAD

En resumen, la finalidad del principio de eficacia en la contratación pública tiene que ver con el cumplimiento de las finalidad contempladas en el artículo 3° de la Ley 80 de 1993 pues las decisiones adoptadas deben estar encaminadas hacia un interés general, respecto del cual, en este momento y acorde con las pruebas señaladas, no puede aceptarse el argumento expuesto por la investigada que hacia ello actuó pues no se vislumbra la oportunidad en toma de decisiones ni los resultados encaminados a que el proyecto cumpliera su finalidad. Recordemos que la eficacia se ocupa de analizar si los resultados se logran de manera oportuna y si al comparar los resultados con los objetivos de la Entidad guardan relación, pues la rápida y



eficaz solución de los problemas y dificultades presentadas y el direccionamiento que de ellas se tengan son los que aseguran el cumplimiento de los fines del Estado.

Una buena administración de recursos públicos debe enfocarse a maximizar los resultados con el mínimo de recursos y tiempo empleado en beneficio de la comunidad que dirige de ahí que la no adopción de medidas oportunas y eficaces pone en riesgo la administración de bienes que le fueron confiados, es por ello que en el presente caso se considera que pudo conculcar el **principio de responsabilidad** consagrado en los numerales 1° 4° y 5° del artículo 26 de la Ley 80 de 1993, dado que teniendo la responsabilidad de la dirección y manejo de la actividad contractual, del contrato 617 de 2013 a través del cual se ejecutaría el proyecto vía de la prosperidad, y de la administración de bienes ajenos, entendidos por éstos los recursos que le fueron asignados, al parecer no cumplió los fines de la contratación objeto del proyecto vía de la prosperidad para el mejoramiento de la carretera Palermo Sitio Nuevo Remolino Guáimaro en el departamento del Magdalena, pues como consecuencia de las deficiencias en la planeación contractual imputable en este momento al señor Luis Miguel Cotes Habeych, en su condición de gobernador del Magdalena, se pudo ver afectado el alcance físico del proyecto, de 52.6 km para 3 tramos (a) Palermo – Sitio Nuevo, (b) Sitio Nuevo - Remolino y (c) Remolino – Guáimaro a 1 tramo de la vía, esto es Palermo Sitio Nuevo en 18 kilómetros aproximados, toda vez por un contrato de obra terminó pagándose mayores cantidades de transporte, pues el ítem 900.2 Transporte de materiales provenientes de la excavación, canales y préstamos para distancias mayores de mil metros (1.000 M) tuvo un aumento considerable del 779.7569%, incrementando el valor en \$112.436.189.280,00¹¹⁰.

En consecuencia, la investigada estaba obligada a ser garante de que la ejecución del **proyecto de inversión pública e infraestructura conocido como VÍA DE LA PROSPERIDAD** para el mejoramiento de la vía Palermo – Sitio Nuevo – Remolino – Guáimaro en el departamento del Magdalena cumpliera la finalidad para la cual fue estructurado mediante la atención y seguimiento de los principios de responsabilidad y eficacia cuyo posible desconocimiento afectó la buena marcha de la administración, pese a que en virtud de sus deberes de dirección de la acción administrativa del departamento y aseguramiento del cumplimiento de las funciones y la prestación de los servicios a su cargos por ser la jefe de la administración territorial y representante legal del departamento, le correspondía a la disciplinable verificar que estos se ajustaran a las previsiones legales, pero no lo hizo y por ello pudo infringir los fines de la contratación que le imponía unos deberes de conducta más exigentes en cuanto al destino y a la administración de los recursos involucrados, destacando la relación de sujeción especial que todo servidor tiene con la dependencia en la que trabaja y por la cual responde en materia disciplinaria de forma diferente a la del resto de ciudadanos.

¹¹⁰ con corte al 31 de octubre de 2016 y acta modificatoria número 5



Tampoco aparecieron en fase de juzgamiento evidencias de que hubiese hecho salvedades u objeciones al estado en que recibió el proyecto por parte de su antecesor, proyecto que por ser de tan importante relevancia por su impacto y trascendencia para el desarrollo de la región demandaba de ella diligencia y objetividad para acometer las acciones administrativas que requería el proyecto. Por la necesidad de que el mismo fuera continuado como se le informó al momento del empalme entre administraciones. Tampoco hizo salvedades o reportó irregularidades en relación con la gestión de su antecesor. Además, en razón al estado crítico en que lo recibió su Administración, de acuerdo con los requerimientos que desde diferentes fuentes se remitieron a la Gobernación.

Por todo lo expuesto, este Despacho concluye que en este caso se tipifica la falta atribuida a la disciplinada, en razón a que los hechos sobre los que se sustentó la imputación fueron probados en el proceso disciplinario en la forma descrita y analizada, se determinaron los deberes funcionales a cargo de la gobernadora en relación con su participación en la actividad contractual del PROYECTO DE INVERSIÓN E INFRAESTRUCTURA PÚBLICA PARA LA VÍA DE LA PROSPERIDAD.

7.3. ANÁLISIS DE LA ILICITUD SUSTANCIAL

En cuanto al elemento de la ilicitud sustancial, de conformidad con el artículo 5 de la ley 734 de 2002, la falta será antijurídica cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna.

Sobre la ilicitud sustancial y su relación con principios constitucionales ha señalado la Corte Constitucional:

“Cabe recordar en ese sentido que constituye elemento básico de la organización estatal y de la realización efectiva de los fines esenciales del Estado social de derecho, la potestad del mismo de desplegar un control disciplinario sobre sus servidores, dada la especial sujeción de éstos al Estado, en razón de la relación jurídica surgida por la atribución de una función pública; de manera que, el cumplimiento de sus deberes y responsabilidades se efectúe dentro de una ética del servicio público y con sujeción a los principios de moralidad, eficacia y eficiencia que caracterizan la actuación administrativa y el cabal desarrollo de la función pública.

En el cumplimiento de esos cometidos estatales y durante el ejercicio de las correspondientes funciones o cargos públicos, los servidores públicos no pueden distanciarse del objetivo principal para el cual fueron instituidos, como es el de servir al Estado y a la comunidad en la forma establecida en la Constitución, la ley y el reglamento; por lo tanto, pueden verse sometidos a una responsabilidad pública de índole disciplinaria, cuando en su desempeño



vulneran el ordenamiento superior y legal vigente, así como por la omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones (C.P., arts. 6o. y 123).

En ese contexto la Corte ha precisado que el derecho disciplinario pretende garantizar "la obediencia, la disciplina y el comportamiento ético, la moralidad y la eficiencia de los servidores públicos, con miras a asegurar el buen funcionamiento de los diferentes servicios a su cargo" ¹¹¹

Al respecto, debe señalarse que el derecho disciplinario, pretende encauzar la conducta de los sujetos disciplinables, en especial, de los particulares que ejercen funciones públicas de manera transitoria, reprochando los comportamientos que vulneren la garantía de la función pública en aras de que se cumplan los fines del Estado Social de Derecho.

Dentro de los principios que enmarcan la función administrativa, están los principios de **eficacia y eficiencia**, los cuales buscan optimizar el uso eficiente del tiempo y recursos, procurando el más alto nivel y calidad en las actuaciones de los funcionarios y particulares que cumplen funciones públicas, así como la protección de los derechos de los administrados.

Conforme a los citados principios, la disciplinada, tenía dentro de sus obligaciones y deberes, asegurar el cumplimiento de los fines de la contratación y la satisfacción de los intereses generales y administrar los bienes ajenos; por tal motivo, debía propender porque las estrategias adoptadas propendieran por un manejo eficiente de los recursos públicos encomendados orientada con certeza a la necesidad que pretendía ser satisfecha y a la atención de los mayores costos en los que se incurrió en el proyecto buscando obtener el máximo logro en el menor tiempo posible pues el proyecto respondía a una política pública plasmada en los planes de desarrollo departamental y asociada al plan de desarrollo nacional, cuyo propósito era mejorar la competitividad de la región.

Para demostrar cómo el desconocimiento sustancial de los deberes funcionales a cargo del disciplinado impactó desfavorablemente los principios de economía y eficiencia que rigen la función pública hay que empezar por recordar conceptos básicos del significado de un proyecto de inversión pública como lo era la VIA DE LA PROSPERIDAD.

Al respecto el Departamento Nacional de Planeación¹¹² trae las siguientes definiciones¹¹³:

¹¹¹ Sentencia C-341 de 1996.

¹¹² El DNP es una entidad eminentemente técnica que impulsa la implantación de una visión estratégica del país en los campos social, económico y ambiental, a través del diseño, la orientación y evaluación de las políticas públicas colombianas, el manejo y asignación de la inversión pública y la concreción de las mismas en planes, programas y proyectos del Gobierno.

¹¹³ <https://www.dnp.gov.co/atencion-al-ciudadano/glosario/Paginas/P.aspx>



Proyecto

Unidad operacional que vincula recursos, actividades y productos durante un período determinado y con una ubicación definida para apoyar el cumplimiento de un programa en el marco de acción establecido por la respectiva unidad de gestión.

Proyecto

Conjunto de actividades por realizar en un tiempo determinado con una combinación de recursos humanos, físicos, financieros y con costos definidos orientados a producir un cambio en la entidad territorial.

Proyecto de inversión pública

Un proyecto de inversión pública es un grupo de tareas que comprometen recursos (hombres, maquinas, información, etc.), actividades y productos durante un periodo determinado (días, meses, años, etc.) y en una región en particular (barrio, municipio, departamento, región, etc.) que resuelven problemas o necesidades de la población. El proyecto debe estar directamente relacionado con los objetivos de un Plan de Desarrollo (conjunto de metas y objetivos identificados como prioritarios dentro de determinada administración como factores generadores de desarrollo).

No hay que olvidar que este proyecto vía de la prosperidad, fue concebido En el **Plan de Desarrollo del Departamento del Magdalena 2016-2019 “Magdalena Social ¡Es la Vía!**, de la gobernadora Rosa Cotes de Zúñiga, en el objetivo estratégico No 4 (Construir los fundamentos de una economía, diversificada, innovadora e incluyente), en el eje estratégico de factores básicos y avanzados, programa infraestructura de soporte económico, se incluye la Vía de la Prosperidad (páginas 252 y 253)

En efecto allí, se consignó como uno de los objetivos: “Terminar la Vía de la Prosperidad entre Palermo y Salamina, armonizando su construcción con los requerimientos ambientales de la zona y realizar la gestión ante el Gobierno Nacional, para su apoyo económico a una segunda Fase entre Salamina y Plato, al igual que respecto a la financiación y/o cofinanciación (incluyendo a los municipios), para el mejoramiento de la red vial terciaria, priorizando tramos relacionados con el macroproyecto de Agua para la Paz, las conexiones con la red que se muestra en el mapa a continuación y, en el Sur, teniendo en cuenta, trayectos como Santa Bárbara de Pinto – Plato.”

Igualmente, a través de oficio E-2017-011385 del 13 de julio de 2017, el jefe de la oficina jurídica en respuesta a la solicitud de esta Procuraduría Delegada adjunto un CD contentivo del informe de empalme entre las dos administraciones



departamentales, **informe de gestión 2012 - 2015** y copia del Decreto No. 539 del 27 de octubre de 2015, por el cual se designa el equipo de trabajo para el informe de gestión y proceso de empalme (ver folios 1, 5-13 y CD en folio 14)

En el numeral 3 del acta central de empalme entre los doctores Luis Miguel Cotes Habeych y Rosa Cotes de Zúñiga se consignó:

“Como asuntos estratégicos de gobierno que deben ser continuados por la nueva Administración se destacan:

3.1 Continuar con proyectos de infraestructura iniciados en construcción y en tramitación, así como del resorte del Gobierno Nacional

- **Vía de la Prosperidad**

- Minca – La Tagua
- Proyecto Fundación – Pivijay – Salamina
- Continuación obras Plan Vial del Norte
- Seguimiento a proyecto de Alianza Pública Privada de doble calzada Ciénaga – Barranquilla
- Proyecto de variante sur de Ciénaga
- Inversiones del sector eléctrico para mejorar la calidad y cobertura

Vía que además de estar incluida en el Plan Nacional de Desarrollo, 2010 – 2014 “Prosperidad para Todos” también estaba cobijada en el Plan de Gobierno 2008 – 2011, en el numeral 3.1 (Modelo subregional de Competitividad) literal b, y que haría parte de un corredor mas extenso que va hasta la población de Plato y con el cual se integrará una segunda etapa.

Por estas razones es que en el CONPES fue declarado como proyecto de importancia estratégica y como consecuencia de esta declaratoria, **el Gobierno Nacional previó aportes hasta por doscientos sesenta y seis mil novecientos millones de pesos m/cte (\$266.900.000.000) de la Nación**, a través del Ministerio de Transporte –INVIAS, en tanto que la gobernación de Magdalena solicitó recursos al ‘Órgano Colegiado de Administración y Decisión OCAD- Región Caribe- quien viabilizó y aprobó el proyecto de mejoramiento de la vía Palermo – Sitio Nuevo – Remolino – Guáimaro – **para comprometer recursos del sistema general de regalías por un monto de 200.000 millones de pesos. Por lo tanto, el valor total ascendería a la suma de \$466.900.000.000.**

Téngase presente además lo aludido en el capítulo III relacionado con la DESCRIPCION, MATERIALIZACION Y AVANCE DEL PROYECTO “VIA DE LA PROSPERIDAD” que permite establecer cuáles eran las finalidades que se



esperaban con la contratación aquí investigada y que desafortunadamente sus resultados finales no hacen honor al nombre de VIA DE LA PROSPERIDAD.

En cuanto a la transgresión del **principio de economía** en el cual se halla inmerso la planeación corresponde señalar que la maximización de los resultados que se pretenden obtener con la menor cantidad de recursos y en el menor tiempo posible lleva implícito una verdadera y real planificación de las actividades a desarrollar, siendo ésta, la planeación, la principal herramienta de gestión para la determinación de los costos y tiempos empleados en procura de lograr el objetivo contractual y los compromisos derivados del mismo en orden al cumplimiento de los fines estatales, **consideración que aplica también a los modificatorios y adicionales que se realicen durante la ejecución contractual.**

De igual manera, y en virtud del principio de economía, se exige que las autoridades procedan con austeridad y eficiencia, optimizando el uso de los recursos (numeral 12, artículo 3 ley 1437 de 2012), cometido que no resulta posible sin la debida planeación.

Es por ello que también se considera que la disciplinada al suscribir los modificatorios al contrato 617 de 2013 pudo actuar con transgresión del principio de eficiencia que le exige una adecuada planeación y gestión de sus recursos financieros orientada con certeza a la necesidad que pretendía ser satisfecha y a evitar los mayores costos en los que se incurrió en el proyecto y que en términos económicos se traduce en el logro del máximo rendimiento con los menores costos, y que, aplicado a la gestión estatal, significa la adecuada gestión de los asuntos objeto de ella, partiendo del supuesto de los recursos financieros -casi siempre limitados- de los que dispone la hacienda pública.

En otros términos, las autoridades públicas - como la ex gobernadora - por razones de interés general están obligadas a efectuar una adecuada planeación del gasto de modo tal que se oriente con certeza a la satisfacción de las necesidades prioritarias para la comunidad, sin despilfarro ni erogaciones innecesarias, aspectos sobre los cuales se hizo alusión ampliamente en la decisión

En este orden de ideas se considera que la conducta de la disciplinada, la desatención de sus deberes funcionales frente a la forma como se ejecutó la contratación para la realización de la obra para el mejoramiento de la vía Palermo – Sitio Nuevo – Remolino - Guáimaro , en el departamento del Magdalena, incidió en la garantía de la función pública dado que el proyecto al parecer no cumplió los fines para los cuales fue previsto pues el alcance físico del proyecto, de 52.6 km para 3 tramos (a) Palermo – Sitio Nuevo, (b) Sitio Nuevo -Remolino y (c) Remolino – Guáimaro se estaría reduciendo a 1 tramo de la vía, esto es Palermo Sitio Nuevo en 18 kilómetros aproximados.

418

IUS E-2017-519707 /IUC-D-2017-956399
Auto: Fallo de primera instancia-30-09-2020
Caso: Proyecto Vía La Prosperidad – Gobernación de Magdalena
CJOM/OLSC



Además por un contrato de obra se pagaron mayores cantidades de transporte incrementadas en más del 779.7569%, aumentado el valor en \$112.436.189.280,00¹¹⁴, aunado a que con ocasión de la falta de definición, existencia y validación de canteras o fuentes de materiales viables técnica y jurídicamente para el momento de inicio de la obra, tan cierto es esto que se debe tener en consideración el laudo del 11 de julio de 2019 proferido por el Tribunal de Arbitraje de Consorcio Ribera Este contra Departamento del Magdalena, expediente 5358, que en la página 55 indicó: *Con fundamento en las pruebas analizadas anteriormente, se encuentra que si existe para el DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA la obligación contractual de pagarle al consorcio Ribera Este el ítem “transporte de material fluvial” en razón de los metros cúbicos kilómetros (M3/km) de materiales efectivamente transportados multiplicados por el valor unitario previsto en las actas”* diferencia llevada a instancia del Tribunal en virtud de lo consignado en la cláusula séptima del otro si modificatorio No, 6, que si bien es cierto esta divergencia se originó por las fallas en la planeación frente a la determinación de las canteras y el presupuesto para el transporte como se acotó en el capítulo relacionado con los hechos probados, que si atañen al periodo y conducta de Cotes Habeych, lo cierto es que durante la administración de Rosa Cotes se presentaron demoras en la solución de estas deficiencias que incidieron en la oportunidad en la finalización de las obras, y aun así efectuada la denominada regularización, siguieron presentándose 5 modificatorios más y el plazo del 15 de julio de 2018 se extendió hasta el 10 de diciembre de 2019.

Es así como el tribunal de arbitraje dispuso en el numeral décimo de la parte resolutive *“ACCEDER a la pretensión décimo tercer declarativa contenida en la reforma de la demanda arbitral y, en tal virtud declarar que el contrato de obra No. 617 de 2013, se pactó bajo la modalidad de precios unitarios y, por consiguiente las mayores cantidades de obra contratadas y ejecutadas deben pagarse de acuerdo a los valores contractualmente pactados para cada ítem, entre el que se encuentra incluido el tiempo de transporte, que se debe pagar conforme a las distancias recorridas desde la fuente de material hasta el centro de gravedad de la obra, tomando como referencia las distancias acreditadas”* (página 198 laudo arbitral c.a. 15)

Y en el numeral duodécimo se ordenó. *“ACCEDER PARCIALMENTE a la pretensión segunda de condena, y en consecuencia, CONDENAR al DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA a pagar en favor del CONSORCIO RIBERA ESTE la suma de TRES MIL SETECIENTOS CUARENTA MILLONES SETECIENTOS DIECISIETE MIL DOSCIENTOS OCHO PESOS CON TREINTA CENTAVOS \$3.740.717.208.30 por concepto de indemnización de perjuicios causados por el incumplimiento parcial del contrato de obra pública 617 de 2013.*

¹¹⁴ con corte al 31 de octubre de 2016 y acta modificatoria número 5



También recordemos el testimonio del ingeniero Vladimir Cardona, director de la interventoría al preguntarle los tramos incluidos y excluidos con la modificación número 6 al contrato de obra 617 de 2013:

“La culminación del terraplén del denominado tramo 1B entre el PR 39+650 AL Pr 41+500, la pavimentación y señalización del PR 41+500 al 55+600 y del PR 58+500 al 60+329, eso todo está ubicado en el tramo Sitio Nuevo Palermo, la terminación del puente, la construcción del puente caño clarín con sus accesos, esto quedó estipulado en el otro si No. 6; lo que se excluyó fue el tramo Guáimaro – Sitio Nuevo, la denominada variante de Palermo y variante de Sitio – Nuevo.

No está de más mencionar la declaración rendida el 14 de noviembre de 2019 por el ingeniero JAVIER DÍAZ BUENDÍA, director administrativo del consorcio Ribera Este del 14-11-2019, quien en lenguaje sencillo y claro permite determinar que aunque la obra se terminaba el 10 de diciembre, ésta no será funcional.

“Vemos con preocupación que hoy es 2019 todavía no se han adjudicado esas variantes a través de un proceso de selección y por lo tanto mantenemos esa decisión casi que unilateral por parte de la Gobernación y del INVIAS de excluirnos esa parte del contrato y sin embargo esperamos que el proyecto pueda terminar siendo una obra funcional, porque nos preocupa a nosotros como empresa y se lo hemos manifestado también a La Contraloría, nuestra imagen frente a entregar una vía que no va a conectar ningún lado con ningún lado, si no se hace la variante de Palermo el proyecto va a ser un proyecto funcional, no creo que alguien se atreva a inaugurar algo que no va de ningún lado a ningún lado y nosotros siempre hemos manifestado que si nos hubieran dejado ejecutar la obra, ya estaría terminada junto con las otras dos variantes, porque han pasado del 2017 dos años y ya nosotros en ese tiempo, así la ANLA se hubiera demorado todo lo que hubiera querido, hubiéramos tenido la licencia ambiental y hubiéramos terminado la obra”.

AG24 OLGA LILIANA SUÁREZ COLMENARES PROCURADURÍA PRIMERA DELEGADA PARA LA CONTRATACIÓN ESTATAL: “En este momento para que los 18.3km sean funcionales se requiere la variante de Palermo”.

INGENIERO JAVIER DÍAZ BUENDÍA: “Se requiere la variante de Palermo, si no hay la variante de Palermo no queda un proyecto”.

AG24 OLGA LILIANA SUÁREZ COLMENARES PROCURADURÍA PRIMERA DELEGADA PARA LA CONTRATACIÓN ESTATAL: “¿Queda un proyecto con unos kilómetros pavimentados o castizos?”.



INGENIERO JAVIER DÍAZ BUENDÍA: “Sí, queda un proyecto con unos kilómetros pavimentados, arranca un tramo con 5km, después arrancan 2km que están sin pavimentar y después arrancan 15km”.

En efecto, si bien es cierto el monto inicial del contrato de obra 617 por valor de \$432.010.178.757.42 se redujo a la suma de \$330.875.314.909.39., lo cierto es que (i) se disminuyó el alcance de 56 a 18 kilómetros, (ii) correspondió realizar nuestros estudios y diseños que de acuerdo con el proceso contractual número CD-DM-006-2019 cuyo objeto es la “CONSULTORÍA DE ESTUDIOS Y DISEÑOS A NIVEL FASE III PARA LA CONSTRUCCIÓN DE LAS VARIANTES DE PALERMO (PR55+400 – PR58+380) Y SITIONUEVO (PR35+960 – PR39+650) EN EL DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA, INCLUIDO LA OBTENCIÓN DE LAS LICENCIAS RESPECTIVAS” con un presupuesto estimado de \$2.949.241.152, proceso que fue declarado DESCARTADO y (iii) se adelantó una nueva licitación pública cuyo objeto es el “MEJORAMIENTO DE LA CARRETERA PALERMO – SALAMINA SECTOR PALERMO –SITIO NUEVO – REMOLINO, CODIGO 2702 DESDE EL PR 34+500 AL PR 36+000 Y EL PR 39+650 AL PR 41+500, EN EL DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA” por valor de \$28.760.636.717,00. Estado actual del proceso. DESCARTADO.” De manera que si sumados todos estos valores (\$2.949.241.152 + \$28.760.636.717,00) daría una cuantía de 31.709.877.869, **procesos contractuales iniciados en la administración de Rosa Cotes**

Y en el informe de la interventoría en atención a las preguntas y solicitudes formuladas por este Despacho indica que “los tramos excluidos del contrato 617 de 2013 producto de la denominada “regularización” presentan deterioro y dificultades para la movilidad de los usuarios, particularmente en época de lluvias”.

En suma, la gobernación de Magdalena entrega una vía que no es funcional, un proyecto que no fue finalizado, la ausencia de procesos contractuales en curso para continuar la vía, tanto en diseños como en obra, y acorde con los términos del acta de liquidación del 10 de diciembre de 2019, se deduce que la obra empleó el doble de tiempo al inicialmente pactado, para entregar solamente 18 kilómetros de los 52 inicialmente planeados, todo ello a causa de la deficiente ejecución en la dirección de la actividad contractual.

De manera que se encuentra probado que la desatención **sustancial** de los deberes funcionales a cargo de la gobernadora COTES de ZÚÑIGA **impactó negativamente** los principios de economía y eficiencia que rigen la función pública respecto de la planeación y ejecución del proyecto vía de la prosperidad materializado en el contrato de obra 617 de 2013.



7.4. ANÁLISIS DE LA CULPABILIDAD.

En el pliego de cargos se calificó provisionalmente la falta a título de culpa gravísima por desatención elemental

El concepto de culpa en el derecho disciplinario tiene como presupuesto una infracción al deber objetivo de cuidado. La diferencia entre una culpa gravísima por desatención elemental y una culpa grave está, en la primera, en no hacer aquello que resulta obvio, elemental e imprescindible ejecutar frente a los deberes funcionales a su cargo; prescindir de la previsión más elemental y de buen juicio; dejar de hacer o ejecutar aquello que le era evidente atender; no tomar las precauciones más elementales; actuar de manera ligera e irreflexiva, entre otros elementos, en tanto que la segunda, procede por falta de diligencia, cuidado, prudencia, o porque ejecuta su conducta por falta de previsión del resultado previsible, o habiéndolo previsto, confió en poder evitarlo, que en términos del artículo 63 del Código Civil es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aún las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios; y en términos del parágrafo del artículo 44 del Código Disciplinario Único, por inobservancia del cuidado necesario que cualquier persona del común imprime en sus actuaciones. Por ello, la culpa gravísima se sanciona con más rigor que la culpa grave.

La diligencia que se echa de menos o se reprocha también esa asociada con la prontitud y el esmero en la toma de decisiones que deben ser orientadas a resultados y se logran los objetivos, no es diligente quien hace muchas reuniones sin lograr el objetivo propuesto, no es diligente quien luego de adoptar una decisión, vuelve y modifica o genera adiciones, ello trae reprocesos en la gestión administrativa, aspecto que afecta la eficiencia del proyecto, hacer que las cosas pasen y lograr los objetivos es sinónimo de diligencia.

En el caso que nos ocupa, la gobernadora del departamento del Magdalena tenía el deber funcional y la responsabilidad de manejar con suma diligencia y cuidado el proceso contractual y el manejo y ejecución del presupuesto destinado para el proyecto de inversión pública vía de la prosperidad, en estricta observancia de las disposiciones legales que regulan la materia con una finalidad primordial como lo era buscar el cumplimiento de los fines de la contratación entre ellos garantizar la efectividad de los intereses de los administrados, es decir de la comunidad que sería beneficiada con el proyecto, quien no logró ver cristalizadas sus esperanzas de un mejor porvenir con la rehabilitación y mantenimiento de la vía desde Palermo hasta Guáimaro, beneficios explicados en la descripción del proyecto.

Se consideró que el cuidado y la diligencia elemental que se echan de menos que cualquier persona puesta en esa condición de gerente de un proyecto y directivo de la actividad contractual, precisamente están encaminados no al cúmulo de actuaciones, reuniones en suma de 87 o más, como fue declarado por el gerente

422



de proyectos, o la asistencia a comités operativos o mesas de trabajo con participación de la Procuraduría y la Contraloría, sino a la eficacia y eficiencia de las decisiones, eficacia como principio vulnerado en sede de tipicidad y eficiencia como principio impactado en sede de ilicitud sustancial, es decir que si en desarrollo de varias reuniones no se lograba el acuerdo que pretendía obtener en diálogos con el contratista, bien sea de manera directa o con intermediación de terceros, tenía otras potestades y facultades para evitar que con las dilaciones y retardos que generaba el no lograr un acuerdo consensuado se estaban presentando, e incluso adoptar desde temprano la decisión que finalmente se acogió, pues estaba dentro de las previstas.

Se destacó que el doctor Fabio Manjarrés, gerente de proyectos de la gobernación de Magdalena y supervisor del contrato 617 de 2013, designado por esa entidad, indicó en el oficio E-2017-032730 del 1° de diciembre de 2017, que la regularización se dio en los términos planteados por el INVIAS referidos a la reducción del alcance físico, la reducción del valor, la modificación de la forma de pago y todo, prácticamente porque la entidad se vio obligada ante el inminente vencimiento del plazo que además tenía suspendido los giros.

La situación a la que llegó el convenio y el contrato, ad portas de su vencimiento, y ante la necesidad de pago y ampliación del plazo, obligó a la suscripción del modificatorio No. 6 al contrato No. 617 de 2013, **en los términos que para entonces el INVIAS planteó, referidos a la reducción del alcance físico del contrato, la reducción del valor, modificación de la forma de pago y ampliación del plazo a la fecha fijada por el INVIAS.**

En otras palabras, al no ser atendidos los diferentes requerimientos del INVIAS formulados desde principios del año 2016, fue obligada la entidad por virtud del adicional 1 y modificatorio 3 del convenio a regularizar la ejecución del contrato ya solicitada en diferentes comunicaciones y luego, posterior a este acuerdo del 28 de diciembre de 2016, transcurrieron 9 meses para solucionar la problemática, esto es para el 25 de septiembre de 2017 dado que el convenio finalizaría a mediados de noviembre de ese año, aplicando una alternativa que perfectamente se hubiera podido hacer muchos meses atrás, incluso en tiempo superior a 1 año, pues se sabía que efectivamente la obra no se culminaría ni realizaría en la forma pactada, siendo inminente reducir su alcance físico, sin embargo la administración de una manera sesgada y tozuda insistía en todo lo contrario.

Al respecto recuérdese lo dicho por el ingeniero Vladimir Cardona Páez, director de interventoría del Consorcio ICI

“por mucha estrategia que se hiciera no íbamos arreglar el problema, el problema fue porque la afectación principal del presupuesto de la licitación se debe a la omisión en el presupuesto del contrato de cantidades de transporte de materiales de terraplén para el tramo sitio nuevo Palermo, sumado a la no

423

IUS E-2017-519707 /IUC-D-2017-956399
Auto: Fallo de primera instancia-30-09-2020
Caso: Proyecto Vía La Prosperidad – Gobernación de Magdalena
CJOM/OLSC



consideración de las cantidades de material de terraplén y transporte necesarias para atender el fenómeno invernal de 2010 y 2011 y la desactualización de las canteras propuestas en los diseños aportados para la licitación, situación esta que redujo el alcance físico del contrato, cualquier alternativa solo iba a minimizar un poco la afectación descrita anteriormente.
(Negritas y subrayado fuera del texto original)

Igualmente se tuvo presente lo señalado por el ingeniero Walter Pautt quien inicialmente fungió como supervisor del contrato 617 de 2013 y luego integró el equipo de apoyo de a esta supervisión ejercida por el Departamento

PREGUNTADO. EN SU CONCEPTO Y DADA SU TRAYECTORIA PROFESIONAL CONSIDERA QUE ESTA PROBLEMÁTICA PUDO HABER SIDO SUPERADA DE MANERA DIFERENTE A COMO SE SOLUCIONÓ EN SU MOMENTO. CONTESTÓ..
Yo creo que la más viable y práctica es la que se hizo, no había otra.

Manifestaciones que son coincidentes con lo señalado por el ingeniero Vladimir Cardona, de la interventoría Consorcio ICI:

PREGUNTADO POR EL DESPACHO: LA REGULARIZACIÓN DEL CONTRATO SUSCRITA EN SEPTIEMBRE DE 2017, SE HUBIERA PODIDO REALIZAR ANTES, TENIENDO EN CUENTA QUE PARA EL 2015 FUE DETECTADA LA PROBLEMÁTICA MENCIONADA? Yo creería que si se pudo realizar antes, porque ya se conocía desde el comienzo la problemática del contrato y la decisión era a nivel institucional de que se buscarán las medidas que establecieran las mejoras para solucionar la problemática y parte de ellos es la regularización, pero ellos la gobernación y el INVIAS tendrían sus motivos para explicar por qué no lo hicieron. PREGUNTADO. Y POR QUE NO SE HIZO ANTES, es una decisión institucional y ellos podían dar la explicación al detalle del tema. “

De manera que el perfil del cargo y concretamente sus deberes le imponían que al advertir que las fórmulas por ella y su equipo de trabajo no brindaban los resultados esperados, cualquier gerente de proyectos y directos de la actividad contractual que tenía a su cargo la responsabilidad de vigilar la correcta ejecución del objeto contratado, proteger los derechos de la entidad y administrador de bienes ajenos encomendados en virtud de la asignación de recursos públicos de la Nación y del sistema general de regalías en cuantía superior a los 433 mil millones de pesos, y aunque nada de estas circunstancias y hechos fueron desvirtuado en el pliego de cargos, lo cierto es que el elemento distintivo de la culpa gravísima por desatención no aparece probado, que lo obvio e imprescindible era haber actuado de una manera diferente y acoger recomendaciones y alternativas señaladas, como la que finalmente sucedió luego de 1 año y 7 meses a cargo de la gobernación de Magdalena.

424

IUS E-2017-519707 /IUC-D-2017-956399
Auto: Fallo de primera instancia-30-09-2020
Caso: Proyecto Vía La Prosperidad – Gobernación de Magdalena
CJOM/OLSC



La falta de diligencia quedó también acreditada con la multiplicidad de modificatorios y adiciones que tuvo el contrato de obra 617 de 2013 luego de la denominada y esperada regularización de la ejecución de la obra, como se demostró probatoriamente, la cual fue suscrita por la disciplinada esperando la finalización de la obra el 15 de julio de 2018 y finalmente ocurrió hasta el 10 de diciembre de 2019, evidenciando la falta de cuidado en la estructuración y definición de los acuerdos establecidos generando mas demoras en su ejecución.

De todo lo expuesto, no se tiene duda que la disciplinada actuó sin la diligencia y cuidado **necesaria**. Sin embargo, no se mantiene el subtítulo de culpa al cual se atribuyó la falta, esto es, culpa gravísima, por cuanto se observa que su comportamiento se encuadra en la definición de culpa grave dispuesta en el párrafo del artículo 44 de la Ley 734 de: « [...] La culpa será grave cuando se incurra en falta disciplinaria por inobservancia del cuidado necesario que cualquier persona de común imprime a sus actuaciones».

Por tanto, **la falta se atribuirá definitivamente a título de culpa grave.**

7.5. FUNDAMENTACIÓN DE LA CALIFICACIÓN DEFINITIVA DE LA FALTA DISCIPLINARIA.

Conforme al análisis efectuado de las pruebas y de los argumentos de defensa, se encuentra acreditado que la señora **ROSA COTES DE ZÚÑIGA** en su condición de gobernadora del departamento del Magdalena incurrió en la **falta disciplinaria prevista en el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002 por haber participado en la actividad contractual con desconocimiento del principio de responsabilidad que regula la contratación estatal y eficacia de la función pública.**

En consecuencia y conforme a lo expresado, la calificación definitiva de la falta es falta gravísima cometida a título de culpa grave.

7.6. CRITERIOS TENIDOS EN CUENTA PARA LA DOSIFICACIÓN DE LA SANCIÓN

Demostrada la tipicidad de la conducta del señora ROSA COTES DE ZÚÑIGA , su antijuridicidad (ilicitud sustancial) y culpabilidad luego que, el cargo único formulado, y con múltiples conductas, fuera probado y no desvirtuado, se declarará en esta instancia su responsabilidad disciplinaria, y se procederá a tasar la sanción prevista para las **faltas gravísimas cometidas con culpa grave**, teniendo en consideración que el numeral 9° del artículo 43 de La Ley 734 de 2002 señala que la realización típica de una falta objetivamente gravísima cometida con culpa grave, será considerada como grave, sin que por ello pierda su naturaleza típica de gravísima, es solo para efectos de dosificar la sanción.



Cabe destacar que acorde con el grado de culpabilidad inicialmente definido en el pliego de cargos de culpa gravísima por desatención elemental como calificación provisional, la sanción a imponer hubiera sido la destitución del cargo con una inhabilidad mínima de 10 años, sin embargo, en consideración a la variación del grado de culpabilidad, corresponde imponer la sanción la suspensión en el ejercicio del cargo, entre 1 y 12 meses

Definido lo anterior corresponde acudir a lo señalado en el artículo 44 del CDU que consagra las sanciones a las que está sometido el servidor público y para el caso que nos ocupa, al considerar la falta como grave, en atención a lo normado en el numeral 9° del artículo 43, amén que el comportamiento del disciplinable es culposo (culpa grave) se tendrá en cuenta lo señalado en el numeral 3 que contempla como sanción la “Suspensión para las faltas graves culposas”, que implica la separación del cargo en cuyo desempeño se originó la falta, según lo normado en el numeral 2° del artículo 45 ídem, la cual no será inferior a 1 mes ni superior a doce meses, acorde con los preceptos del artículo 46 del referido estatuto disciplinario.

En consecuencia, para graduar la sanción corresponde atender los criterios definidos en el artículo 47 de la Ley 734 de 2002, Código Disciplinario Único, partiendo del mínimo de 1 mes de suspensión.

Los criterios para definir la duración de la sanción, los establece el artículo 47 del Código Disciplinario Único, en los siguientes términos:

“Artículo 47. Criterios para la graduación de la sanción.

1. La cuantía de la multa y el término de duración de la suspensión e inhabilidad se fijarán de acuerdo con los siguientes criterios:

- a) Haber sido sancionado fiscal o disciplinariamente dentro de los cinco años anteriores a la comisión de la conducta que se investiga;
- b) La diligencia y eficiencia demostrada en el desempeño del cargo o de la función;
- c) Atribuir la responsabilidad infundadamente a un tercero;
- d) La confesión de la falta antes de la formulación de cargos;
- e) Haber procurado, por iniciativa propia, resarcir el daño o compensar el perjuicio causado;
- f) Haber devuelto, restituido o reparado, según el caso, el bien afectado con la conducta constitutiva de la falta, siempre que la devolución, restitución o reparación no se hubieren decretado en otro proceso;
- g) El grave daño social de la conducta;
- h) La afectación a derechos fundamentales;
- i) El conocimiento de la ilicitud;
- j) Pertener al servidor público al nivel directivo o ejecutivo de la entidad.

2. A quien, con una o varias acciones u omisiones, infrinja varias disposiciones de la ley disciplinaria o varias veces la misma disposición, se le graduará la sanción de acuerdo con los siguientes criterios:

c) Si la sanción más grave es la suspensión, esta se incrementará hasta en otro tanto, sin exceder el máximo legal (...)

426



- k) **Haber sido sancionado fiscal o disciplinariamente dentro de los cinco años anteriores a la comisión de la conducta que se investiga;** como la disciplinable no tiene antecedentes fiscales ni disciplinarios, este será tenido en cuenta como un factor atenuante.
- l) **La diligencia y eficiencia demostrada en el desempeño del cargo o de la función;** teniendo en cuenta el análisis de la conducta investigada y que ha quedado plasmada a lo largo de esta decisión, la disciplinada no fue diligente, ni eficiente en el ejercicio del cargo de gobernadora del departamento del Magdalena y ejecutora del proyecto vía de la prosperidad, como quedó probado en esta providencia, además, el grado de culpabilidad fue calificado en la modalidad de culpa grave precisamente frente a su falta de diligencia, y en frente a la ilicitud de su conducta se consideró que la desatención de sus deberes funcionales fue sustancial y afectó el principio de eficiencia que rige la función pública; por lo que esto será tenido en cuenta como un **factor agravante** de la sanción.
- m) Atribuir la responsabilidad infundadamente a un tercero; este criterio no fue demostrado ni probado, por lo tanto, no sería tenido en cuenta.
- n) La confesión de la falta antes de la formulación de cargos; esta circunstancia no se dio y por tanto no será tomada en cuenta como atenuante de la sanción.
- o) Haber procurado, por iniciativa propia, resarcir el daño o compensar el perjuicio causado; esta circunstancia tampoco se dio y por tanto no será tomada en cuenta como atenuante de la sanción.
- p) Haber devuelto, restituido o reparado, según el caso, el bien afectado con la conducta constitutiva de la falta, siempre que la devolución, restitución o reparación no se hubieren decretado en otro proceso; esta circunstancia no se dio; por tanto, no será tomada en cuenta como atenuante de la sanción.
- q) **El grave daño social de la conducta;** por cuanto la sociedad espera que sus servidores públicos y especialmente quienes tienen a su cargo la vigilancia y control de recursos públicos actúen siempre con apego a la Ley y de manera eficaz y racional en el ejercicio de sus deberes funcionales como quedó ampliamente demostrado y especialmente referido en el acápite considerativo frente a su ilicitud sustancial. Por tanto, esta circunstancia será tomada como **factor agravante** de la sanción a imponer.
- r) La afectación a derechos fundamentales; esta circunstancia no se dio y por tanto no será tomada en cuenta como atenuante de la sanción.



- s) **El conocimiento de la ilicitud;** Como se explicó en el análisis de la culpabilidad, dada con experiencia en el sector público en cargos que le permitían conocer las situaciones, necesidades y problemáticas en la región que tenía bajo su mandato donde fungió como gestora social del departamento del Magdalena y de la alcaldía de Santa Marta y secretaria ejecutiva de Puertos de Colombia con sede en Santa Marta, y luego como Gobernador, por lo que esta circunstancia será tomada en cuenta como **factor agravante** de la sanción.
- t) **Pertenecer el servidor público al nivel directivo o ejecutivo de la entidad.** La disciplinable fungía como gobernadora del departamento del Magdalena tenía a su cargo la dirección de la actividad contractual y administrativa de la entidad, y se esperaba que su nivel de diligencia y cuidado no solo se enfocara a ejercer una adecuada ejecución y salvaguardar y proteger los cuantiosos recursos que estaban invirtiendo en el proyecto vía de la prosperidad, por lo que esta circunstancia será tomada en cuenta como **factor agravante** de la sanción.

Aunado a lo expuesto, se debe tener en consideración que la conducta de ROSA COTES DE ZUÑIGA en su condición de gobernadora del departamento del Magdalena, aunque incurrió en una falta disciplinaria, esto es la prevista en el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, vulneró dos principios; el de responsabilidad de la contratación estatal, y el de eficacia de función pública por varias conductas como quedó demostrado, relacionadas con su participación en la actividad contractual del proyecto vía de la prosperidad, a través de la ejecución del contrato de obra 617 de 2013 debido a la (i) falta de oportunidad y eficacia en atender las acciones (i) falta de oportunidad y eficacia para atender la denominada regularización de la ejecución y alcance de la obra objeto del contrato de 617 de 2013; (ii) falta de oportunidad y eficacia en la atención a la advertencia de soluciones de acciones por los posibles incumplimientos del contratista, (iii) falta de oportunidad y eficacia en atender el cumplimiento de los planes de mejora presentados ante el DNP que ocasionaron la suspensión del giro de recursos del sistema general de regalías para el proyecto vía de la prosperidad (iv) no cumplir con los fines de la contratación, (v) no cumplir con las reglas de administración de bienes ajenos para garantizar la adecuada gestión e inversión de los recursos públicos.

En consecuencia, partiendo de 1 mes de suspensión y con 4 de la totalidad de los agravantes, es decir de 5, dado que los 4 criterios restantes corresponden a atenuantes de la conducta, de los cuales solo el literal a) se podría generar una suspensión de once 9 meses, que de acuerdo con lo estipulado en el numeral 2 del artículo 47 del CDU, el cual señala que “A quien, con una o varias acciones u omisiones, infrinja varias disposiciones de la ley disciplinaria o varias veces la misma disposición”, se incrementará la sanción en otro tanto, se tiene que, en el presente caso se determinó que se podría llegar a 18 meses de suspensión, sin embargo, la norma es clara y a renglón seguido, indica que no se puede exceder el

428



máximo legal, que en este caso es de 12 meses de suspensión, imperativo legal que corresponde respetar en aplicación del principio de legalidad.

En consecuencia, este Despacho declarará a ROSA COTES DE ZÚÑIGA investigada en su condición de gobernadora del departamento del Magdalena como responsable disciplinariamente de las conductas objeto del cargo formulado mediante auto del 31 de mayo de 2019, quien se hará acreedor a la **SANCIÓN DE DOCE (12) MESES DE SUSPENSIÓN EN EL EJERCICIO DEL CARGO**.

VIII. CONVERTIBILIDAD DE LA SANCIÓN.

En relación con la sanción impuesta a los disciplinados, consistente en **SANCIÓN DE DOCE (12) MESES DE SUSPENSIÓN EN EL EJERCICIO DEL CARGO**, debe observarse lo previsto en el inciso segundo del artículo 46 del CDU, que dispone:

“... ”

La suspensión no será inferior a un mes ni superior a doce meses. Cuando el disciplinado haya cesado en sus funciones para el momento de la ejecutoria del fallo o durante la ejecución del mismo, cuando no fuere posible ejecutar la sanción se convertirá el término de suspensión o el que faltare, según el caso, en salarios de acuerdo al monto de lo devengado para el momento de la comisión de la falta...”

Lo anterior, en la medida que los sancionados actualmente no desempeñan sus cargos como gobernadores del departamento de Magdalena.

Así las cosas, se dispondrá la conversión de la sanción de DOCE (12) meses de salario devengados, en concordancia con el artículo 173 ibídem, así:

- Para el ex gobernador LUIS MIGUEL COTES HABEYCH al momento de su retiro del servicio, es decir el pasado 31 de diciembre de 2015, en razón del estado del proyecto luego de finalizar su gestión, la sanción de doce meses de suspensión se convertirá en MULTA de \$107.938.380 resultado de la siguiente operación ($\$8.994.865 \times 12$)¹¹⁵.
- Para la ex gobernadora ROSA COTES DE ZÚÑIGA al momento de su retiro del servicio, es decir el pasado 31 de diciembre de 2019, en razón del estado en que entregó el proyecto luego de finalizar su gestión, la sanción de doce meses de suspensión se convertirá en multa equivalente a doce salarios básicos mensuales devengados para el 2019 por la disciplinada, que se liquidarán por este Despacho, una vez ejecutoriada la sanción.

¹¹⁵ Constancia Oficina Departamental de Talento Humano, folio 695 Cuaderno Principal No 3



IX. OTRAS DISPOSICIONES.

- 9.1. En cumplimiento de lo ordenado por el Señor Procurador General de la Nación, en la Circular 05 del 1 de septiembre de 2020, referida en el capítulo 2.2.4 del presente fallo y de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva antecedente, se ordena la remisión de esta decisión a la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN – DIRECCION NACIONAL DE FISCALIAS ESPECIALIZADAS CONTRA LA CORRUPCIÓN, para que se investigue el presunto delito de celebración de contratos sin cumplimiento de requisitos legales, o el punible que a bien consideren, respecto de la licitación pública LP-DM-007-2012 y el contrato de obra 617 de 2013 celebrado por la gobernación de Magdalena con el consorcio RIBERA ESTE para el mejoramiento de la vía Palermo – Sitio Nuevo – Remolino – Guáimaro en Departamento del Magdalena. Igualmente, y para mayor ilustración anexar copia del acta de visita adelantada por la Fiscalía a la Gobernación de Magdalena del 21 de junio de 2017 y que obra en los folios 190 a 94 del cuaderno anexo 1 del expediente
- 9.2. En razón al estado del proyecto, el compromiso de los recursos públicos, las deficiencias presentadas en la gestión del mismo, las necesidades colectivas que se vieron afectadas por sus problemáticas, se dispondrá remitir copia de esta providencia, una vez ejecutoriada, al OCAD Regional Caribe que conoció del proyecto, al Departamento Nacional de Planeación – Dirección de Regalías, al INVIAS y a la Gobernación de Magdalena, para que tengan presentes estas consideraciones, en procura y beneficio del interés público que reviste el proyecto y se adopten las precauciones del caso para futuras acciones.
- 9.3. Del mismo modo, se remitirá copia de esta decisión a la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Preventiva de la Función Pública para que defina la pertinencia de intervenir en relación con la gestión presente y futura del proyecto, así como para la Procuraduría Delegada para la Conciliación Administrativa para que analice la procedencia de interponer o intervenir en las acciones que cursen, en defensa de los intereses y derechos colectivos.

En mérito de lo expuesto, el **PROCURADOR PRIMERO DELEGADO PARA LA CONTRATACIÓN ESTATAL**, en uso de sus atribuciones legales y reglamentarias,

430

IUS E-2017-519707 /IUC-D-2017-956399
Auto: Fallo de primera instancia-30-09-2020
Caso: Proyecto Vía La Prosperidad – Gobernación de Magdalena
CJOM/OLSC



RESUELVE

PRIMERO: SANCIONAR disciplinariamente a **LUIS MIGUEL COTES HABEYCH** identificado con la cédula de ciudadanía número 1.082.852.122 en su condición de gobernador del departamento del Magdalena para el periodo 2012-2015 y ejecutor del proyecto de inversión de recursos públicos conocido como VÍA DE LA PROSPERIDAD, materializado a través de los convenios 1266 de 2012, 649 de 2013 y principalmente del contrato de obra 617 de 2013 con la imposición de **SANCIÓN DE DOCE (12) MESES DE SUSPENSIÓN EN EL EJERCICIO DEL CARGO CONVERTIDOS EN MULTA EQUIVALENTE A CIENTO SIETE MILLONES NOVECIENTOS TREINTA Y OCHO MIL TRESCIENTOS OCHENTA PESOS (\$107.938.380)**, al encontrarse probado y no desvirtuado el cargo formulado, conforme a las consideraciones expuestas en este proveído. Suma de dinero que deberá pagar conforme lo prevé el artículo 173 del CDU.

SEGUNDO: SANCIONAR disciplinariamente a **ROSA COTES DE ZÚÑIGA** identificada con la cédula de ciudadanía número 36.539.399 en su condición su gobernadora del departamento del Magdalena para el periodo 2016-2019 y ejecutora del proyecto de inversión de recursos públicos conocido como VÍA DE LA PROSPERIDAD, materializado a través de los convenios 1266 de 2012, 649 de 2013 y principalmente del contrato de obra 617 de 2013 con la imposición de **SANCIÓN DE DOCE (12) MESES DE SUSPENSIÓN EN EL EJERCICIO DEL CARGO CONVERTIDOS EN MULTA EQUIVALENTE A DOCE SALARIOS BÁSICOS MENSUALES DEVENGADOS PARA EL AÑO 2019 POR LA DISCIPLINADA**, que se liquidarán por este Despacho, una vez ejecutoriada la sanción. Suma de dinero que deberá pagar conforme lo prevé el artículo 173 del CDU.

TERCERO: NOTIFICAR personalmente la presente decisión al apoderado de los sancionados, teniendo en cuenta que en sus memoriales de defensa ha aceptado recibir notificaciones en el correo electrónico, acorde con lo establecido en los artículos 101 y 102 de la Ley 734 de 2002, haciéndole saber que contra la presente decisión procede el recurso de apelación para ante la Sala Disciplinaria según lo establecido en los artículos 111, 112 y 115 ídem.

En el evento que no pudiere notificarse personalmente, se fijará edicto según lo establecido en el artículo 107 del CDU

Las comunicaciones se librarán al doctor JAIME LOMBANA VILLALABA apoderado de los disciplinados y a su apoderada suplente doctora NATALIA CIFUENTES CASTRO a los correos electrónicos jlombana@jaimelombana.com y ncifuentes@jaimelombana.com

Lo anterior teniendo en consideración, además lo establecido en el artículo 4° del Decreto Legislativo 491 de 2020 en concordancia con los lo dispuesto en la

431

IUS E-2017-519707 /IUC-D-2017-956399
Auto: Fallo de primera instancia-30-09-2020
Caso: Proyecto Vía La Prosperidad – Gobernación de Magdalena
CJOM/OLSC



Resolución PGN 216 de 2020 “Por la cual se fijan criterios para aplicar tecnologías de la información y las comunicaciones al trámite de procesos disciplinarios”

Respecto de los investigados, las direcciones electrónicas registradas son:

- LUIS MIGUEL COTES HABEYCH: luismiguelcotes@hotmail.com
- ROSA COTES DE ZÚÑIGA, rosacotes30@gmail.com;
despacho@magdalena.gov.co

CUARTO: EXPEDIR por la Secretaría de esta Delegada las copias indicadas en el capítulo 9 del presente fallo.

QUINTO: INFORMAR a la Oficina de Registro y Control de la Procuraduría General de la Nación - Grupo SIRI-, para el registro de la sanción, **solo, una vez quede en firme esta decisión.**

SEXTO: COMUNICAR al nominador de la entidad GOBERNACION DEL MAGDALENA la decisión final adoptada luego de surtirse los trámites ante la Sala disciplinaria, si la segunda instancia es promovida, para que, **una vez ejecutoriado el fallo**, haga efectiva la sanción impuesta a los disciplinados.

SÉPTIMO: REALIZAR, por Secretaría las comunicaciones, notificaciones y anotaciones de rigor que demande el cumplimiento de lo ordenado y **constancia de ejecutoria.**

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

CAMILO JOSÉ ORREGO MORALES

Procurador 1° Delegado para la Contratación Estatal
Funcionario especial

SE ANEXA COMO PARTE INTEGRANTE DEL PRESENTE FALLO:

1. Folios 2353 a 2376 del Cuaderno Principal No 10 que contiene la relación de pruebas y cuadernos principales que soportaron la decisión de cargos y a la que refiere la presente providencia en el Capítulo IV.
2. Una tabla de contenidos para facilitar el análisis de la providencia.

SE ADJUNTAN:
15 CUADERNOS PRINCIPALES y 18 CUADERNOS ANEXOS

PROYECTÓ: Olga Liliana Suárez Colmenares, Asesora grado 24 P1DCE

IUS E-2017-519707 /IUC-D-2017-956399
Auto: Fallo de primera instancia-30-09-2020
Caso: Proyecto Vía La Prosperidad – Gobernación de Magdalena
CJOM/OLSC

432