

Proceso: 11 001 60 00000 **2019 00554**
Delito: Contrato sin cumplimiento de requisitos legales
Acusados: Luis Guillermo Gómez Atehortúa
Luis Javier Vélez Duque
Procedencia: Juzgado 18 Penal del Circuito de Medellín
Objeto: Apela sentencia absolutoria
Decisión: Confirma
M. Ponente: Luis Enrique Restrepo Méndez
Sentencia Penal No: 003-2024



SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, veinte (20) de mayo de dos mil veinticuatro (2024).

Proyecto Aprobado según Acta Nro. 060

I. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación interpuesto por la delegada de la Fiscalía en contra de la sentencia del 7 de diciembre de 2022, proferida por el Juzgado 18 Penal del Circuito de Medellín, que absolvió a los ciudadanos **Luis Guillermo Gómez Atehortúa y Luis Javier Vélez Duque** de los cargos que en su contra se formularan como coautores del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

Con excepción al capítulo que sintetiza los hechos, en esta decisión cuando el Tribunal se refiera a Hidroituango SA ESP lo hará como HI, a EPM SA ESP como EPM y a EPM Ituango SA ESP lo hará como EPMI.

II. SÍNTESIS DE LOS HECHOS

Los hechos jurídicamente relevantes en el presente asunto fueron descritos por el *a quo* como sigue:

“El 29 de diciembre de 1997, mediante ordenanza No. 035 de la Asamblea Departamental de Antioquia, se ordenó la creación de la sociedad PROMOTORA HIDROELÉCTRICA “PESCADERO S.A.”, empresa de economía mixta, del nivel departamental, con participación mayoritaria de capital oficial, con el objeto de realizar “el diseño, construcción y explotación a nivel nacional y/o internacional de la Central Hidroeléctrica de Pescadero Ituango”.

Su creación se protocolizó mediante escritura pública 2309 del 8 de junio de 1998, con participación accionaria de ISAGEN S.A. E.P.S, el INSTITUTO PARA EL DESARROLLO DE ANTIOQUIA (IDEA), la empresa Antioqueña de Energía EADE S.A E.S.P., el departamento de Antioquia, la empresa INTEGRAL S.A y la Asociación Colombiana de Ingenieros – ACIC.

En el año 2.000 EPM, se convirtió en socio del proyecto hidroeléctrico Ituango - HIDROITUANGO.

El 5 de septiembre de 2005, la Sociedad Promotora Pescadero - Ituango, suscribió con EPM E.S.P. -empresa accionista de aquella- el contrato de colaboración empresarial No. 030424309 con el objeto de participar “de las ventajas propias del conocimiento y la experiencia que EE.PP.MM E.S.P. ha acumulado en el diseño y ejecución de proyectos hidroeléctricos de energía (...) de modo que se ejecute una política de colaboración integral entre EE.PP.MM E.S.P. y la HIDROELÉCTRICA”. En desarrollo de este contrato, la interventoría del contrato de la Complementación de la factibilidad técnica, económica y ambiental del proyecto Hidroeléctrico Ituango, la realizó EPM E.S.P, y acompañó la selección de la empresa consultora, INTEGRAL S.A. verificó la ejecución y el cumplimiento del contrato y coordinó las relaciones entre ésta y la Hidroeléctrica.

Igualmente, la gestión a realizar por parte de EPM E.S.P. en el marco del acuerdo de colaboración, fue “definir el ingreso del proyecto en el mercado de energía mayorista bajo el nuevo esquema de cargo de confiabilidad y gestionar el licenciamiento ambiental del proyecto”.

Para ello, EPM E.S.P., realizó un estudio de Complementación de la factibilidad técnica, económica y ambiental del proyecto Hidroeléctrico Ituango y dio una recomendación para el ingreso del proyecto a dicho mercado, además, complementó el trámite administrativo de licenciamiento iniciado a solicitud de la sociedad promotora desde el 29 de diciembre de 1999.

El 27 de marzo de 2008, la sociedad promotora suscribió con EPM E.S.P. un nuevo contrato de colaboración empresarial, identificado con el No. 29990432023, el cual tuvo por objeto “asesorías directas, transferencias de conocimientos, arrendamiento de infraestructura, adquisición en forma conjunta de bienes y servicios necesarios directa o indirectamente para el desarrollo de actividades empresariales, asignación de funcionarios y en general mediante la transferencia de ventajas de contenido diverso (...)”.

Según acta de ejecución No. 1 de este contrato suscrita el 19 de marzo de 2009 por Hidroeléctrica HIDROITUANGO S.A. E.S.P. y EPM E.S.P., esta última debía prestar servicios de interventoría a los diseños detallados de las obras principales del proyecto H.E. Ituango, que adelanta el Consorcio Generación Ituango”, realizando el seguimiento a las actividades y gestiones necesarias para que el consultor cumpla debidamente el objeto contractual.

Para el año 2008, EPM E.S.P. se había convertido en el mayor accionista (después del Instituto para el Desarrollo del Departamento de Antioquia – IDEA), con un 44.473% alcanzó el 46.14.024 %.

En el 2009, la Junta Directiva de HIDROITUANGO S.A. E.S.P. tomó la decisión de no desarrollar el proyecto directamente y adjudicarlo a un tercero para que lo adelante de manera autónoma, con recursos propios y a su propia cuenta y riesgo, esto es, asumiendo las obligaciones de financiar, construir, operar y mantener la hidroeléctrica, durante el plazo contractual establecido, al término del cual debía devolverla a la sociedad HIDROITUANGO S.A E.S.P., además, como contraprestación, tendría derecho a explotarla, pagando una remuneración.

*El 17 de noviembre de 2009, HIDROITUANGO S.A. E.SP. dio a conocer una invitación pública internacional a precalificar, a través de la cual informó a los interesados los términos y condiciones en los cuales podría entrar a “participar en el proceso de selección (...) para adjudicar (...) la financiación, construcción, operación y mantenimiento de una central de generación hidroeléctrica con capacidad de 2.400 MW, proyecto con un costo aproximado de dos mil novecientos millones de dólares americanos (US \$2.900’000.000)”, bajo un esquema que denominaron “BOOMT” que corresponde a las siglas de dichas obligaciones – **construir, poseer, operar, mantener y transferir** - en inglés.*

El “proceso” se adelantaría teniendo “como objeto y propósito fundamental y único adjudicar el proyecto a una persona que tenga experiencia técnica y operativa y solvencia financiera suficiente”.

En el marco jurídico aplicable, con base en el cual debía adelantarse el proceso de selección pública del adjudicatario de la concesión, correspondió a “las leyes 142 y 143 de 1994 de la República de Colombia y a “los estatutos de Hidroituango”.

Hasta el 18 de enero de 2010, fueron recibidos los sobres con 11 solicitudes de diferentes empresas para someterse al proceso de precalificación, entre otras, las EPM E.S.P socio de la empresa oferente.

Con base en lo anterior, la gerencia general de H.I S.A. E.S.P emitió la decisión No. 015 del 2 de febrero de 2010, mediante la cual otorgó la precalificación a siete empresas:

- 1. CHINA THREE GORGES CORPORATION*
- 2. CONSORCIO KEPCO*
- 3. CENTRALS ELETRICAS BRASILEIRAS S.A. ELECTROBÁS*
- 4. CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECH S.A.*
- 5. CONSTRUCCOES E COMERCIO CAMARGO CORREA S.A.*
- 6. CONSTRUCTORA ANDRADE GUTIÉRREZ S.A.*
- 7. EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. EPM.*

El 18 de marzo de 2010, se publicaron las reglas para la adjudicación de la financiación, construcción, operación y mantenimiento de la Hidroeléctrica, y se les permitió a los precalificados el acceso al cuarto de datos para conocer y analizar la información del material de evaluación (pliegos), una vez suscribieran y entregaran el acuerdo pre – contractual. Además, para acceder a ello, cada participante debió cancelar diecinueve millones setecientos cuarenta y unos mil cuatrocientos pesos (\$19.741.400).

*Según acta 111 del 9 de junio de 2010, la Junta Directiva de HIDROITUANGO S.A. E.S.P decidió “suspender el proceso de subasta (...) con el fin de dar tranquilidad a los otros seis precalificados y”, así, “poder avanzar con”, lo que denominaron, una “negociación directa”, solo con uno de ellos, esto es **EPM E.S.P.***

Como resultado de la negociación directa mencionada, entre julio y septiembre de 2010 se suscribieron varios acuerdos de voluntades entre EPM E.S.P, HIDROITUANGO S.A. E.S.P y el IDEA, y se definió que EPM E.S.P desarrollaría íntegramente el PROYECTO, directa o indirectamente – a través de una sociedad vehículo que estuviera bajo su control-, en concesión por un periodo de 40 años, esto es, asumiendo la financiación, construcción, operación, mantenimiento y posterior restitución de la central hidroeléctrica.

En un primer instrumento denominado “ACUERDO DE VOLUNTADES ENTRE EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN (E.P.M), E HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P (H.I)” el 4 de julio de 2010, se expusieron los antecedentes de la negociación y se definieron “los principios de la negociación directa, en los términos generales del eventual negocio, la metodología de trabajo a seguir y, finalmente, el cronograma de implementación del acuerdo”.

Al referirse a la ESTRUCTURA DEL NEGOCIO, se definió, además de otras cuestiones, que el periodo de concesión sería de 40 años para la construcción, operación, mantenimiento y restitución de la central hidroeléctrica; y cuando se describe la metodología de trabajo, se aclara que el documento constituye una manifestación de interés de las partes para llegar a un acuerdo a través de dicha estructura y que los asuntos específicos del negocio - obligaciones de las partes, cifras, plazos, manejo de riesgos, manejo de recursos etc., se fijarán en otros documentos contractuales vinculantes.

El 11 de agosto de 2010 fue suscrito un “ACUERDO MARCO ENTRE EL IDEA Y EMP” en el que se tuvo en cuenta la calidad de accionistas mayoritarios de estos, los cuales “conjuntamente representan el 97% del capital suscrito de H.I” para comprometerse a lograr en un término menor a un año ejecutar el acuerdo y, en consideración a esto “que sea EPM quien desarrolle directamente la financiación, construcción, operación y mantenimiento del proyecto Hidroeléctrico Ituango.”

El objeto del acuerdo consistió en “establecer los términos y condiciones básicas de la estructura jurídica, económica y financiera mediante la cual EPM pueda financiar, construir, operar, mantener y restituir la Hidroeléctrica Ituango, en lo que concierne a compromisos y obligaciones que tanto el IDEA como EPM asuman para concretar dicha estructura”.

Según el acuerdo, “Tan pronto quede perfeccionada la figura que H.I adopte, se celebrará el contrato BOOMT con EPM o quien esta decida, mediante el cual se acordará que H.I o sus accionistas reciban una remuneración periódica cuando entre en operación comercial el proyecto (...)

El 18 de septiembre de 2010 se suscribió “OTRO SÍ AL ACUERDO ENTRE EL IDEA y EPM”, en el que se dispuso, entre otros aspectos, que “la estructura jurídica propuesta por EPM y acordada por las partes, consista en la ESCISIÓN de una porción patrimonial de HI asociada al proyecto, que en adelante se llamará la BENEFICIARIA y cuya participación accionaria inicial sería igual a la de HI.”

También se acordó que debían “buscar la estructura jurídica que permita que EPM directa o indirectamente a través de un vehículo bajo su control diferente de la beneficiaria, mediante un contrato BOOMT, desarrolle íntegramente el proyecto, es decir, que financie, construya, opere, mantenga y restituya la central hidroeléctrica a HI.”.

El 10 de septiembre de 2010 se suscribió el último “ACUERDO ENTRE EL IDEA Y EPM”, en el cual se establecieron los “términos y condiciones básicos de la estructura

jurídica, económica y financiera mediante la cual EPM directa o indirectamente a través de un vehículo diferente de HI y bajo su control, mediante un contrato BOOMT, desarrolle íntegramente el PROYECTO, es decir, que financie, opere, mantenga y restituya la central hidroeléctrica a HI”.

En relación con la “BENEFICIARIA”, se determinó que sería una sociedad por acciones, cuyos únicos accionistas serían las mismas personas naturales y jurídicas y en la misma proporción, que al momento de la escisión fueran accionistas de HIDROITUANGO; su representante legal debía ser nominado por EPM; y su objeto social debía ser Específico, “limitado a las actividades del contrato BOOMT” que suscribiría con HIDROITUANGO.

Cabe resaltar que, dentro de las obligaciones del IDEA y de EPM, como accionistas de HI, se observa la de hacer las gestiones necesarias “para que HI negocie y suscriba en un plazo menor de un año, prorrogable de común acuerdo por LAS PARTES, el contrato BOOMT entre HI y la “BENEFICIARIA”.

El día 27 de octubre de 2010, la Asamblea General extraordinaria de accionistas de HIDROITUANGO S.A E.S. P, aprobó su escisión patrimonial y a partir de ello, la creación de una nueva sociedad beneficiaria denominada EPM ITUANGO S.A E.S. P a la que se transfirió en bloque el patrimonio afecto al proyecto, cuya titularidad, desde un principio, era de la escidente HI S.A.S E.S.P.

Así mismo, por dicha sesión se decidió que sea EPM ITUANGO S.A. E.S.P controlada por EPM E.S., la sociedad vehículo adjudicataria de la concesión del proyecto con la que HIDROITUANGO S.A. E.S.P. celebraría el contrato denominado BOOMT.

*Por último, se aprobaron sus estatutos, se eligió a los miembros de la Junta Directiva y se nombró como gerente general al señor **LUIS JAVIER VÉLEZ DUQUE**, identificado con la C.C. 70.123.774.*

Solo hasta el 4 de noviembre de 2010, HIDROITUANGO S.A. E.S.P informó legalmente a los demás precalificados -diferentes de EPM E.S.P.-, la decisión de “Suspensión del proceso de subasta”, manifestando que “la reconsideración del proceso”, obedeció a que “una de las empresas precalificadas fue EPM, única compañía local que cumplía con los requisitos establecidos para el efecto, empresa que además posee una participación accionaria en Hidroituango superior al 40%”, además de “otras circunstancias de carácter regional”.

En ese orden de ideas, indicó también que se devolvería a cada participante la suma cancelada para acceder al cuarto de datos.

*Para ese momento el señor **LUIS GUILLERMO GÓMEZ ATEHORTÚA**, identificado con la C.C. 3.331.900 fungía en calidad de gerente y representante legal (de Hidroituango S A ESP) y a su cargo se encontraba la administración, representación legal, gestión comercial y financiera, la responsabilidad y supervisión general de la sociedad, de acuerdo con el artículo 49 de los estatutos en calidad de “mandatario con representación, investido de funciones ejecutivas y administrativas” cuya responsabilidad en el ejercicio de las mismas se configura en los términos de la “ley 142 de 1994 y el Código de Comercio”.*

Lo anterior, igualmente en concordancia con el artículo 5 del acuerdo 009 del 24 de noviembre de 2010, Manual de Contratación de HI S.A. E.S.P, según el cual “le correspondía ordenar y dirigir la contratación de la empresa, para lo cual, tratándose de contratos cuya cuantía exceda de 1.000 s.m.l.m.v., requería autorización previa de la Junta Directiva”.

Mediante escritura pública 893 del 23 de marzo de 2011, fue protocolizada ante la Notaría 17 del Círculo de Medellín, la creación de la sociedad EPM ITUANGO S.A. E.S.P. empresa de servicios públicos mixta en la que el IDEA contaba con una participación del 50.74%, EPM E.S.P contaba con un 46.33% de la representación accionaria y la Gobernación de Antioquia con un 2.14%.

Su objeto social correspondió a la financiación, construcción, operación, mantenimiento y explotación comercial de la Central H.E Pescadero Ituango y su restitución a la sociedad H.I. S.A. E.S.P. a la terminación de los contratos que suscriba con esta última.

*En calidad de gerente y representante legal fungía el señor **LUIS JAVIER VÉLEZ DUQUE** según los estatutos sociales, sus responsabilidades definidas en los literales del artículo 67 corresponde a: a) representar a la sociedad, b) desarrollar los actos y operaciones incluidas en el objeto social, de acuerdo a la ley y a los estatutos, g) tomar cualquier medida necesaria para proteger los activos de la sociedad. J) en su inciso final, que le impone autorización de la Junta Directiva para celebrar actos o contratos de cuantía superior a 100 s.m.l.m.v.*

EPM ITUANGO S.A. E.S.P. no contaba con el manual de contratación para el momento de los hechos y su Junta Directiva autorizó la suscripción del contrato denominado BOOMT en sesión del 29 de marzo de 2011, como consta en el acta No. 1.”

A la reseña fáctica acabada de exponer agrega el Tribunal, que el hecho jurídicamente relevante por excelencia, representado en la suscripción del contrato BOOMT entre Hidroituango SA y EPM Ituango SA ESP, tuvo ocurrencia el 30 de marzo de 2011 y sus protagonistas fueron los señores **Luis Guillermo Gómez Atehortúa y Luis Javier Vélez Duque** en sus respectivas calidades de gerentes de aquellas empresas.

III. SÍNTESIS DE LA ACTUACIÓN CUMPLIDA

1-. Con la finalidad de vincular a la investigación a los aquí acusados, **Luis Guillermo Gómez Atehortúa y Luis Javier Vélez Duque**, se llevó a cabo audiencia de formulación de imputación el 27 de marzo de 2019 ante el Juzgado Cuarenta y Uno Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Medellín, en donde se les imputó a título de coautores, el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, contenido en el artículo 410 de la Ley 599 de 2000.

2-. El escrito de acusación fue presentado el 21 de junio de 2019 por la Fiscalía 10 de la Unidad del Despacho Vice Fiscal que por reparto correspondió al Juzgado Diecisiete Penal

del Circuito de esta ciudad, autoridad que realizó la respectiva audiencia de acusación el 20 de agosto de 2019, acusando a los procesados en los términos de la imputación como autores -*artículo 29 del C. P.*- del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, previsto en el artículo 410 de la Ley 599 de 2000, modificado por el artículo 14 de Ley 890 de 2004.

3.- Convocadas las partes e intervinientes para la celebración de audiencia preparatoria ante el Juzgado 17 Penal del Circuito de esta ciudad, el 18 de diciembre de 2019, previamente se determinó la calidad de víctimas de la Gobernación de Antioquia y del Instituto para el Desarrollo de Antioquia –IDEA-; decisión apelada por los abogados contractuales de la defensa y resuelta por este Tribunal el 18 de febrero de 2020, confirmando el reconocimiento en condición de víctimas de las entidades precitadas.

4.- Al retornar el proceso al Juzgado 17 Penal del Circuito, mediante auto del 28 de julio de 2020, la nueva titular para ese entonces, se declaró impedida para adelantar el conocimiento de este asunto por las causales previstas en los numerales 4 y 5 del artículo 56 C. P. Penal, remitiendo la actuación al Juzgado 18 Penal del Circuito, despacho que llevó la actuación hasta la sentencia.

5.- Después de avocarse conocimiento el 10 de agosto de 2020, al día siguiente se convocó a audiencia preparatoria, que tuvo su inicio el 08 de febrero de 2021 y continuó el 09 del mismo mes y el 16 de abril de 2021. En ese escenario procesal se interpuso recurso de apelación en contra de la negativa a la práctica de alguna de las pruebas solicitadas, decisión confirmada el 01 de junio de 2021.

6.- El juicio oral y público fue iniciado el 01 de diciembre de 2021, con la presentación de la teoría del caso de la Fiscalía y la bancada de la defensa y la incorporación por parte de la Fiscalía de evidencia documental de carácter público. Culminada la práctica probatoria se anunció sentido del fallo de carácter absolutorio que se concretó en la sentencia del 7 de diciembre de 2022.

El delegado de la Fiscalía y el apoderado de la Contraloría General de la República, reconocido como víctima, apelaron la decisión.

IV. LA DECISIÓN RECURRIDA

Empezó por entender demostrada la condición de servidores públicos de los acusados, con fundamento en las estipulaciones probatorias realizadas por las partes. Acto seguido planteó como tema de discusión central la verificación de la tipicidad de la conducta. En esa dirección realizó unas reflexiones de orden teórico en punto de la conducta imputada. Destacó su condición de tipo penal en blanco y la necesidad de complementar su contenido con la Constitución y las diferentes disposiciones que regulan la contratación administrativa, haciendo énfasis en que el menoscabo debe recaer sobre requisitos sustanciales. Para definir este concepto acudió a los artículos 1501 del CC que define elementos esenciales, naturales y accidentales de los contratos, y al artículo 1741 ibídem, relacionado con las razones de la nulidad absoluta de los contratos. Este último concepto lo complementó con el contenido del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, que consagra como causales de nulidad del contrato el que se celebre con violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, contra expresa prohibición constitucional o legal y con abuso de poder. En la misma dirección dijo que debía verificarse el carácter esencial de un requisito valorando el impacto que su incumplimiento desencadena en la materialización de principios que orientan la contratación estatal.

Puso de presente que la conducta se puede ejecutar cuando el contrato se celebra sin observar los presupuestos necesarios para su perfección o sin verificar el cumplimiento de los requisitos inherentes a la fase precontractual.

Acerca del concepto de contrato, invocó el contenido de los artículos 1 y 32 de la Ley 80 de 1993, en cuanto define el contrato como *“todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados de la autonomía de la voluntad”*. Concluyó que esa enunciación comprende los que se someten al artículo 1495 del C.C. dejando la definición de público de un contrato a la naturaleza jurídica de ente público de quienes en él intervienen.

Precisado lo anterior delimitó el punto en discusión a la determinación de la naturaleza jurídica del contrato bajo examen a fin de establecer si era posible acudir a la contratación directa, como en efecto se hizo o si por el contrario era ineludible un proceso de selección por vía de subasta pública. En otras palabras, determinar el marco normativo que debió regir la celebración del contrato.

Para responder ese interrogante empezó por manifestar que dado el objeto del contrato las normas que habrían de regirlo serían las leyes 142 y 143 de 1994, que se ocupan, la

primera del régimen de servicios públicos domiciliarios y la segunda del régimen para la generación, interconexión, transmisión, distribución y comercialización de electricidad en el territorio nacional, en concordancia con el artículo 209 de la CN.

Dijo que la fiscal en su intervención final admitió que a las empresas involucradas en los hechos les era viable acudir a la contratación directa. Justo la hipótesis compartida por las demás partes e intervinientes, lo que hacía imperioso aceptarla y acogerla con la absolucón que se profirió. Al admitir la fiscalía la posibilidad de contratación directa por tratarse de convenio interadministrativo, la discusión se reduce a una trivialidad, consistente en el hecho de que se alcanzaron a colgar en la página web unos prepliegos y si eso determinó el inicio de una contratación paralela.

Entendió que en el juicio se acreditó que el régimen que gobierna la actividad contractual era el de derecho privado, tal como lo admitió la fiscalía, hecho que daba al traste con la pretensión punitiva.

No obstante, pasó a examinar si los principios de transparencia y selección objetiva fueron o no desconocidos. Al ocuparse del primero de ellos acudió al artículo 24 de la ley 80 de 1993.

En esa dirección señaló que, revisadas las actas de reuniones de juntas directivas de las empresas involucradas en el asunto, así como la prueba documental y testimonial arrimada al juicio, ninguna información se advierte que sustente un proceder doloso de los acusados. Reconoció que desde los albores del proceso las entidades involucradas en el mismo dejaron ver su intención de que fuera EPM quien ejecutara la obra. Esta intención no surgió a última hora (acta 1518 del 4 de mayo Junta directiva de EPM).

Citó también el anexo 02 del acta 1520 del 6 de julio de 2010, que comprende el acuerdo de voluntades entre EPM e HI en el que se define entre sus objetivos las discusiones sobre los principios de la contratación directa. Invocó el contenido del acta 1525 del 2 de noviembre de 2010, en el que se aprobó la escisión de HI con el fin de que EPMI celebrara con EPM un contrato BOOMT, se aprobaron los estatutos de la nueva sociedad y se eligió su junta directiva.

En el acta 1530 del 1 de marzo de 2011 el gerente de EPM invocó la no objeción de la Súper Intendencia de Industria y Comercio sobre la firma del BOOMT.

También citó el acta de junta del 18 de marzo de 2009, donde se dejó constancia del manejo que daba HI al tema de subasta que estaba desestimulando a los posibles oferentes extranjeros.

El acta de junta 003 del 23 de marzo de 2010 en que se deja constancia del distanciamiento entre los asesores del BNP Paribas y la firma Prieto & Carrizosa, asesores de HI, inconformes con los pliegos aprobados por HI y el secretario del IDEA. La Junta dio instrucciones a Gómez Atehortúa para que superara esas diferencias y publicara los prepliegos como documentos técnicos, no definitivos, sobre los cuales los inversionistas podrían hacer observaciones.

Respecto a la suspensión del proceso de subasta en la junta del 17 de junio de 2010, acta 006 del IDEA, se autorizó a buscar alternativas a este tipo de contratación. Y en sesión de junta directiva de HI del 9 de junio de 2010 decidió por unanimidad suspender dicho proceso (prueba No. 46).

Mediante acta de junta directiva 97 del 29 de abril de 2009, en Sala del IDEA se aprueba el nuevo estatuto de contratación.

Destacó como objeto de discusión el régimen del contrato BOOMT y la manifestación del Dr. Alejandro Mora, en el sentido de que habría de tenerse en cuenta el tipo de sociedad que era HI, así como la manifestación del abogado Wilson Vélez remitiendo al estatuto de contratación con que contaba la empresa, autorizando a la junta a avalar excepciones u otras modalidades de selección de contratistas, de acuerdo con las normas del Código Civil y el Código de Comercio (prueba 61).

En relación con la contratación directa el acta No. 102 de reunión de la Junta del 26 de agosto de 2008 (prueba 66), en el aparte de consideración estatuto de contratación de la sociedad, se convino continuar con el estatuto vigente.

En el acta 106 de la reunión del 21 de diciembre de 2009, (prueba 69) se dijo que la constitución de una sociedad espejo de HI no habría problema alguno para contratar, esto frente a las diferencias jurídicas expresadas por los asesores de BNP Paribas y la firma Prieto & Carrizosa.

Dijo que la hipótesis de la fiscalía acerca de que se cercenó la expectativa de alguno de los precalificados, no tiene fundamento pues solo 2 de las 7 precalificadas expresaron alguna preocupación al respecto.

En el acta 108 del 24 de febrero de 2010, sobre el informe de las precalificadas, se puso de presente por parte de los asesores de HI la debilidad de los asesores BNP Paribas y Prieto & Carrizosa, de las normas de derecho administrativo esenciales para los intereses de HI, que tiene más del 95% de capital público, pues fueron de una propuesta a otra, todas contrarias a aquellos intereses, cuando desde el principio los asesores de HI consideraron el contrato BOOMT como el más adecuado. Así, no puede calificarse de arbitraria o caprichosa la decisión de cambiar a aquellos asesores.

En sentir del *a quo* la reseña de las actas referidas acredita la transparencia del proceso contractual, durante el cual se adoptaron decisiones debidamente deliberadas, socializadas y orientadas por la preocupación de sacar adelante el proyecto. Que el doctor Leonardo Osorio de BNP Paribas, dijera que no era serio adelantar una invitación pública a precalificar y al mismo tiempo una contratación directa, se limita a una opinión que no convierte en ilícito tal proceder. Llamó la atención acerca del acompañamiento por parte de la Procuraduría a todo el proceso de contratación a petición de la Junta Directiva de HI. Así mismo puso de presente que el proceso no fue pacífico, pues estuvo caracterizado por intensos debates acerca de la forma adecuada de surtir el trámite. Es decir, hay varias interpretaciones sobre el punto, explicadas entre otras razones en el carácter novedoso y atípico de la modalidad de contrato a ejecutar. Consideró relevante que los acusados no fueran abogados, lo que los compelió a acoger los criterios entregados por sus asesores, así hubiese controversia entre ellos.

Hizo relación detallada de la prueba testimonial arrimada al juicio, para luego concluir que por la naturaleza jurídica y el régimen jurídico que cobijaba a las empresas contratantes, les era viable contratar directamente. Estaban regidas por el principio de autonomía de la voluntad, que rige el derecho privado. Lo anterior no era obstáculo para iniciar una invitación pública a contratar, que solo se planeó y no se llevó a cabo. Se optó por la mejor alternativa en beneficio del Estado.

Sobre el dolo, se remite a las actas de las juntas directivas y las asambleas generales de las empresas involucradas en el asunto, que dan cuenta del carácter reflexionado, transparente, responsable de su proceder. Lo cual descarta un tratamiento preferencial hacia

la empresa contratista. Las referidas actas muestran cómo HI se trazó una meta, la estudió, la consultó, la hizo participativa y pública, además de que acudió a una tercera banca de inversión que intermediara entre las que estaban a cargo de las discusiones por cada uno de los contratantes. Como muestra de la ausencia de dolo está la falta de imputación de otro tipo de delincuencia que resulta de común presencia en este tipo de asuntos.

Destacó la actitud del apoderado de la víctima IDEA Gobernación de Antioquia quien renunció a su pretensión punitiva por cualquier perjuicio ocasionado con el trámite del contrato, limitándose a los derivados de su ejecución que no involucran a los acusados.

Concluyó que no se trató del caso de corrupción más grave de los últimos años, pues los ingenieros no se apropiaron de recurso alguno, con lo cual desaparece la antijuridicidad de la conducta.

Consideró demostrado que el trámite de la convocatoria realizado por la entidad tenía como finalidad legítima sondear el mercado y elegir para contratar directamente al que representara la mejor opción. Esa mejor opción fue EPM. Ese procedimiento estaba autorizado por el C. de Co. y el C.C. Además, la decisión de contratar directamente no provino de los acusados sino de discusiones y deliberaciones de las asambleas y juntas directivas de las entidades, asesoradas por bancas de inversión y firmas de abogados. En opinión del fallador la publicación de prepliegos no obligaba a culminar el proceso de subasta o licitación. Invocó la invitación pública del 17 de noviembre de 2019 (sic) a precalificar en sus parágrafos 4 y 9, en los que la entidad contratante se reserva el derecho a dar por terminado el proceso sin lugar a indemnización alguna en favor de los participantes.

Afirmó que la Ronda de Uruguay no se desconoció porque ella aplica para asuntos en que la licitación pública se ha iniciado, que no es el caso. Añadió que EPM no era la última precalificada pues no había un tal orden, ante la ausencia de asignación de algún tipo de calificación o puntaje.

Consideró que la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios avaló el procedimiento a través de varios conceptos ingresados a la actuación. Afirmó que la prueba arrimada al juicio demostró que desde los inicios del proyecto se pensó en que fuera EPM el ejecutor del contrato. Restó mérito a la censura de la fiscalía relacionada con el carácter sospechoso de la prueba testimonial pues provenía de empleados o

exempleados de EPM. En su criterio, esa condición redundaba en favor de la prueba, pues provenía de quienes tuvieron contacto directo con los hechos que se juzgan y tenía el conocimiento necesario para explicar la documental allegada.

En relación con la situación de Luis Javier Vélez Duque, se acogió a lo expuesto por la defensa, en el sentido de que su participación como gerente de EPMI fue a título de invitado que ofrecía conceptos técnicos desde su experiencia. Su rol se limitó a la de ejecutor de una orden de la junta directiva.

Citó la declaración de Ruth Milena Mendoza Ortiz, quien describió el proceso de creación del proyecto y todas las contingencias a que se vio sometido. Lo anterior sin añadir alguna crítica o reflexión frente a esta prueba.

Lo propio aconteció con la exposición realizada por Loni Nataly Gutiérrez Gutiérrez investigadora de la fiscalía que analizó la información obtenida en las instalaciones de EPM. Tampoco realizó ningún juicio de valor en punto de esta prueba.

Trajo a colación el contenido de la declaración rendida por la abogada María Isabel Vanegas Arias, experta en contratación quien dio cuenta de los estudios y evaluaciones realizadas para encontrar una modalidad de contrato que resultara viable y compatible con la magnitud financiera del proyecto y la capacidad de la empresa.

Con fundamento en lo anterior absolvió a los acusados.

V. SUSTENTACIÓN DE LOS RECURSOS

1. La Fiscal Segunda Delegada ante la Corte Suprema de Justicia recurrió en apelación la decisión y expresó su inconformidad en términos que se pueden sintetizar como sigue:

1. Requisitos esenciales del contrato cuya inobservancia tipifica el delito previsto en el artículo 410 del Código Penal.

Recordó que en sus alegatos de conclusión enunció las normas presuntamente violadas en el presente asunto (Art. 209 CN, Ley 1150 de 2007, Leyes 142 y 143 de 1994, artículos 863 y 871 del C. de Co., Estatuto de contratación de HI, resolución 005 de 2003 y Acuerdo

009 del 24 de noviembre de 2010, los principios de la Ronda de Uruguay asumidos como regla en la invitación pública internacional y la invitación pública internacional a precalificar). Remitió a los alegatos de conclusión acerca de la razón de la violación, y agregó que el juez se limitó a invocar una norma del Código Civil, sin referencia alguna a las normas violadas. Así mismo expresó que el Acuerdo 009 de 2010 dispuso que el proceso de contratación se rigiera además de las normas de derecho privado, por “*los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal*” (arts 209 y 267 CN). Agregó que este deber se plasma en los mismos términos en el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007. Esta disposición obligaba a los acusados en sus calidades de representante legal de HI ostentada por Gómez Atehortúa y de representante legal de EPMI que detentaba Vélez Duque, como lo reconoció el propio perito de la defensa Carlos Alberto Atehortúa Ríos.

Se remitió a los alegatos de conclusión cuando explicó la forma en que HI adoptó como norma regulatoria del proceso de invitación pública internacional el Acuerdo de la Ronda de Uruguay, razón por la cual la invitación a precalificar debía ser abierta. Criticó que este alegato de la fiscalía no haya obtenido respuesta en la sentencia. En su opinión el yerro de la sentencia tiene que ver con que limitó su análisis al contenido de los artículos 1501 y 1741 del Código Civil como únicos aplicables al caso. Olvidó el a quo que la Corte Suprema de Justicia ha definido con claridad la sujeción del proceso contractual al reglamento o manual de contratación de la entidad, mientras el Consejo de Estado se ha referido a la obligatoriedad de la invitación a presentar propuestas. Expuso que en materia de generación eléctrica rigen los principios de la Ley 143 de 1995 que exige en su interpretación la aplicación de los mandatos que prescriben la función administrativa y la conducta de los servidores públicos. En la misma dirección sostuvo que la sentencia desconoció el contenido de la Ley 142 de 1994, que prohíbe adoptar prácticas discriminatorias que restrinjan la debida competencia.

Las anteriores violaciones en el proceso contractual impiden hablar de atipicidad de la conducta.

Criticó la manifestación plasmada en la sentencia, en el sentido de restar importancia al hecho de “*traer al mismo tiempo el proceso de subasta y el de contratación directa*”, calificándolo simplemente de poco serio pero insustancial para el derecho penal. En su opinión un tal proceder desconoce los principios de selección objetiva y transparencia, poniendo en desigualdad a aspirantes nacionales y extranjeros y dando lugar a competencia desleal.

Volvió sobre el desconocimiento de los principios de la Ronda de Uruguay, para criticar la conclusión del *a quo* en el sentido de que dicha normatividad no era obligatoria pues no se inició un proceso licitatorio. Al respecto dijo que se estaba ante una subasta no una licitación, proceso de subasta que contaba con una precalificación y un proceso de selección que hacía obligatorios los principios en aquella Ronda contenidos, pues los prepliegos fueron publicados (prueba 73 de la fiscalía). Calificó este yerro como de legalidad.

Se refirió a otros de valoración probatoria, pues dejó de lado claros actos de corrupción. Entre ellos, dijo que la judicatura ignoró la presencia de prácticas discriminatorias, abusivas y restrictivas de la competencia (art.34 numeral 34.4 de la Ley 142 de 1004). Afirmó que *“se probó con el acta de la junta directiva de Hidroituango, acta No. 10 del 28 de abril de 2010, prueba 72 de la fiscalía, que el gerente de EPM ESP propuso suspender la publicación de los prepliegos de la subasta cuando EPM ESP, para ese momento, era el séptimo preseleccionado, participaba del procedimiento de selección de los opcionados a la subasta, eso es una práctica abusiva y restrictiva de la competencia, es un acto de corrupción, porque fue lo que le permitió finalmente que se le adjudicara el contrato BOOMT”*. Calificó este proceder como un acto de corrupción no solo de EPM, sino también de los gerentes responsables de la contratación, los aquí acusados. Dijo que esta irregularidad fue trascendente, conocida por Gómez Atehortúa, quien estuvo en aquella reunión de junta directiva.

Continuó señalando que la publicación de los prepliegos no es un acto menor, de simple publicidad, sino un acto trascendente, obligatorio para continuar con el proceso de selección (numeral 2.1 de la invitación). Criticó que el *a quo* no haya realizado ningún pronunciamiento sobre este tópico que se erigía en norma del contrato, que llena el tipo en blanco, que definía el modelo de negocio.

Criticó que nada hubiese mencionado la sentencia sobre la modificación del estatuto de contratación de HI. El Acuerdo 009 de 2010, modificó la Resolución 005 de 2003 acerca de la posibilidad de contratación directa. Esta última en su artículo 26 autorizaba la contratación directa cuando haya un solo oferente elegible y en casos de contratos de asociación a riesgo compartido u otro de colaboración empresarial, cuando la invitación a asociarse es plural, puede negociarse directamente con los oferentes, atendiendo el orden de elegibilidad. El Acuerdo 009 de 2010 en su art, 19 dispuso: *“Se podrá realizar*

negociación directa cuando existiendo una sola oferta elegible se considere que se pueden obtener mejores condiciones comerciales”. Calificó como dolosa la acción de la Junta, con la asesoría de los abogados de EPM, de eliminar el inciso segundo de la norma originaria, que obligaba a HI a seguir un orden de negociación directa que impedía la contratación de EPM.

Destacó el hecho de que en noviembre de 2009 se dio inicio a la Invitación Pública Internacional a Precalificar, a la que concurren 10 empresas, quedando 6, entre las cuales EPM ocupó el último lugar. Luego se incluyó en esa lista a la empresa Constructora Norberto Odebrecht S.A. que desplazó a EPM al séptimo lugar, según la decisión 015 del 2 de febrero de 2010 (prueba 93) suscrita por Gómez Atehortúa. Criticó que este argumento fuese respondido por el *a quo* acusando a la fiscalía de proceder con base en suspicacias y especulaciones. En su opinión, el hecho de que no aparecieran puntajes en la decisión 015 de 2010 no significa que el orden no existiera. Esa decisión concreta el resultado del estudio financiero, pero no lo transcribe. Además, si el orden de elegibilidad no existía ello constituye un desconocimiento al estatuto de contratación de HI, pues se trataba de una invitación a contratar plural.

La modificación de la resolución 005 de 2003, tuvo como intención legalizar un acto irregular ya ejecutado. Buscaban contratar con su socio, que había ocupado el séptimo lugar en la precalificación. El Acuerdo 009 de 2010 se dio cuando el pacto entre las empresas ya existía y Gómez Atehortúa participó de esa decisión como miembro de las juntas directivas de ambas empresas.

2. Contratación directa

Criticó que la judicatura haya considerado que la fiscalía abandonó su pretensión de condena por el acto de contratación directa. La fiscalía insistió en que la contratación directa no procedía para el BOOMT en las particulares circunstancias del caso, pues se había iniciado un proceso de selección a partir de una invitación pública a precalificar, sin que resulte relevante la denominación que se otorgue al contrato, es decir si se considera contrato interadministrativo o cualquier otro tipo de contrato. Si la intención de la entidad era contratar directamente no debió darse inicio al proceso de invitación pública a precalificar. Esos trámites paralelos y simultáneos violan el artículo 34 en su numeral 34.4 de la ley 142 de 1994.

El *a quo* no examinó el contenido del numeral 2.1 de la invitación pública, de haberlo hecho, habría concluido la existencia de corrupción en el proceso, representado en la suspensión de la subasta y la negociación directa con uno de los proponentes. También desconoció que los prepliegos de la invitación fueron publicados el 18 de marzo de 2010, acto que obligaba a agotar el procedimiento de subasta; el 4 de julio de 2010 se suscribió el primer acuerdo de empresas EPM-HI, que definió el marco de los acuerdos de accionistas y luego el 24 de noviembre de 2010 se dio la legalización de aquellos actos ya cumplidos con la expedición del Acuerdo 009.

Calificó de error mayúsculo en que incurrió el *a quo* al afirmar que “*la publicación de prepliegos no obligaba a continuar con la supuesta subasta o licitación pública que nunca existió*”. Esa afirmación contradice el contenido de los párrafos cuarto y noveno de la invitación pública a precalificar. El acuerdo que reglamenta la actividad señalaba que podía terminarse el proceso de precalificación antes de abrir la subasta (numeral 2.1 de la invitación).

Insistió en que se desconoció el reglamento de la invitación. En su opinión el proceso de precalificación culminó cuando se preseleccionaron 7 propuestas. La invitación pública internacional se discutió en la Junta Directiva del 9 de junio y quedó claro que fue publicada el 18 de marzo anterior.

Señaló que el *a quo* confundió subasta con licitación. Aclaró que la primera contiene dos procedimientos: Uno, el reglado en la invitación pública para precalificar y otro, el reglamento para adjudicar en pública subasta. EPM e HI suspendieron el segundo de los pasos que era obligatorio porque ya había precalificados comunicados en los términos del artículo 2.1 de la invitación pública. La testigo María Isabel Vanegas trató de restar importancia a esa publicación cuando dijo que fue por unas horas.

La conclusión del *a quo* en el sentido de que la propuesta de EPM era la más conveniente, carece de fundamento probatorio. La etapa en la que era procedente esa evaluación fue cercenada. El fallador no tuvo acceso a las otras propuestas. Nadie pudo saber cuál era la mejor alternativa desde el punto de vista técnico y de precio. EPM decidió de manera ilegal que la subasta fuera suspendida.

3. La expectativa de los precalificados

Dijo que el proceso de invitación pública generó una legítima expectativa a los proponentes. Así se desprende de las actas de la junta directiva del IDEA en que se informa que el 18 de enero de 2010 se cerró la etapa de precalificación, precisando que se presentaron 11 firmas, varias de las cuales quedarían descalificadas por no cumplir con los requisitos exigidos en los pliegos y que el 21 de mayo siguiente se realizaría la subasta pública para seleccionar al proponente. En esa misma dirección, el 24 de febrero de 2010 en sesión de la junta directiva del IDEA se dispuso que los prepliegos se publicarían el 18 de marzo, y con ellos quedaría definido el modelo de negocio a ejecutar y a partir de su publicación queda el proceso abierto desde el punto de vista legal. Así, la expectativa legítima para los preclasificados estaba desde el 21 de mayo, fecha en que habría de adjudicarse la subasta.

Aquella expectativa se desconoció cuando se adjudicó el contrato BOOMT a EPM a través de su controlada empresa de papel EPMI el 30 de marzo del año siguiente. La expectativa del IDEA de recibir nuevos ingresos no se cumplió porque a la fecha del recurso no había entrado en funcionamiento la obra contratada. La selección del contratista no garantizó la mejor opción, sino que ha generado sobrecostos en tiempos y recursos.

4. Asesorías de bancas de inversión y firmas de abogados

El fallo sugiere que fueron las bancas de inversión las que recomendaron la negociación directa. Documentalmente se probó lo contrario y como Gómez Atehortúa se sustrajo de las recomendaciones realmente realizadas.

Prieto y Carrizosa, junto con BNP Paribas, asesoraron la estructuración de la invitación y buscaron en el mercado los interesados en participar y recomendaron no seguir con la contratación directa, pues aquel proceso había superado la etapa de prepliegos. Esto dio lugar a que se propusiera modificar el contrato con el BNP Paribas y cambiar a la firma Prieto y Carrizosa (prueba 72). Se dio lugar a una clara desviación de poder y violación al principio de selección objetiva.

5. Criterio de selección de EPM

La prueba 93, comunicación de Gómez Atehortúa, informa que se seleccionó a EPM, única compañía local que cumplió con los requisitos para la adjudicación, además de ser socia del proyecto, con una participación superior al 40%, lo que, junto a otras

circunstancias de carácter regional, dio lugar a que se reconsiderara el proceso y no se abriera el proceso de subasta y por decisión de los socios de HI se adjudicara el contrato a EPM.

De la manera referida se desbordó el marco normativo que regía el proceso de selección, de manera que constituye una discriminación injustificada, con lo cual se desconocieron los acuerdos de la Ronda de Uruguay.

6. Contrato de estabilidad jurídica.

Señaló el recurrente que la sentencia se refirió al contrato de estabilidad jurídica, sin ningún análisis al respecto. Dando por hecho que el contrato entre EPM e HI alcanzaba al proyecto. Dijo la fiscalía que este beneficio de estabilidad jurídica se abordó desde el principio y no con la adjudicación a EPM.

7. Conceptos de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios

El *a quo* dio a los conceptos de la Superintendencia un alcance que no tienen, cuya competencia no alcanza la evaluación de la legalidad del contrato BOOMT, sino la prestación del servicio.

8. Prueba de la responsabilidad a título de dolo

Que la intención de los acusados fuera la de sacar adelante el proceso de contratación a costa de lo que fuera, como lo afirma el *a quo*, no los excluye de responsabilidad penal. En el juicio se demostraron las intervenciones de Gómez Atehortúa en las reuniones de junta directiva en que se adoptaron las decisiones relativas al contrato. Y lo mismo puede afirmarse de Vélez Duque, quien concurrió a firmar el contrato sin los requisitos de ley. Siempre estuvieron claramente informados de la irregularidad que comportaba adelantar simultáneamente dos procesos de contratación contrapuestos. Gómez Atehortúa como gerente de HI y Vélez Duque porque era la persona llamada a concretar uno de los acuerdos, a partir de la escisión de HI para crear EPMI y fue el gerente de la escindida empresa de papel. Vélez Duque cumplió la única actividad que el gerente de EPM Federico Restrepo Posada no podía realizar, que era la firma del contrato BOOMT, por ello conocía las circunstancias del trámite contractual, tal como se acreditó con el acta No. 01 de la sociedad EPMI del 29 de marzo de 2011, previa a la firma del BOOMT, puesta

de presente al testigo Andrés Mauricio Córdoba Castrillón quien dijo que en esa reunión se autorizó la firma del contrato, en presencia de Vélez Duque, quien tenía voz pero no presentó objeción alguna a la propuesta.

El *a quo* menospreció el hecho de la firma del contrato por parte de Vélez Duque, con conocimiento de todos sus antecedentes, omisión inadmisible.

Entendió que los acusados tenían las calidades personales y profesionales para desempeñar de mejor manera los roles asignados. No los excusa el que no sean abogados o que quisieran sacar adelante la contratación. Respecto de Vélez Duque su idoneidad se acreditó con las pruebas 2,79,80,81 y 82. Se desempeñó como jefe de área de proyectos de EPM, cabeza visible del proyecto HI, conoció ampliamente las circunstancias del contrato.

Lo propio puede afirmarse de Gómez Atehortúa. Acude a los alegatos conclusivos de la defensa que calificaron de audaz y realista la actitud de su cliente y su intención de calmar las aguas, lo que refleja su proceder consciente.

Acerca del punible por el cual se produjo el requerimiento fiscal, advirtió que se trata de un delito autónomo que no requiere la acreditación de otro tipo de delincuencia. Que no protege el patrimonio público, sino la transparencia en la actividad contractual. Así resulta insustancial que no se haya probado algún tipo de apropiación de recursos por parte de los acusados.

A modo de síntesis de los actos que calificó como de corrupción en el proceso contractual examinado reseñó los siguientes:

- Violación al deber de selección objetiva cuando se permitió a EPM, empresa precalificada en la invitación pública internacional, proponer en la junta directiva de HI la suspensión del procedimiento de subasta y que dicha propuesta se votara y aprobara.
- La modificación de los estatutos de contratación del proyecto con la contratación directa de EPM, para legalizar actos cumplidos irregulares.
- Restringió la participación de los convocados internacionales, en una práctica limitada de la competencia.

- Los acusados conocieron las circunstancias del contrato y la selección del contratista.

Señaló que la sentencia no respondió a todos y cada uno de los planteamientos de la fiscalía.

Con fundamento en lo anterior solicitó se revoque la absolución que favoreció los intereses de los procesados para que en su lugar se les condene en los términos de la acusación.

2.El apoderado de la Contraloría General de la República, sustentó su recurso con argumentos que pueden sintetizarse como sigue:

En primer término, habló de un error de hecho por falso juicio de existencia. Calificó de *efímero* el análisis probatorio realizado por el a quo, queriendo con ello significar que fue parcial e incompleto. Resultado de esa deficiencia dejó de advertir como probados hechos tales como la conveniente modificación del manual de contratación de HI, a fin de flexibilizar los requisitos de la contratación directa; el adelantamiento simultáneo de una subasta y la contratación directa; la precalificación de 6 de las 11 empresas que acudieron a la invitación pública internacional; que los acusados conocieron los pormenores de todo el proceso de contratación. El a quo pasó por alto el desconocimiento de principios como el de selección objetiva y transparencia de que trata el artículo 209 de la CN, y el numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, referido a la exigencia de licitación pública como regla general, para contratos de obra celebrados por sociedades de economía mixta como HI.

Al mismo tiempo agregó que el a quo no podía dar valor a los parágrafos 4 y 9 del artículo 17 de la invitación pública, que permitían a HI interrumpir ese proceso sin incurrir en responsabilidad, pues se trata de normas nulas de pleno derecho por ser violatorias de la Ronda de Uruguay y las Leyes 142 y 143 de 1994 y el artículo 209 de la CN.

En segundo lugar, invocó un error de hecho por falso raciocinio, que hizo consistir en la credibilidad que otorgó a los testigos de la defensa, desconociendo los nexos que todos y cada uno de ellos tenían con EPM, circunstancia que los hacía sospechosos, por violatorios de los principios de la sana crítica.

Con base en lo anterior pidió revocar la decisión para en su lugar condenar a los acusados.

VI. NO RECURRENTE

1. *La defensa de Luis Guillermo Gómez Atehortúa*

Expuso que la fiscalía desconoce que la actuación censurada corresponde a una actuación directa del Estado Colombiano a través de entidades públicas creadas para el cumplimiento del servicio público de energía. En su opinión HI y EPM tenían la capacidad técnica y financiera para desarrollar el proyecto. Lo anterior se demostró en el ejercicio de invitación pública a precalificar que realizara la primera con la asesoría de la Banca de Inversión Paribas.

En la invitación a precalificar se dijo expresamente que no era obligatoria la realización de la subasta. En ese proceso participó EPM, quedando entre las firmas preseleccionadas. Ante esa precalificación, la junta directiva de HI entendió conveniente en términos de interés general, el contratar directamente a EPM, en una forma de convenio interadministrativo.

La fiscalía en la formulación de imputación y en el escrito de acusación fundó su pretensión punitiva en el desconocimiento de normas de la Ley 80 de 1993, Estatuto General de la Contratación Administrativa. Luego al advertir que las normas aplicables eran las contenidas en las Leyes 142 y 143 de 1994, redujo su alegación al incumplimiento del estatuto contractual de HI, que fue modificado para posibilitar la contratación en los términos en que se llevó a cabo.

Desconoció la fiscalía la existencia en los estatutos contractuales de la empresa, la autorización a contratar directamente a entidades de derecho público, con lo cual la conducta de Gómez Atehortúa no estaba obligada a regirse por normas distintas a las plasmadas en aquellos estatutos. La conveniencia para el interés general que comportaba contratar a EPM se deriva en que contaba con capacidad financiera y técnica, se potencializaba a una entidad nacional para ejecuciones futuras y conocía el proyecto desde sus inicios, así como las características de todo orden de la zona donde sería ejecutado.

Dijo la defensa que tendría razón la fiscalía si acaso se hubiera contratado a una firma sin experiencia, ni capacidad técnica y financiera.

Destacó en defensa de su apadrinado la contratación de una tercera banca de inversión que intermediara entre aquellas contratadas inicialmente por las partes interesadas en la ejecución contractual. Dijo que no era cierto que la banca de inversión BNP Paribas hubiese abandonado a HI, pues lo acompañó hasta el final, proceder que no se habría estructurado ante un mínimo asomo de ilegalidad en el contrato o su trámite. En el proceso no hay prueba de lo que afirma la fiscalía.

Tampoco es cierto que la firma Prieto&Carrizosa hubiese recomendado no seguir con el trámite de contratación directa. Ninguno de sus conceptos hace referencia alguna a ese tema.

La invitación pública a precalificar no es una etapa de la contratación pública, sino un estadio anterior donde se ausculta el nivel de interés que existe en el objeto del contrato, con el fin de evaluar la procedencia de una oferta pública como mecanismo de selección del contratista. El principio de no discriminación, de que trata la Ronda de Uruguay, se aplica respecto de los términos de referencia definitivos, cuando hay una oferta pública formal de subasta. No había un deber normativo de agotar un proceso de subasta pública. La posibilidad de que no se abriera concurso alguno estaba latente y era conocida por todos los que acogieron la invitación a precalificar. Así, no hubo suspensión abrupta de proceso de subasta, la razón, este nunca se inició.

Por lo anterior no hubo un adelantamiento paralelo de dos procesos de contratación.

La tesis de la fiscalía en el sentido de no estar ante un contrato interadministrativo fracasó ante la prueba de la defensa. No probó la razón para que el contrato objeto de debate no admitiera un tal calificativo.

Añadió que la invitación a precalificar le permitió entender a su cliente como gerente de HI, que EPM era la única entidad pública preseleccionada que reunía las condiciones exigidas.

Calificó de “*novísimo*” el argumento de la fiscalía en su recurso, según el cual están prohibidos los contratos interadministrativos para la ejecución de obras públicas. Dejó de lado que no se está ante un contrato de obra pública.

En dirección a desacreditar el alegato de la fiscalía que cataloga como demostrado el dolo de su cliente invoca una serie de conceptos emitidos por la firma Prieto&Carrizosa, que le imprimieron el convencimiento sobre la conveniencia y legalidad de su proceder. Lo propio pregonó de un concepto ofrecido por la personería de Medellín, que fuera ingresado al juicio. Con la misma finalidad se refirió a diferentes contratos interadministrativos celebrados por EPM de manera directa.

Con fundamento en lo anterior pidió confirmar la absolución.

2. La defensa de Luis Javier Vélez Duque

2. Acompañó la solicitud de su colega de bancada. En esa dirección empezó por transcribir apartes del escrito de acusación donde se precisan las razones de tal requerimiento. Luego, precisó que la crítica de la fiscalía tiene que ver con la firma por parte de su cliente del contrato BOOMT, aclarando que ese fue el único acto por aquel ejecutado. A renglón seguido descalificó cualquier atentado en contra de los principios de transparencia y selección objetiva en la suscripción del referido convenio. Luego desarrolló su argumento por capítulos titulados como sigue:

i) Lo que demuestra la invitación pública a precalificar.

La invitación a precalificar era un paso previo e independiente de la subasta o licitación, en ella quedó claramente establecido que no obligaba a HI a continuar el proceso de subasta. También se demostró documentalmente que no existía ningún orden de elegibilidad derivado de esa relación previa a cualquier trámite contractual. En sustento de su afirmación citó el texto de la invitación en el aparte en que la entidad “*se reserva el derecho a suspender o terminar el proceso en cualquier momento...*” y donde más adelante salva cualquier responsabilidad en caso de que decida terminar anticipadamente el proceso. Y un apoco más adelante transcribió el aparte donde se afirma que “*a pesar de que HI reciba los sobres, no se entenderá obligado a adelantar el proceso o a adjudicar el proyecto*”. Estas advertencias descartan cualquier desconocimiento del principio de transparencia y además impide calificar de tardía la comunicación a los interesados de la suspensión del proceso.

Las actas de las reuniones de juntas directiva pusieron de presente cómo, desde el principio del proceso, se consideraron varias alternativas de contratación, siendo tan solo una de ellas la subasta.

Uno de los anexos de la invitación pública a precalificar contenía un aparte titulado renuncias en la etapa precontractual, en el que se insiste en la posibilidad de terminar el proceso unilateralmente, sin lugar a indemnizaciones. Citó la declaración de la Dra. María Isabel Vanegas, quien expresó con claridad que cualquiera de las firmas calificadas estaba en las mismas condiciones para acudir a una subasta, circunstancia que descarta cualquier orden de elegibilidad. Además, dijo, aquel supuesto orden resulta contrario a la idea de subasta, escenario donde habría de definirse el candidato elegido. De los mismos términos de la invitación surge la conclusión sobre la ausencia de un orden de elegibilidad. El numeral 2.9 de la invitación titulado criterios de precalificación así lo enseña, pues no asigna puntaje alguno a cada uno de esos criterios. Sería precalificados todos los que cumplieran los requisitos formales y demostraran que eran una empresa aceptable.

Agregó que se equivoca la fiscalía cuando afirma que la publicación de los prepliegos daba inicio a la subasta. Esta es una afirmación sin sustento lógico. Los prepliegos son borradores que se publican para que los interesados hagan observaciones que se tendrán en consideración al redactar los términos de referencia definitivos. Sólo estos daban inicio a un proceso de esa naturaleza. Así lo expresaba la invitación.

ii) Régimen aplicable al contrato celebrado y posibilidad de contratación directa

La posibilidad que tenía HI de acudir a la contratación directa no admite discusión. No resulta aceptable que se haga esa afirmación en abstracto para luego negarla en el caso concreto. Se demostró que los estatutos de contratación de las empresas posibilitaban esa modalidad de contratación con otras de capital público. Las Leyes 142 y 143 de 1994 así lo enseñan.

La fiscalía desconoció que entre el IDEA y EPM como accionistas mayoritarias y dueñas del proyecto decidieron buscar una fórmula para realizar directamente el proyecto. Ese Acuerdo suscrito el 4 de julio de 2010 (prueba 94) tuvo como objeto establecer las condiciones básicas para que EPM desarrollara el proyecto, lo que constituye un acuerdo interadministrativo, causal de contratación directa.

iii) El contrato de estabilidad jurídica

De acuerdo con ese contrato, la suscripción del contrato por EPM acarrearía beneficios tributarios y con ello, al final, a los usuarios del servicio. Ese contenido se hace extensivo a todas las actividades de generación del inversionista, para el caso al proyecto de HI.

iv) Las confusiones de la acusación

Uso indiscriminadamente los términos subasta y licitación como si fueran sinónimos.

v) La ausencia de dolo

Admitiendo en gracia de discusión la existencia de irregularidades en la contratación, Vélez Duque no tuvo injerencia en ellas o no podía exigírsele que las conociera al momento de la suscripción del contrato. Vélez Duque llegó a EPMI en el 2011 cuando la decisión de celebrar el contrato ya se había tomado por la junta directiva. En las discusiones y estudios que se surtieron para llegar a ésta no tuvo ninguna participación. Las pocas veces en que asistió a esas reuniones como invitado, se dieron cuando la decisión de no hacer la subasta ya había sido tomada. Para firmar el contrato obtuvo autorización de la junta de EPMI y el visto bueno de los asesores de EPM.

2. Sobre el recurso de apelación de la Contraloría

Resulta dudosa su legitimidad para recurrir. Los apoderados de las víctimas, en los alegatos de conclusión, pidieron absolución, luego no resulta lógico que obtenida esa decisión ahora la apelen con una pretensión contraria. El recurso debe declararse desierto por ausencia de interés para recurrir.

En caso de no acoger esa petición, agregó que el apoderado de la contraloría confundió los regímenes de las sociedades de servicios públicos mixtas con el de las sociedades de economía mixta, de allí que su alegato sea inaceptable.

Con base en lo anterior pidió confirmar la sentencia apelada.

3.El delegado de la Procuraduría dijo no compartir los argumentos del apelante y pidió confirmar la decisión. En sustento de su petición dijo que el contrato BOOMT podía celebrarse directamente de conformidad con las normas del CC y del C de Co y de las

leyes 142 y 143 de 1994. La invitación pública a precalificar no obligaba a agotar el trámite de una subasta. Así se expresó en esa invitación. Esas normas no desconocen lo dispuesto en la Ronda de Uruguay, pues sus preceptos se aplican cuando se ha iniciado una licitación pública. EPM reunía los requisitos habilitantes para ejecutar el contrato. El contenido de las actas de junta directiva muestra que las discusiones fueron públicas y transparentes.

VII.FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN

1. El Tribunal posee la competencia para decidir la apelación, con fundamento en el factor funcional determinante de la misma que para el caso se halla consagrado en el artículo 34 numeral 1 del C. de P.P. que rige el asunto.

2. La Sala no observa irregularidad en el trámite que justifique la declaratoria de invalidez de lo actuado.

Cuestión preliminar: del interés para recurrir de la Contraloría General de la Nación

3. Con la intención de imprimirle un orden lógico a la providencia, se partirá por responder un planteamiento común en los no recurrentes, atinente a la posible ausencia de interés para recurrir del representante de la Contraloría General de la Nación. Una tal pretensión se sustenta en los siguientes antecedentes procesales:

En la actuación fueron reconocidos como víctimas el municipio de Medellín, el departamento de Antioquia, el IDEA y la Contraloría General de la Nación. Agotada la etapa probatoria del juicio, cuando se debían presentar las alegaciones finales, ante la existencia de un número de víctimas mayor al de los defensores, el juez del caso resaltó la necesidad de que los apoderados de aquellas, se pusieran de acuerdo para alegar conjuntamente de manera tal que no se presentara un número superior de intervenciones en representación de las víctimas con respecto a las de los defensores. Fue así como los apoderados del municipio de Medellín y del departamento de Antioquia presentaron un solo alegato en la voz del primero de ellos, mientras que el apoderado del IDEA hizo lo propio en representación conjunta con la Contraloría General de la Nación. En las dos intervenciones se solicitó del a quo la absolución de los acusados. Hasta aquí los antecedentes relacionados con este particular tema.

Con los antecedentes procesales acabados de reseñar, vale recordar cómo, las partes e intervinientes en un sistema procesal penal como el que nos rige, que se precia de su carácter democrático, tienen derecho a la segunda instancia. No obstante, es claro que no se trata de un derecho absoluto, pues su ejercicio se encuentra supeditado al lleno y satisfacción de unos requisitos de orden legal. Ellos son, la existencia de interés para recurrir, la interposición oportuna del recurso y su adecuada sustentación. Para el caso interesa el primero de ellos, el interés para recurrir. Al respecto se ha decantado este concepto asimilándolo a la existencia de un agravio ocasionado por la decisión objeto de controversia. La legitimación para recurrir nace entonces de ese agravio que genera la decisión y que explica la inconformidad del recurrente. Si el mencionado daño está ausente la impugnación no resulta procedente. En esa misma dirección se ha entendido que si la parte o interviniente formula una postulación al juez y este accede a ella, en principio no hay lugar a recurso de parte de quien activó la respuesta estatal, pues sus pretensiones han sido reconocidas y satisfechas.

En el asunto bajo examen, luego de otear el acta y el registro de audio de la sesión del juicio de fecha 5 de septiembre de 2022, se advierte la siguiente constancia por parte del director del proceso:

Contraloría e IDEA mancomunadamente y luego de un receso, llegaron a la conclusión de que intervendría en ese conjunto el representante del IDEA, siendo claro el representante de la Contraloría en precisar que en su misión constitucional está la defensa del patrimonio público de la Nación y en ejercicio de esa misión la Contraloría ha realizado una serie de actuaciones encaminadas a la responsabilidad fiscal, que se demostró en el detrimento patrimonial y finiquitó con el cubrimiento de las pólizas de seguro, y en las actuaciones penales se acude a los derechos a la verdad, la justicia y la reparación y en este caso buscarían el resarcimiento patrimonial, pero considera justo ejercer la vocería en este tipo de audiencia y por lo tanto ha decidido concederle el uso de la palabra al IDEA.

A pesar de lo confusa y casi ininteligible de la intervención del apoderado de la Contraloría General de la Nación, quedó claro que se reunió con el apoderado del IDEA para decidir quién asumiría la vocería común, ello presupone que en esa charla previa arribaron a un acuerdo acerca del contenido de la exposición y de la pretensión que habrían de plantear al juez. No de otra manera puede entenderse e interpretarse su proceder. Si su intención hubiese sido la de deprecar la condena de los acusados así lo habría expuesto en aquella sede y habría optado por una intervención en solitario, perfectamente plausible, pues el

IDEA habría intervenido de la mano de quienes tenían una pretensión coincidente con la suya. En su lugar, decidió ceder la palabra al apoderado del IDEA y con ello su pretensión.

En esos precisos términos, la conclusión obligada enseña que el apoderado de la Contraloría, de consuno con el del IDEA, solicitaron al juez la absolución de los acusados. Como el juez accedió a aquella postulación, sus pretensiones fueron satisfechas plenamente en la sentencia y, por contera, carece de interés para recurrir reclamando su revocatoria. No está de más agregar que a lo largo de la etapa procesal en que se presentó esta situación fungió como apoderado de la Contraloría General el abogado Fabio Yezid Castellanos Herrera, un motivo más para tener como inaceptable la apelación.

El Tribunal rechazará el recurso.

Problema jurídico por resolver

4. Superado el primero de los asuntos dignos de respuesta, el Tribunal anuncia que el problema postulado por la recurrente es de naturaleza jurídica y tiene que ver con establecer si, contrario a lo concluido por el *a quo*, los acusados **Luis Guillermo Gómez Atehortúa y Luis Javier Vélez Duque**, en sus condiciones de gerentes de HI y EPMI respectivamente, desconocieron el régimen jurídico de contratación a que estaban sometidas sus compañías cuando suscribieron directamente el contrato identificado como BOOMT, cuyo objeto era la construcción, operación, mantenimiento y transferencia de la hidroeléctrica, dejando de lado el hecho de que HI inicialmente había iniciado una invitación pública a precalificar para una subasta, proceso que primero suspendió y luego dio por terminado anticipadamente.

A efectos de dar una respuesta lo más acertada posible a este dilema, el Tribunal estructurará su discurso en las siguientes etapas o capítulos: i) a modo de prolegómeno necesario, realizará unas muy breves reflexiones de orden teórico frente al delito de contratación sin cumplimiento de requisitos legales; ii) precisará si existe alguna discusión en punto de los hechos jurídicamente relevantes que fueron probados en el juicio; iii) luego confrontará el contenido de la acusación con el de los alegatos finales de la fiscalía a fin de descartar cualquier posibilidad de incongruencia entre ellos; iv) acto seguido discurrirá en punto del régimen jurídico a que se someten las empresas de servicios públicos domiciliarios, de conformidad con la Constitución, la ley y la jurisprudencia; y v) aplicará aquellos insumos al caso concreto.

i) Del contrato sin requisitos legales

5. A fin de delimitar el contenido de la descripción típica, la Sala acudirá a reciente decisión de la corporación de cierre en lo penal, en la que se trató el asunto con algún detalle¹.

El artículo 410 del C.P. sanciona al servidor público que en ejercicio de sus funciones tramite contrato sin observancia de los requisitos legales esenciales o lo celebre o liquide sin verificar el cumplimiento de estos.

La jurisprudencia ha sido pacífica en la intelección de que se está ante un tipo penal en blanco, cuyo contenido ha de complementarse con otras leyes, decretos y reglamentaciones administrativas, que deben ser preexistentes a la realización de la conducta y suficientes para determinar clara e inequívocamente los aspectos que se extrañan en la definición de la descripción típica.

La norma sanciona la omisión de requisitos esenciales. Ahora, para determinar si un requisito ostenta la condición de esencial al contrato, la jurisprudencia ha decantado tres criterios básicos, complementarios entre sí. Ellos son: El primero tiene como sustento el contenido de los artículos 1501 y 1741 del C.C. Aquel distingue entre elementos esenciales, naturales y accidentales del contrato. Entiende esenciales aquellos sin los cuales no produce efecto alguno o degenera en contrato diferente; como naturales los que le pertenecen sin necesidad de una cláusula especial; y como accidentales los que se adicionan con cláusulas especiales.

Por su parte, el artículo 1741, consagra como causal de nulidad absoluta de un contrato la ilicitud de su objeto o causa, así como la omisión de requisito o formalidad que las leyes prescriban para entenderlo válido de acuerdo con su naturaleza.

El segundo criterio, reseñado por la jurisprudencia en términos generales, se remite al artículo 44 de la Ley 80 de 1993, de acuerdo con el cual resulta esencial al contrato, aquel requisito cuya omisión de lugar a su nulidad absoluta, tal el caso del desconocimiento del

¹ CS de J, SP185-2024(58.661)

régimen de inhabilidades e incompatibilidades, el de una prohibición constitucional o legal y la desviación de poder.

Y, en tercer lugar, es requisito esencial aquel cuya materialización tiene incidencia en los principios rectores de la contratación estatal, que se hallan vinculados a la tipicidad de la conducta. Tales principios delimitan el ejercicio funcional del servidor público en materia contractual.

En relación con este último criterio, la jurisprudencia ha entendido, sin embargo, que su valoración ha de “concretarse en la preexistencia legal de deberes específicos exigibles al servidor público, sin que sea legítimo un reproche basado en la desatención de requisitos extralegales, de creación judicial *ex post*, derivada de la comprensión del juez sobre cómo habrían de materializarse de mejor forma los principios aplicables a las distintas etapas de la contratación estatal”². En otros términos, la jurisprudencia ha insistido en que “No basta afirmar el abstracto desacatamiento de uno de esos principios para predicar la existencia del delito, sino que es necesario que el axioma desconocido esté ligado a un requisito de carácter esencial propio del respectivo contrato y definido como tal previamente por el legislador”³.

Finalmente, para que la conducta sea punible, ha de recaer sobre requisitos propios del trámite, la celebración o la liquidación del contrato, quedando por fuera de esa sanción la relacionada con su ejecución⁴.

ii) Sobre los hechos jurídicamente relevantes probados en el juicio

6. Los hechos probados en el juicio no admiten discusión. Las partes no exteriorizaron diferencias sobre ese particular, ellas recaen sobre la interpretación que aquellos les

² Decisión citada

³ Decisión citada

⁴ CS de J SP 11 de julio de 2012, radicado 37.691, sobre el punto expresó: “**La tramitación**, en sentido estricto, corresponde a la fase precontractual, comprensiva de los pasos que la administración debe seguir desde el inicio del proceso hasta la celebración del contrato. **Celebrarlo** significa formalizar el convenio para darle nacimiento a la vida jurídica, a través de las ritualidades legales esenciales. Mientras **la liquidación** es una actuación administrativa posterior a la terminación del contrato, por cuyo medio las partes verifican en qué medida y de qué manera cumplieron las obligaciones recíprocas del él derivadas, con el fin de establecer si se encuentran o no a paz y salvo por todo concepto derivado de su ejecución. Esa comprensión del limitado ámbito de aplicación de la conducta punible descrita en el art. 410 del C.P., según las aludidas fases de la contratación, descartando su aplicación a otras etapas contractuales, es corolario de la vigencia del principio de legalidad, en su componente de estricta tipicidad”.

merecen. Los antecedentes fácticos fueron descritos detalladamente en el aparte correspondiente de este proveído y en la decisión de primera instancia. A ellos se remite el Tribunal, en el entendido de que las dos decisiones constituyen unidad inescindible. Si acaso faltare alguno por mencionar, se hará a lo largo de este proveído, cuando su relevancia jurídica así lo imponga.

iii) Contenido de los cargos formulados por la fiscalía y de su petición de condena

7. En razón a que alguno de los defensores planteó de soslayo una suerte de incongruencia entre la acusación y la petición de condena, el Tribunal abordará el contenido de cada uno de esos actos y los confrontará entre sí con el fin de pronunciarse sobre ese particular.

7.1 En el requerimiento fiscal, el acusador le endilgó a los procesados, como conducta jurídicamente relevante, la suscripción del referido contrato BOOMT el 30 de marzo de 2011 en Medellín, en sus respectivas condiciones de gerentes de las compañías contratantes, cuyo patrimonio tenía un origen público en más del 90%, lo que según su intelección del problema las sometía al régimen de las empresas industriales y comerciales del estado, de acuerdo con el parágrafo del artículo 97 de la Ley 489 de 1998: de esa naturaleza emergía también su condición de servidores públicos. Dijo que el contrato se celebró sin cumplir los requisitos esenciales. Precisó que las Leyes 142 y 143 de 1994 rigen la actividad de las empresas involucradas en el asunto dada sus calidades de empresas de servicios públicos. El contrato suscrito por los acusados debió someterse al proceso de selección regulado en los artículos 55 y ss de la Ley 143 de 1994, relativo a la concesión de actividades complementarias a la prestación del servicio público de energía, que exige oferta pública, selección del mejor oferente, con base en criterios objetivos. Así mismo el artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, según el cual la escogencia del contratista se realiza por regla general a través de licitación pública (principio de transparencia); debió verificarse el acatamiento de lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley 1150 de 2007, adjudicarse vía licitación o al menos de una oferta pública para entidades no sometidas al estatuto general de contratación, tal como lo son las empresas de servicios públicos.

La violación de las citadas normas la hizo consistir en los hechos de haber iniciado un proceso de invitación pública, haberlo interrumpido con base en una decisión de la junta directiva de HI sin justificación alguna; la selección del contratista no tuvo en cuenta parámetros objetivos; los aplicados estuvieron por fuera de la invitación inicial, no fueron

objetivos (tratarse de la única empresa nacional, tener acciones en la compañía contratante y otras razones de carácter regional), no respondían a un interés general sino particular y no parecía que redundaran en el efectivo cumplimiento del contrato. Se contrató con una empresa recién nacida a la vida jurídica y su capacidad financiera no era diferente a la de HI al momento de abrir la convocatoria internacional. El principio de selección objetiva se desconoció de la mano del numeral 2 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, que impone una evaluación en igualdad de condiciones entre firmas nacionales y extranjeras.

El manual de contratación emitido por la Junta Directiva de HI, acuerdo 009 del 24 de noviembre de 2010, que remite al artículo 209 de la CN, Leyes 142 y 143 de 1994, Ley 1150 de 2007 (libre competencia, transparencia y selección objetiva), regula el trámite de solicitud pública de ofertas en cuantía superior a 1.200 smmv arts.16 y 22 a 25 relativos a la selección y evaluación de ofertas y criterios de evaluación y adjudicación).

En síntesis, se reprochó i) haber omitido el proceso de licitación o al menos el de solicitud de oferta pública al suspender la subasta pública internacional, para entregar el proyecto a una empresa de carácter regional y ii) se contrató de manera directa con una entidad pública a pesar de la cláusula de residualidad que opera frente a contratos de generación de energía.⁵

7.2. En las alegaciones finales empezó reconociendo que las ESP con participación estatal superior al 90% como es el caso de HI y EPM, constituyen una categoría especial de la rama ejecutiva y se rigen por la ley 142 de 1994, régimen privado que sin embargo no despoja al contrato de su condición de negocio estatal. Concluyó que el contrato BOOMT era un contrato estatal sometido a un régimen jurídico de derecho privado. Insistió en que la conducta se ejecutó con la firma del contrato avalando todo el cúmulo de irregularidades que lo precedieron; esas irregularidades tuvieron que ver con el desconocimiento del manual de contratación de HI y con ello de los principios que rigen la actividad; el mencionado manual estaba representado en el Acuerdo 009 de 2010 en su artículo 2, los artículos 2 y 3 de la resolución 005 de 2003, regímenes de contratación de HI, la ley 142 de 1994 en su art. 34, numeral 34.4 y 143 de 1994, el artículo 13 de la ley 1150 de 2007, todos ellos referidos a principios como el de libre competencia, transparencia y selección objetiva entre otros. Como prueba del dolo invocó la realización de dos procesos de contratación simultáneos y opuestos entre sí; las actas de la junta directiva de HI

⁵ Audiencia de formulación de acusación del 20/08/2019, contenida en el registro de audio No. 004 de la carpeta digital

demuestran que primero se eligió el contratista y luego la forma de contratación. Invocó la violación a la Ronda de Uruguay que se refiere a normas de libre competencia.

7.3 Superada la anterior reseña, ha de recordarse que la acusación delimita el marco dialéctico de orden personal, fáctico y jurídico del juicio. Se ha entendido que ese límite resulta infranqueable, absolutamente estricto o rígido respecto de lo fáctico y flexible desde lo jurídico. Esa limitante se impone no solo al juez en su sentencia sino al fiscal en su pretensión. En el presente asunto se está ante la imputación de una conducta descrita en un tipo penal en blanco, ello impone acudir a normas por fuera de la descripción típica con el fin de perfeccionarlo o complementarlo. En esa tarea resulta esencial que el acusador delimite con absoluto rigor esa tipicidad. Más claro, la fiscalía tiene la carga de establecer en la acusación, sin duda alguna, cuáles fueron las normas desconocidas por el sujeto agente y serán esas, y sólo esas, las que den lugar a un juicio válido, primero de tipicidad y luego de reproche. No resulta de recibo que en la acusación se señalen unas determinadas normas como violadas y complementarias del tipo penal en blanco y luego, en la pretensión de condena plasmada en las alegaciones finales, se opte por unas disposiciones normativas diferentes. La razón salta a la vista, el contenido de la acusación le indica al acusado la dirección en la que ha de orientar su defensa, esto es, habrá de demostrar que un tal desconocimiento de las normas invocadas por la fiscalía no se presentó. En ese orden, no puede admitirse que, por ejemplo, se acuse porque violó una norma que impone la realización de una licitación pública, cargo del cual se defenderá el acusado durante el juicio y se le condene porque la agresión recayó sobre otra diferente que obligaba, por ejemplo, a la exigencia de un tipo específico de garantía, norma que apenas vino a mencionarse al acusado durante el juicio. Se trata de elementos del tipo que han de estar perfectamente definidos desde la formulación del requerimiento fiscal.

En el presente asunto se advierte que, en lo esencial esa correspondencia entre acusación y alegación final se respetó, no sin que sea menester alguna precisión. Así por ejemplo, la fiscalía en la acusación erró al considerar que el régimen al cual estaban sometidas las empresas contratantes era el de las empresas industriales y comerciales del estado, desconociendo que se trataba de empresas de servicios públicos que, si bien forman parte del ejecutivo como entidades descentralizadas por servicios⁶, poseen un régimen especial. Sin embargo, lo cierto es que en las alegaciones corrigió el yerro sobre la naturaleza de las empresas y entendió también que su régimen estaba regulado por las leyes 142 y 143

⁶ Sentencia C-736/07

de 1994. A partir de allí, al mencionar las normas que fueron desconocidas, hizo referencia a algunas de cada compendio legal aunadas a las contenidas en el reglamento de contratación de HI (Resolución 005 de 2003 y Acuerdo 009 de 2010) y algunas otras de la Ley 1150 de 2007, que imponían el respeto a los principios que rigen la actividad administrativa.

Las anteriores referencias normativas fueron reiteradas en la solicitud de condena, respetando siempre los hechos en que fundó su desconocimiento. De esta manera el Tribunal considera que la discusión ha de recaer dentro de ese preciso marco normativo, debiendo excluir tópicos que se hayan incluido en el segundo momento procesal y que aparezcan ausentes en la convocatoria a juicio. En la medida en que sea necesario la Sala volverá sobre el tema.

iv) Del régimen jurídico contractual aplicable a las empresas de servicios públicos

8. Acerca del régimen de contratación al cual están sometidas las empresas de servicios públicos valgan las siguientes reflexiones:

El artículo 365 de la Constitución de 1991, dispuso que *“es deber del Estado asegurar la prestación eficiente (de los servicios públicos) a todos los habitantes del territorio nacional”*. Así mismo, encargó al legislador la regulación del régimen jurídico al cual habrían de estar sometidas las empresas que tendrían a cargo su prestación y todo lo que ello comporta y, además, amplió la competencia para su prestación a comunidades organizadas o particulares, bajo su regulación, control y vigilancia.

En ejercicio de tal delegación, el legislador expidió las Leyes 142 y 143 de 1994, la primera referida a los servicios públicos domiciliarios en general y la segunda al régimen para la generación, interconexión, transmisión, distribución y comercialización de electricidad en el territorio nacional.

La constitucionalidad de la Ley 142 de 1994 fue avalada en la sentencia C-066 de 1997.

La Ley 142 de 1994 en su artículo 14.21 definió los servicios públicos domiciliarios, entre los cuales incluyó la energía eléctrica. En su artículo 15 precisó quienes pueden prestar esos servicios públicos, mencionando que estarían en posibilidad de hacerlo empresas

públicas, que cuentan exclusivamente con patrimonio estatal; empresas mixtas, que están integradas con capital público y privado; y empresas particulares con capital puramente privado⁷.

El legislador, al establecer el régimen de contratación de las entidades que prestan los servicios públicos quiso que se rigieran por las normas de derecho privado como regla general, con el fin de garantizar la libre competencia, teniendo en cuenta que las empresas estatales en sus procesos de contratación, ante el deber de someterse al estatuto de contratación pública (ley 80/93), se verían en desventaja respecto de entidades de derecho privado dedicadas a la misma actividad, que contarían con una mayor agilidad y flexibilidad en aquel tipo de procesos.

Una tal intención se vio reflejada en el artículo 31 inciso primero de la Ley 142 de 1994, cuyo tenor original poseía una redacción confusa y poco técnica⁸, razón por la que fue modificado por artículo 3 de la ley 689 de 2001, respetando la intención inicial y consagrando como regla general en punto del régimen de contratación de las empresas bajo estudio la siguiente:

ARTÍCULO 31. RÉGIMEN DE LA CONTRATACIÓN. *Artículo modificado por el artículo 3 de la Ley 689 de 2001. El nuevo texto es el siguiente: Los*

⁷ **ARTÍCULO 14. Ley 142 de 1994. DEFINICIONES.** Para interpretar y aplicar esta Ley se tendrán en cuenta las siguientes definiciones:

...

14.5. EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS OFICIAL. Es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o estas tienen el 100% de los aportes.

14.6. EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS MIXTA. Es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o éstas tienen aportes iguales o superiores al 50%.

14.7. EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS PRIVADA. Es aquella cuyo capital pertenece mayoritariamente a particulares, o a entidades surgidas de convenios internacionales que deseen someterse íntegramente para estos efectos a las reglas a las que se someten los particulares.

⁸ Ley 142 de 1994, artículo 31 inciso primero texto original: “Los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta ley, y que tengan por objeto la prestación de esos servicios, se regirán por el parágrafo 1 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y por la presente Ley, salvo en lo que la presente ley disponga otra cosa”.

Artículo 32, Parágrafo 1 Ley 80 de 1993: “Sin perjuicio de lo dispuesto en esta ley sobre fiducia y encargo fiduciario, los contratos que celebren los establecimientos de crédito, las compañías de seguros y las demás entidades financieras de carácter estatal, que correspondan al giro ordinario de las actividades propias de su objeto social, no estarán sujetos a las disposiciones del presente estatuto y se regirán por las disposiciones legales reglamentarias aplicables a dichas actividades”.

contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta ley no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, salvo en lo que la presente ley disponga otra cosa.

La exclusión del régimen de contratación estatal, permitió colegir que el aplicable a este tipo de sociedades era el de derecho privado. Ahora, si esta conclusión admitiera alguna duda, resulta útil interpretarla en concordancia con el parágrafo del artículo 39 ibídem, dedicado a los contratos especiales, en cuanto señala lo siguiente:

ARTÍCULO 39. CONTRATOS ESPECIALES.

PARÁGRAFO. *Parágrafo modificado por el artículo 4 de la Ley 689 de 2001. El nuevo texto es el siguiente: Salvo los contratos de que tratan el parágrafo del artículo 39 <sic> y el numeral 39.1 de la presente ley, todos aquellos a los que se refiere este artículo se regirán por el derecho privado.*

Aparece entonces la mención expresa del derecho privado como aplicable por regla general al régimen contractual de las empresas de servicios públicos domiciliarios.

Ahora bien, la jurisprudencia del Consejo de Estado desde varias décadas atrás⁹, ha ratificado lo dispuesto en la ley al afirmar que “*el régimen aplicable a los actos y contratos de las empresas de servicios públicos domiciliarios en general, será regulado por el derecho privado y en forma excepcional por el derecho público...*” añadiendo además que “*el legislador dotó de atribuciones a este tipo de empresas para reglamentar dentro de sus estatutos internos las reglas contractuales aplicables, respetando los principios de la función pública*”.

Hasta aquí, queda claro que por **regla general** la actividad de este tipo de empresas se somete al derecho privado y a sus reglamentos internos. Por **excepción**, la remisión ha de hacerse al Estatuto General de Contratación Administrativa.

Dentro de esas excepciones se encuentran las consagradas respectivamente en el inciso segundo y el parágrafo de la misma norma (Art 31 Ley 142/94), hipótesis descritas como sigue:

Las Comisiones de Regulación podrán hacer obligatoria la inclusión, en ciertos tipos de contratos de cualquier empresa de servicios públicos, de cláusulas

⁹ C de Edo. 26/03/1998, exp. 14.000/ Sala de lo Contencioso Advo/ Sección Tercera.

exorbitantes y podrán facultar, previa consulta expresa por parte de las empresas de servicios públicos domiciliarios, que se incluyan en los demás. Cuando la inclusión sea forzosa, todo lo relativo a tales cláusulas se regirá, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, y los actos y contratos en los que se utilicen esas cláusulas y/o se ejerciten esas facultades estarán sujetos al control de la jurisdicción contencioso administrativa. Las Comisiones de Regulación contarán con quince (15) días para responder las solicitudes elevadas por las empresas de servicios públicos domiciliarios sobre la inclusión de las cláusulas excepcionales en los respectivos contratos, transcurrido este término operará el silencio administrativo positivo.

PARÁGRAFO. *Los contratos que celebren los entes territoriales con las empresas de servicios públicos con el objeto de que estas últimas asuman la prestación de uno o de varios servicios públicos domiciliarios, o para que sustituyan en la prestación a otra que entre en causal de disolución o liquidación, se regirán para todos sus efectos por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en todo caso la selección siempre deberá realizarse previa licitación pública, de conformidad con la Ley 80 de 1993.*

También se ha reconocido como excepción, la derivada del párrafo del artículo 39 ibídem, ya descrito, que remite al contrato de concesión para el uso de recursos naturales o del medio ambiente, regulado en su numeral 39.1.

El criterio expresado por el Consejo de Estado, en decisión citada en párrafo precedente, se vio ratificado en decisión del 13 de abril de 2011¹⁰ en los siguientes términos:

“En este orden de ideas, el régimen jurídico aplicable a las empresas de servicios públicos domiciliarios en materia contractual es el propio del derecho común y sólo excepcionalmente se aplican las reglas del derecho público, es decir, las reglas de la Ley 80 de 1993.

Dicho de otro modo, la regla general de aplicación del derecho común significa, que para la selección del contratista no se requiere aplicar los procedimientos a los que se refiere la Ley 80 de 1993; que las reglas de existencia del contrato no son las previstas en el artículo 41 del Estatuto General de Contratación Pública; que los requisitos de validez del contrato son los previstos en la legislación civil y comercial; que las cláusulas contractuales son las propias de los contratos entre particulares; que la ejecución del contrato debe realizarse conforme a las reglas ordinarias y no a las administrativas; y que en lo relacionado con la terminación, ampliación y liquidación de los contratos, deben aplicarse las reglas del derecho común.

Ahora bien, en cuanto a las excepciones a esta regla general, contenidas en Ley 142 de 1994, se trata de excepciones diversas que guardan relación, unas con la naturaleza del contrato¹¹, y otras, con las prerrogativas públicas que

¹⁰ C de Edo. Sección Tercera, sub sección C, radicado 37.423.

¹¹ En este primer grupo de excepciones, es decir, aquellas que se fundamentan en la naturaleza, o si se quiere en la tipología, contractual, se deben señalar cinco: 1- Los contratos de concesión de bienes de uso público necesarios para la prestación de los servicios públicos domiciliarios; 2- Los contratos de concesión para la

excepcionalmente pueden ejercitar las empresas prestadoras en sus procesos de contratación.

Para finalizar, la Sala reitera que bajo el régimen constitucional vigente la prestación de los servicios públicos se presenta como una actividad que indudablemente involucra intereses económicos, tanto de los particulares como de la administración, lo que no puede significar que el Estado desconozca su deber de proteger el interés general, pues dichas actividades económicas a su vez son inherentes a la función social del Estado, lo que significa, entre otras cosas, que van a gozar de una regulación especial y que el Estado será responsable en la gestión de dichos servicios”.

La Ley 143 de 1994 estableció *el régimen para la generación, interconexión, transmisión, distribución y comercialización de electricidad en el territorio nacional*. En su artículo 76 dispuso que *“Los actos y los contratos, salvo los que se refieren a contratos de empréstito, celebrados por las sociedades por acciones en las cuales las entidades oficiales tengan participación en su capital social, sin atención a la cuantía que dicha participación represente, se regirán por las normas de derecho privado”.*

Se hace así evidente que la regulación de la actividad contractual relacionada con el servicio público domiciliario de electricidad, sigue la regla general de sometimiento a las pautas del derecho privado. Al mismo tiempo se plantea una primera excepción, la cuarta en el régimen general de contratación de las empresas de servicios públicos, relativa a contratos de empréstito.

En esa misma dirección, en el capítulo XI, se desarrolla lo relacionado con el contrato de concesión para *la organización, prestación, mantenimiento y gestión* de cualquiera de las actividades del servicio público de electricidad. Para su otorgamiento, exige la oferta pública a quien ofrezca las mejores condiciones técnicas y económicas para el concedente y en beneficio de los usuarios (art. 55).

Corolario de lo hasta aquí considerado, la regla general enseña que el régimen contractual de este tipo de empresas corresponde al derecho privado.

adjudicación de áreas de servicio exclusivo; 3- La relación comercial existente entre el sujeto prestador de los servicios públicos y los usuarios; 4- Los contratos celebrados entre entidades territoriales y Empresas de Servicios Públicos, cuyo objeto sea la asunción de estas últimas de la prestación del servicio determinado; 5- Los contratos de trabajo.

Otro aspecto que debe ser definido, en punto del régimen contractual de las empresas de servicios públicos, tiene que ver con la aplicación o no de los principios que rigen la función administrativa.

Al respecto, tal como quedara planteado en cita precedente, la respuesta que ha dado la jurisprudencia del Consejo de Estado a tal inquietud es positiva. Lo propio ha considerado la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal en términos que se transcriben *in extenso*, dada su relevancia para el asunto que concita la atención del Tribunal:

“La naturaleza privada de los contratos no modifica la condición pública de la entidad que los celebra, como tampoco descarta el deber del funcionario que los suscribe de observar precisos deberes especiales de rango constitucional. Significa lo anterior que mientras, por una parte, el contrato puede regirse por las disposiciones de la ley civil o comercial, por la otra, el servidor que lo suscribe, así como la entidad pública que se ve representada en ese particular negocio jurídico, no escapa al mandato constitucional contenido en el artículo 6 superior, en virtud del cual los servidores públicos son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes, así como por la omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

La tesis del casacionista, según la cual, la naturaleza privada del contrato le permite al servidor público que lo suscribe permanecer ajeno a los principios constitucionales y legales que orientan su misión funcional, y en particular la contractual, equivale a desnaturalizar la función pública, en la medida en que pretende que una particular actividad administrativa, como sería la de celebrar contratos que se rigen por el derecho privado, escape a los principios que orientan la función administrativa. En otras palabras, según se infiere del razonamiento del libelista, el servidor público dejaría de serlo al entrar a adjudicar, suscribir y ejecutar un contrato que se rige por las disposiciones del Código Civil o de Comercio, pues en tales eventos aparentemente no estaría obligado a atender a los principios de moralidad, planeación, transparencia o selección objetiva, entre otros.

En conclusión, los contratos de derecho privado que celebra la administración, son estatales, de allí que su adjudicación, celebración, ejecución y liquidación debe sujetarse a los principios que orientan la función pública, al tiempo que los servidores públicos que los suscriben están obligados a observar los principios constitucionales que orientan su función misional”.

Igualmente se observa, que el planteamiento de los recurrentes también ha sido abordado por la Corte Constitucional¹² al declarar exequible el artículo 31 de la Ley 142 de 1994, pues en tal oportunidad señaló:

“En concreto, el actor acusa los artículos 30, 31, 32 y 35 de la ley 142 de 1994, considerando que, al establecer un régimen de derecho privado para regular lo relativo al tema mencionado, las autoridades encargadas de determinar las responsabilidades penales y disciplinarias a que haya lugar, no podrán exigir a los servidores públicos dependientes de las empresas de servicios públicos

¹² Sentencia C-066 del 11 del febrero de 1997.

domiciliarios, los principios de transparencia, economía y responsabilidad a que se refiere la ley 80 de 1993.”

Argumento sobre el cual advirió:

“Si las actuaciones y contratos de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios y de sus empleados deben someterse a los principios estipulados en el título preliminar de la ley objeto de control (artículo 30), y no directamente a los del artículo 23 de la ley 80 de 1993, no hay sustento constitucional suficiente para la preocupación del actor en este punto, pues no es cierto que, por lo señalado, tales servidores públicos puedan desempeñar lo de sus cargos sin transparencia, responsabilidad y economía, y ello no les pueda ser exigido por las autoridades encargadas de vigilar sus actuaciones, ya que los principios que rigen la prestación de los servicios públicos domiciliarios no son solamente los arriba enunciados, sino los de eficiencia, eficacia, calidad, información, no abuso de la posición dominante, acceso, participación y fiscalización de los servicios, cobro solidario y equitativo, neutralidad, legalidad, esencialidad, garantía a la libre competencia, etc., todos establecidos a lo largo del título preliminar de la ley 142 acusada (artículos 1 a 14), cuya consecución incluye, indudablemente, el cumplimiento de los principios que tanto preocupan al actor, desarrollando así cabalmente los principios esenciales de prestación eficiente y cobertura total de los servicios públicos, consagrados en el artículo 365 de la Carta” (subrayas fuera de texto).

Palmario resulta a partir de la jurisprudencia citada, que la naturaleza de los contratos estatales congloba a todos los celebrados por las entidades del Estado, bien sea que estén gobernados por el estatuto general de la contratación, o que estén sujetos al derecho privado (civil, comercial, laboral), de modo que el contrato de derecho privado celebrado por la administración no pierde su carácter estatal, y por ello, no está exento de cumplir con las normas constitucionales que rigen la función pública.

En efecto, también en los contratos de carácter privado realizados por las empresas del Estado, el servidor público debe igualmente lealtad a la administración y está obligado a cumplir los requisitos definidos en la ley, tales como la transparencia, moralidad y eficacia de la actividad contractual estatal, respecto de la cual la Ley 80 de 1993 no introdujo salvedades.

De otra parte se tiene que la intención del Constituyente no fue, no podría serlo, la exclusión de control y vigilancia en la prestación de servicios públicos domiciliarios, en cuanto tal actividad comporta uno de sus fines esenciales, como tampoco permitir su ejercicio de forma ajena a los principios generales que orientan la función pública, circunstancia que no excluye la permisión de que se guíen por las fuerzas del mercado dentro de criterios de eficiencia y competitividad con entidades privadas, y por ello, se sometan a las normas civiles o comerciales.

Lo anterior es así, en cuanto los criterios de eficiencia, eficacia, calidad, información, no abuso de la posición dominante, acceso, participación, fiscalización de los servicios, cobro solidario y equitativo, neutralidad, legalidad, esencialidad y garantía de la libre competencia inherentes a la gestión contractual de las empresas de servicios públicos, no se contraponen a los de buena fe, transparencia, selección objetiva, eficiencia, eficacia y planeación, propios de la función administrativa ejercida por los servidores públicos.

Impera señalar que los requisitos legales esenciales de los contratos estatales que se rigen por el derecho privado no son solamente aquellos genéricos que describe el artículo 1502 del Código Civil, sino que debe acudir a la reglamentación de la contratación administrativa, de allí que también deban tenerse como requisitos legales esenciales los principios generales que orientan la contratación administrativa.

En efecto, cuando se trata de un contrato realizado por la administración pública, como ocurre en este caso, el cual se rige, en principio por el derecho privado, pues se trata de una empresa de servicios públicos domiciliarios, es indeclinable rescatar el cabal cumplimiento de sus objetivos en punto del interés general y el bien común, motivo por el cual no basta con verificar únicamente al contenido esencial del contrato reglado en el artículo 1501 del Código Civil, en cuanto es menester constatar otras exigencias propias del contrato estatal en las diversas fases de la contratación administrativa, esto es, en su tramitación, celebración y liquidación.¹³

En síntesis, los contratos celebrados por empresas de servicios públicos en los que el Estado tiene parte, son contratos estatales que, si bien están sometidos al derecho privado, deben cumplir con los principios de la función pública cuyo ejercicio les está encomendado por la propia Constitución. Sus representantes legales son servidores públicos y desde esa calidad cuentan con el deber de respetar aquellos postulados superiores.

v) Del caso concreto

9. Corresponde en este aparte aplicar los insumos teóricos reseñados hasta ahora, con el fin de verificar si, como lo afirma la recurrente, el trámite previo a la suscripción del contrato BOOMT desconoció las pautas que sobre la contratación estaban llamadas a cumplir las entidades dado su carácter y naturaleza. Irregularidad que para la fiscalía se concretó al desconocer que se había iniciado una Invitación Pública Internacional a Precalificar, procedimiento que era obligatorio y se interrumpió sin sustento legal, para contratar directamente con EPM, consecuencia de lo cual la suscripción del referido convenio por parte de los acusados, con plena conciencia de aquellas irregularidades, los hace responsables del delito de contratación sin requisitos legales.

10. Para el efecto, se partirá por afirmar que no se demostró por la fiscalía que el régimen contractual de HI, para el caso concreto, debiera ubicarse en alguna de las hipótesis legales

¹³ CS de J sentencia 37184 del 2 de noviembre de 2011

que se erigen en excepción a la regla general de sujeción al derecho privado. Así, el contrato BOOMT objeto de examen, no incluyó cláusulas exorbitantes por cuenta de una exigencia de la comisión de regulación de la actividad; no se trató de un contrato de un ente territorial que encargara la prestación de un servicio; tampoco se entendió como una concesión para el uso de recursos naturales, ni una concesión para la organización, prestación, mantenimiento y gestión de cualquiera de las actividades del servicio público de electricidad, mucho menos de empréstito referido en el artículo 76 de la Ley 143 de 1994. Así las cosas, el régimen al que están sometidas las empresas contratante y contratista es el de derecho privado.

Bajo ese presupuesto, debe expresarse que el derecho privado se rige por el postulado de la autonomía de la voluntad. Este concepto parte de entender que la legislación está en imposibilidad de prever absolutamente todos los mecanismos de satisfacción de las necesidades de las personas. En ese orden, todo ordenamiento positivo, por primitivo y rudimentario que sea el medio social a que se dirija, tiene siempre que reconocer, en alguna medida, eficacia jurídica a la iniciativa privada en procura de la satisfacción de sus necesidades. La autonomía de la voluntad consiste entonces en ese reconocimiento más o menos amplio de la eficacia jurídica de ciertos actos o manifestaciones de voluntad de los particulares. Más claro, consiste en la delegación que el legislador hace en los particulares de la atribución o poder que tiene de regular las relaciones sociales, delegación que estos ejercen mediante el otorgamiento de actos o negocios jurídicos¹⁴. Por supuesto, que el ejercicio de la autonomía de la voluntad no es absoluto, pues el ordenamiento civil lo controla bajo el concepto de interés público, que se erige en su límite esencial. Ello a través del principio de prevalencia del interés general sobre el particular, que posibilita la proscripción de actos cuyo objeto o causa lesionen los dictados de aquel interés general.

Lo anterior, aplicado al caso bajo examen significa que las partes (HI y EPM), así sean entidades del sector público descentralizado, al estar regidas en su actividad contractual por el derecho privado, estaban en condición de optar por una forma contractual que se ajustara a las necesidades que buscaban satisfacer, así aquella forma no estuviera consagrada legalmente. No existe norma legal o reglamentaria que las obligara a suscribir un tipo específico de contrato. Lo anterior para significar que ningún reparo podría plantearse por haber optado por la forma contractual BOOMT, atípica en nuestro sistema legal. Bajo esa consideración no sería válido encasillarlo en alguna de las formas

¹⁴ Al respecto obra clásica Teoría General de los Actos o Negocios Jurídicos, de Guillermo Ospina Fernández y Eduardo Ospina Acosta, Editorial Temis.

contractuales descritas en la legislación administrativa, como contrato de obra, de concesión, etcétera. En coherencia con lo anterior debe afirmarse enfáticamente que en todo lo relacionado con el contrato, se insiste, regía la legislación civil y comercial, así como los estatutos de contratación de las empresas partes en la negociación.

11. Un segundo aspecto que está por fuera de discusión tiene que ver con el sometimiento de este tipo de empresas, en desarrollo de su actividad contractual, a los principios que rigen la eficaz y eficiente administración. Se trata de un tema que, de acuerdo con lo discurrido hasta acá, cuenta con consagración legislativa, avalada jurisprudencialmente y plasmada incluso en los estatutos contractuales de HI.

12. Precisamente el reparo de la Fiscalía, planteado genéricamente, se basa en el hecho de que a dicho contrato se llegó por vía de contratación directa, omitiendo una oferta pública exigida por el estatuto de contratación de HI, proceso que si bien se inició, luego se suspendió injustificadamente, desconociendo algunos de los principios de la función pública, fundamentalmente los de transparencia y selección objetiva, referidos en los artículos 209 Superior¹⁵, en la Ley 1150 de 2007¹⁶, las leyes 142¹⁷ y 143 de 1994 y los estatutos de HI vigentes durante el proceso contractual¹⁸.

13. A fin de evaluar la veracidad y acierto de la afirmación realizada por la fiscalía en punto del carácter obligatorio de una convocatoria u oferta públicas, derivado del

¹⁵ **ARTICULO 209.** La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones...

¹⁶ **ARTÍCULO 13. PRINCIPIOS GENERALES DE LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL PARA ENTIDADES NO SOMETIDAS AL ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.** Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal...

¹⁷ Art. 2 y ss

¹⁸ Artículo 3 de la Resolución 005 de 2003 cuyo texto señala: LA contratación de la HIDROELÉCTRICA PESCADERO ITUANGO SA ESP se realizará en el ámbito de libre competencia, con criterios de eficaz y eficiente administración, orientada por los principios de buena fe, moralidad, economía, equidad, responsabilidad, igualdad, imparcialidad y celeridad"; El artículo 2 del Acuerdo 009 de 2010 señala: "La contratación en la empresa se realizará en un ámbito de libre competencia, orientada por los principios de transparencia, selección objetiva, economía, responsabilidad. Igualmente, de conformidad con lo establecido en el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, desarrolla su actividad contractual, acorde con su régimen especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política".

reglamento de contratación de HI vigente durante todo el trámite precontractual, debe partirse por verificar el contenido de ese reglamento. Para el caso, la Resolución 005 de 2003, en cuyo texto se pueden identificar como normas relevantes para el análisis que se inicia las siguientes:

En su artículo 5, bajo el título de **Fuentes de información** disponía: “*Para la selección de los oferentes podrá acudir a la utilización de fuentes de información tales como: registros de proponentes, listados, guías de proveedores, **precalificación de proponentes** y cualquiera otra existente en el mercado*”.

En el Capítulo III que se ocupaba de la Solicitud de Ofertas, se consagraban dos modalidades, la solicitud de ofertas privada y la solicitud de ofertas pública (art. 18). El artículo 19 regulaba la **solicitud de una oferta privada**, entre otros casos, cuando los contratos hubieren de celebrarse con entidades estatales (19.7). Por su parte, en el artículo 22 se regulaba **la solicitud pública de ofertas** “*cuando la cuantía estimada del contrato a celebrar sea superior a mil doscientos (1.200) smlmv y no se trate de los casos de los artículos anteriores*”.

En el artículo 23, bajo el título de normas comunes a estas formas de contratación se hablaba de transparencia y selección objetiva, que se garantizaba con un sistema público de información en internet, a través del cual se divulgaría a la comunidad los procesos de contratación en trámite para contratos cuya cuantía supere los 300 smlmv.

Finalmente, el artículo 26 regulaba lo referente a **la contratación directa**. En lo que puede interesar al presente asunto, lo hizo en los siguientes términos:

“Se podrá realizar negociación directa cuando existiendo una sola oferta elegible se considere que se pueden obtener mejores condiciones comerciales...

*En los contratos de asociación a riesgo compartido u otros de colaboración empresarial, cuando la invitación a asociarse es plural, puede negociarse directamente con los oferentes, **atendiendo al orden de elegibilidad**, agotándolo hasta donde Hidroeléctrica Pescadero Ituango SA ESP lo considere conveniente...”*

Hasta aquí las normas que interesan a la solución del presente conflicto. De ellas resulta trascendente destacar cómo el estatuto ubicaba la invitación a precalificar dentro de las herramientas cuyo objeto era conocer de posibles contratistas, esa la razón para que la

denominara fuente de información (Art.5), es decir, no se trata de una herramienta de selección de un contratista. Así mismo, posibilitaba la obtención de una sola oferta privada cuando el contrato se realizara con una entidad estatal (Art. 19,19.7), posibilidad que no se modifica por la cuantía del negocio, de acuerdo con el contenido del artículo 22 que se ocupa de las hipótesis en que debía acudirse a la solicitud de ofertas públicas, pues expresamente disponía que quedaban libres de esa formalidad aquellos eventos en que resultara plausible la solicitud de una oferta privada. Más claro, se podía acudir a una sola oferta privada, sin importar la cuantía del contrato, cuando este fuera a realizarse con una entidad pública. Finalmente, ha de examinarse la posibilidad de contratación directa cuando se contara con un número plural de ellas, caso en el cual se atendería al orden de elegibilidad. En opinión de la fiscalía esta última norma fue desconocida por HI al contratar con EPM.

Hasta aquí el marco jurídico al que debía someterse HI.

14. Corresponde ahora examinar el proceder de la sociedad. Fue así como HI declaró abierta la Invitación Pública Internacional a Precalificar con el fin de sondear en el mercado internacional el interés que pudiera generar el proyecto en un posible socio inversor que lo asumiera, bajo la modalidad de contrato BOOMT. Así lo expusieron todos y cada uno de los testigos de la defensa, tal como se verá más adelante. Esta modalidad de contrato fue sugerida por la banca de inversión BNP Paribas¹⁹ y el bufete de abogados Prieto&Carrizosa, contratado justamente con ese fin²⁰. Este último aspecto se observa claro en el concepto que rindió Prieto&Carrizosa a la sociedad, en el que relacionó varias posibles formas contractuales, entre ellas el contrato BOOMT²¹.

Luego de publicada la invitación, se recibieron 11 sobres de interesados en el proyecto. Acto seguido se produjo la evaluación por parte de la entidad con el objeto de precalificarlos. La precalificación consistía, según el texto de la invitación, en “*el acto en el cual se verifica que los interesados cumplen con los requisitos legales, técnicos y financieros previstos en la presente invitación a precalificar*”²². Recibidos los sobres de los interesados, el 2 de febrero de 2010, se produjo la Decisión No. 015 de HI con la lista de precalificados²³. En el cuerpo de esta decisión, en su numeral 10, se explicó que “...

¹⁹ Así consta en el acta de Junta Directiva del IDEA, socio mayoritario de Hidroitango SA ESP, del 19 de junio de 2009.

²⁰ Así se observa en el Acta No. 100 de Junta Directiva de Hidroitango SA ESP, del 29 de junio de 2009.

²¹ Identificada como prueba 31 de la defensa

²² Ver Prueba 93 de la Fiscalía en folio 7.

²³ Prueba 93 de la fiscalía a partir del folio 69

*PRIETO & CARRIZOSA, asesor legal del proceso de precalificación, elaboró y presentó a la Gerencia General de Hidroituango, el informe de evaluación de la precalificación, en el cual recomienda la precalificación de los siguientes interesados **por cumplir con todos y cada uno de los requisitos previstos en la invitación a precalificar**". El tenor de la parte resolutive de esa decisión es el siguiente:*

Artículo Primero: Otorgar la precalificación a los siguientes interesados:

No.	Nombre del interesado
1	China Three Gorges Corporation
2	Consortio Kepco
3	Centrales Eléctricas Brasileiras
4	Constructora Norberto Odebrecht SA
5	Construções e Comercio Camargo Correa SA
6	Constructora Andrade Gutiérrez SA
7	Empresas Públicas de Medellín

15. La fiscalía sustentó uno de sus reparos principales con fundamento en la intelección que le otorgó al resultado de la precalificación. Considera que se desconoció el estatuto de contratación vigente para ese momento del proceso. El fundamento de tal argumento es el siguiente: El artículo 26 del Estatuto de Contratación de HI vigente a la apertura de la invitación, Resolución 005 de 2003, autorizaba la contratación directa, *“en los contratos de asociación a riesgo compartido u otros de colaboración empresarial, cuando la invitación a asociarse es plural, puede negociarse directamente con los oferentes, **atendiendo al orden de elegibilidad**, agotándolo hasta donde la Hidroeléctrica Pescadero Ituango SA ESP lo considere conveniente”*.

En sentir del ente acusador la Decisión 15 del 2 de febrero de 2010, que precalificó a las firmas interesadas, estableció un orden de prelación en el cual EPM ocupaba el último puesto. Esa circunstancia impedía a HI contratar directamente con ella. La intelección sugerida por el censor impondría contratar directamente con China Three Gorges Corporation por ser la primera en aquel orden de precalificación o, por lo menos, verificar si tenía interés en contratar y sólo ante la inexistencia de interés podría ir descartando opciones hasta llegar a EPM. En otros términos, EPM era la última opción.

La defensa, al unísono, contraargumentó que dicho orden de elegibilidad o prelación no existió. En consecuencia, la norma invocada no era aplicable al caso y cualquiera de las empresas precalificadas podría haber sido la destinataria del contrato, en la medida en que todas y cada una de ellas cumplía los requisitos legales, técnicos y financieros de la invitación.

El Tribunal, luego de revisar la prueba arrimada al juicio, considera que la razón acompaña a la defensa. Los motivos que sustentan este aserto son los siguientes:

La Invitación Pública Internacional a Precalificar, en su Capítulo I, titulado Términos Definidos, se ocupa del concepto de Precalificación, actividad que tal como se explicara párrafos más arriba, consistía fundamentalmente en un acto de **verificación de requisitos** legales, técnicos y financieros, no de selección del contratista final. En ninguno de sus apartes se refiere a un puntaje por asignar a cada uno de aquellos ítems. En ninguno de los capítulos de la invitación y luego de la decisión se afirma haber asignado una calificación cuantitativa a cada uno de los interesados por cuenta de la satisfacción en mayor o menor medida de algunos de los requisitos exigidos. Simplemente se verificaría si cumplían o no con ellos. Si la intención de la invitación hubiese sido la de elaborar un listado de los precalificados en orden de prelación, tendría que haber estipulado, por ejemplo, que por el lleno de los requisitos legales se otorgaría un puntaje fijo, o que por el de los requisitos técnicos y los financieros se asignarían sendos puntajes que, para marcar diferencias, tendrían que estar entre un mínimo y un máximo de acuerdo con lo acreditado. Empero, nada de eso se observa en el texto de la invitación y mucho menos en el de la evaluación. A riesgo de sonar repetitivos, la actividad del comité evaluador se limitaba a establecer si cada uno de esos requisitos se veía o no satisfecho por el interesado. Así se infiere del contenido del informe de evaluación cuando en el punto 5 señaló²⁴:

Verificación del cumplimiento de los requisitos por parte de los interesados. De conformidad con el contenido de los numerales 3 y 4 anteriores, los siguientes son los resultados de la evaluación de cada uno de los interesados, ordenados alfabéticamente, para efectos de la precalificación con base en el criterio acreditó/no acreditó:

	Técnicos	Financieros	Precalificó
--	----------	-------------	-------------

²⁴ Folio 82 prueba 93 de la Fiscalía

Tribunal Superior de Medellín
Sala de Decisión Penal
Radicado No. 110016000000-2019-00554
Luis Guillermo Gómez Atehortúa
Luis Javier Vélez Duque

Interesado	Actividades aceptadas	Patrimonio neto	Ingresos Operacionales	Cierres Financieros	
China Three Gorges Corporation	Acreditó	Acreditó	Acreditó	Acreditó	Sí
Consorcio Internacional Ituango	Acreditó	No Acreditó	No Acreditó	No Acreditó	No
Consorcio Kepco	Acreditó	Acreditó	Acreditó	Acreditó	Sí
Construcoes e Comercio Carmago Correa SA	Acreditó	Acreditó	Acreditó	Acreditó	Sí
Constructora Andrade Gutiérrez SA	Acreditó	Acreditó	Acreditó	Acreditó	Sí
Constructora Norberto Odebrecht SA	Acreditó	Acreditó	Acreditó	No Acreditó	No
Electrobras SA	Acreditó	Acreditó	Acreditó	Acreditó	Sí
EPM ESP	Acreditó	Acreditó	Acreditó	Acreditó	Sí
Consorcio ICA-FCC	Acreditó	No Acreditó	Acreditó	No Acreditó	No
OJSC Power Machines	Acreditó	No Acreditó	Acreditó	No Acreditó	No
Sinohydro Corporation	Acreditó	Acreditó	Acreditó	No Acreditó	No

Basta otear la tabla de evaluación para ratificar lo hasta aquí considerado. Su contenido se vio luego reflejado en la decisión final.

Una razón adicional para descartar la hipótesis fiscal, tiene que ver con la naturaleza del mecanismo de selección por el cual optó en principio HI. Se trata de una subasta no de una licitación. La subasta como mecanismo de evaluación de propuestas y hasta de selección de contratistas, con independencia de si es para subir o para bajar el precio, consiste en una puja dinámica que se desarrolla mediante la presentación verbal, o por lo menos pública, de ofertas, en la cual el precio varía de acuerdo con el que van postulando libremente los oferentes, hasta que ningún otro participante presente precio diferente al

último ofrecido²⁵. Dada la naturaleza del mecanismo de selección, resulta lógico y coherente que previamente se elija a los interesados en pujar, simplemente verificando la satisfacción de requisitos legales, técnicos y financieros, sin asignarles puntaje alguno. La razón de esa evaluación inicial es la de habilitar la participación de interesados en igualdad de condiciones en una puja que eventualmente podría ganar cualquiera de ellos. Así lo explicó con suma claridad en el juicio la abogada María Isabel Vanegas Arias, asesora de HI, cuando señaló que *“La preselección no tenía orden de prelación, todas las empresas estaban en condiciones de igualdad porque habilitaron teniendo requisitos, no necesitaban demostrar más requisitos o habilidades... Cualquiera de ellas quedaba técnica, administrativa y financieramente habilitada para ejecutar el contrato...el inversionista se iba a seleccionar con base en el que diera las mejores condiciones de financiación del proyecto²⁶”*. Es más, en alguno de los apartes de su declaración señaló que ese era el objeto de la subasta y que hasta donde se adelantó el proceso podría introducirse los nombres de los precalificados en una bolsa y escoger a cualquiera para que ejecutara el contrato, pues todos estaban habilitados para hacerlo. La explicación, en criterio del Tribunal aparece lógica, pues de haber sido como lo afirma la fiscalía, no habría necesidad de subasta, simplemente el contrato tendría que celebrarse con el primer precalificado de la lista, trámite que se asemeja más al de una licitación que al de una subasta.

Conforme con lo hasta aquí discurrido, no se demostró por la fiscalía que la precalificación que hiciera la firma Prieto & Carrizosa, por encargo de HI, contuviera un listado en orden de prelación o calificación de los preseleccionados. Las razones son: Primera, el objeto de la evaluación no era el de seleccionar al contratista, ella se limitó a verificar si los interesados acreditaban o no el cumplimiento de requisitos técnicos y financieros para ejecutar el proyecto, sin asignar puntaje alguno a cada uno de esos ítems; segunda, la subasta como modalidad de selección, no exigía una calificación como lo sugiere la fiscalía, pues cualquiera de las firmas precalificadas estaba en condición de pujar de mejor manera para alcanzar el contrato; y tercera, que no por simple deja de ser contundente, dentro del documento que contiene la evaluación se afirma que la lista se dio en orden alfabético, así este no haya sido absolutamente riguroso, eso fue lo quiso hacerse.

²⁵ ¿Hay ventajas en el mecanismo de subasta para la contratación pública en Colombia?, Mónica Safar. Revista digital de Derecho Administrativo, Universidad Externado de Colombia, junio de 2016.

²⁶ Registro 49 del juicio oral y público, entre minuto 25 y 34

16. La anterior conclusión resulta de una importancia superlativa. Deja sin sustento jurídico la hipótesis que sugiere el desconocimiento por parte de HI del artículo 26 de la Resolución 005 de 2003, su estatuto de contratación vigente al momento del inicio del proceso de Invitación Pública a Precalificar y hasta después de suspendido. En efecto, la norma imponía ante ofertas plurales el respeto del orden de prelación en caso de decidir contratar directamente. Luego, sin un orden de prelación la norma se hace inaplicable y, como consecuencia lógica, no puede afirmarse su desconocimiento o violación. Más adelante se discurrirá acerca de la imposibilidad de hablar de un número plural de ofertas.

17. Siguiendo con los reparos de la fiscalía, el segundo de ellos se funda en la supuesta imposibilidad de suspender el proceso de invitación pública a precalificar, pues ya se habían publicado unos prepliegos. Esta afirmación no admite el carácter categórico que le imprime la acusación. Estas las razones:

Revisada la invitación a precalificar, se advierte que, en un escrito anexo a la misma, definido como **Advertencia**, la empresa fue cuidadosa en expresar:

Hidroituango se reserva el derecho de suspender o terminar el proceso en cualquier momento sin que, por ello, las Partes Excluidas, tengan que reconocer o pagar una indemnización por daño emergente o lucro cesante por causa de responsabilidad precontractual o cualquiera otra...

Ni la información publicada en el cuarto de datos o en la página web de Hidroituango ni ninguna otra información verbal proporcionada (sic) cualquier interesado o a sus asesores servirá de base para alegar, interpretar o concluir sobre la existencia de contrato alguno.

A pesar de que Hidroituango reciba los sobres, no se entenderá que está obligado a adelantar el proceso a adjudicar el proyecto”.

En los anteriores términos la empresa fue clara en advertir que podría ejercer su derecho a dar por terminado el proceso, sin importar la etapa en que se encontrara. No de otra manera pueden entenderse las referencias a la recepción de sobres, fase inicial del proceso, y a etapas muy avanzadas del mismo, como aquella en que se daba acceso a los interesados al cuarto de datos.

En coherencia con lo anterior, en el cuerpo de la invitación a precalificar, en su Capítulo II, numeral 2.1 señala como objeto de la invitación, el siguiente: “*Hidroituango invita a*

*los interesados a presentar una solicitud de precalificación y demás documentos exigidos en la presente Invitación a Precalificar con el fin de participar en el proceso de selección que **podrá** adelantar Hidroituango para adjudicar los contratos del proyecto. En caso de que Hidroituango decida dar curso al Proceso, publicará y comunicará a quienes resulten Precalificados unos prepliegos contentivos de la propuesta de Hidroituango de las condiciones de la adjudicación del proyecto y de las versiones iniciales de los Contratos del Proyecto con la finalidad de recibir comentarios de los Precalificados. Una vez recibidos comentarios a los prepliegos, Hidroituango publicará los Términos de Referencia Definitivos así como las versiones finales de los Contratos del Proyecto. La presente Invitación a Precalificar tiene por finalidad dar a conocer los términos y condiciones en los cuales los interesados podrán presentar la Solicitud de Precalificación y resultar Precalificados”.*

Hasta aquí, se advierte de la norma trascrita, que siempre deja a la empresa la posibilidad de agotar o no el proceso. No de otra manera puede entenderse que haga énfasis en que PODRÁ adelantar la selección.

Ahora bien, la fiscalía invoca el contenido restante de la norma para inferir que la culminación del proceso se hacía obligatoria después de la publicación de los prepliegos. Sin embargo, acerca de la estructura del proceso fue clara la abogada María Isabel Vanegas Arias, asesora de HI cuando en declaración jurada expuso: “*La empresa, obtenidos esos precalificados tiene que decidir si avanza o no el proceso de subasta, hay una fase interna de preparación de documentos de la subasta. Se empezó a trabajar con Prieto & Carrizosa en ese aspecto. Desde la invitación pública a precalificar Hidroituango anunció que no estaría obligada a dar curso a la segunda fase, no habría en ningún caso lugar a indemnización o reclamación de parte de los precalificados...sería una decisión autónoma... usted viene y precalifica bajo su riesgo...trabajaban con la intención de presentar unos prepliegos, era un borrador, con el fin de evitar que al abrir la subasta empezara esa fase eterna de solicitud de aclaraciones...la idea es que todas esas solicitudes recayeran sobre los prepliegos para que de esa manera Hidroituango pudiera evaluar cómo abriría la subasta...esos prepliegos se montaron un par de horas...los prepliegos eran previos a la decisión de abrir la subasta...era dar un derrotero para una fase exploratoria en la que los interesados evaluaran como veían una participación en el proceso...la subasta no se abrió...el momento de la subasta nacía en el momento en que la empresa tocara la campana, abriendo la subasta, eso jamás sucedió... no se publicó un cronograma, ni el procedimiento con sus etapas... (los*

*prepliegos) era un documento oficial informativo*²⁷”. Lo expuesto por la asesora se ve ratificado en el texto mismo de la invitación cuando define el concepto de Términos de Referencia Definitivos como *los términos de condiciones del proceso que podrá adoptar Hidroituango para regular el proceso y adjudicar los contratos del Proyecto*²⁸. Los prepliegos forman parte de esa primera etapa que debía agotarse antes de decidir si se seguía o no con el proceso. Adicionalmente si tal como lo mencionó la asesora, la invitación a precalificar no tenía dispuesto cuál sería el procedimiento y cronograma posterior a su culminación, cómo afirmar sin temor a equivocarse que la subasta se inició. Ese era el objeto del trabajo a que se dedicaba el grupo de asesores al que pertenecía la declarante, esto es, determinar cuál sería el trámite de la segunda etapa del proceso. No puede olvidarse que esa misma asesora explicó al inicio de su declaración que la firma de abogados recomendó un concurso a dos vueltas con etapas completamente independientes, la primera de las cuales culminaría con la expedición y publicación de los Términos de Referencia Definitivos, última de las actuaciones reguladas en la invitación. Parece lógico que esa segunda etapa naciera con la publicación de esos Términos de Referencia Definitivos, todo el trámite precedente ha de entenderse en sana lógica como preparatorio de la segunda etapa, la de subasta stricto sensu.

Adicional a lo acabado de exponer, revisados otros documentos de la invitación, puede advertirse que la facultad que se reservó la empresa abarca o involucra etapas aún posteriores a esa publicación de los prepliegos. Así por ejemplo, el Anexo No. 1²⁹, denominado Acuerdo Precontractual, que se suscribiría por los interesados con posterioridad a la publicación de los prepliegos, se advierte en párrafo segundo del folio 4 que el precalificado que habrá de suscribir dicho acuerdo reconoce que “...*como se mencionó previamente, Hidroituango se reserva el derecho de terminar el Proceso en cualquier momento cuando se verifiquen las condiciones previstas en la Invitación a Precalificar o en los Términos de Referencia Definitivos sin que por ello las Partes Excluidas tengan que reconocernos o pagarnos una indemnización por daño emergente o lucro cesante por causa del presente acuerdo precontractual o cualquiera otra...*”. Queda claro que se invoca, una vez más, el derecho de la empresa convocante a dar por terminado el proceso en cualquier momento, incluso hace referencia a etapas muy avanzadas del mismo como aquellas posteriores a la publicación de los prepliegos. No de otra manera puede interpretarse la mención a los Términos de Referencia Definitivos que

²⁷ Reg 49 del juicio oral y público entre los minutos 34 y 44

²⁸ Prueba 93 de la fiscalía folio 8

²⁹ Prueba 93 de la Fiscalía folio 19

surgen después de la publicación de los prepliegos e inmediatamente después de atender las observaciones que los interesados formulen a ellos.

Para ahondar en razones, cabe preguntarse si el reservarse el derecho a dar por terminado el proceso, sin consideración a la fase por la que transitara, violentó alguna norma o principio. En opinión del Tribunal la respuesta ha de ser negativa. La razón tiene que ver con que el juicio sobre un tal proceder no puede abandonar el ámbito del derecho privado, ni del concepto de autonomía de la voluntad que rigen la actividad de contratación de la sociedad. Más claro, el contratante está facultado para regular la relación contractual de la manera que considere más adecuada y acorde a la satisfacción del objeto que pretende conseguir. En ese ejercicio, garantiza el principio de transparencia al que remiten las normas de contratación, cuando advierte a los interesados que esa posibilidad siempre estará latente. Tampoco puede afirmarse que se crearon falsas expectativas a los interesados. La advertencia, como su significado lo indica fue previa a la iniciación del proceso, luego, quienes presentaron los sobres para ser precalificados lo hicieron estando enterados de que podría culminar anticipadamente. Evidencia de esa intelección, la constituye la ausencia de reclamación judicial o siquiera informal por parte de los precalificados, que muestre su inconformidad por la suspensión y terminación del proceso.

En el orden de ideas en que se discurre, aun aceptando que del texto del numeral 2.1 de la Invitación Pública Internacional a Precalificar, podría desprenderse que una vez publicados los prepliegos el proceso debía culminarse, no puede desconocerse que existen otros apartes de la misma invitación que reconocen la facultad a HI de dar por terminado el proceso anticipadamente, *en cualquier momento*, aún después de superada aquella etapa. En esas condiciones, no puede sostenerse categóricamente, como lo hace la fiscalía que la suspensión del proceso desconoció las normas del contrato o las normas del proceso contractual y mucho menos el principio de transparencia. En su lugar, queda claro para el Tribunal, que el proceder de HI, estuvo avalado por el principio de autonomía de la voluntad, coherente con el régimen de derecho privado al que estaba sometida la actividad, que en manera alguna le impedía contemplar esa posibilidad, siempre que se procediera con transparencia, como en efecto aconteció.

En conclusión, no puede afirmarse categóricamente que HI tuviera prohibido, primero estipular y luego ejercer, la facultad de suspender en cualquier momento el proceso de invitación pública a precalificar, razón por la cual esta decisión no puede ser calificada de irregular o ilegal.

18. Criticó la fiscalía que en la sentencia recurrida no se haya hecho mención a la modificación o reforma al estatuto de contratación de HI, que en su opinión estuvo dirigido a eliminar cualquier escollo para la contratación directa con EPM.

Al respecto, tal como se examinara atrás, el estatuto contractual de la empresa para el momento en que se dio inicio a la Invitación Pública Internacional a Precalificar, fue la Resolución 005 de 2003. Dicha normativa fue modificada con el Acuerdo 009 del 24 de noviembre de 2010. Confrontados los dos textos, se observa que, en efecto, el artículo 26 del primero de los estatutos que regulaba las condiciones de la contratación directa, fue modificado por el artículo 19 del segundo régimen. La modificación consistió en suprimir los incisos segundo y tercero de la norma primigenia.

Para mostrar gráficamente lo acabado de expresar, se transcribirá el texto completo dejando en color azul el aparte suprimido:

***Negociación directa.** Se podrá realizar negociación directa cuando existiendo una sola oferta elegible se considere que se pueden obtener mejores condiciones comerciales. En estos eventos no podrá haber cambios sustanciales de las condiciones técnicas.*

En los contratos de asociación a riesgo compartido u otros de colaboración empresarial, cuando la invitación a asociarse es plural, puede negociarse directamente con los oferentes, atendiendo el orden de elegibilidad, agotándolo hasta donde la HIDROELÉCTRICA PESCADERO ITUANGO SA ESP lo considere conveniente.

En los contratos de seguros, corretaje de seguros, transporte nacional e internacional de carga, agenciamiento aduanero, servicios aduaneros y demás servicios relacionados con la logística de la distribución física internacional, se podrá negociar con el mejor proponente las condiciones del contrato.

El aparte suprimido a la norma, que invoca la fiscalía como aplicable al asunto, no tiene esta calidad. La razón tiene que ver, una vez más, con la ausencia en el *sub examine* de un orden de elegibilidad. La precalificación no lo estableció. Esta es una conclusión categórica, de acuerdo a lo demostrado atrás. Luego, sin orden de elegibilidad no hay deber incumplido.

Ligado a lo anterior, resulta relevante concluir que hasta el momento de la suspensión del proceso ni siquiera podía hablarse, en estricto sentido, de la existencia de una pluralidad de ofertas. Hasta ahora se tenía un número plural de interesados en ofertar, que sólo adquirirían la calidad de verdaderos oferentes con posterioridad a la expedición de los Términos de Referencia Definitivos y una vez supieran que podrían ajustar sus

competencias a aquellos. Hasta tanto, no pasaron de ser simples interesados en participar. Esto en alusión al presunto desconocimiento del artículo 26 de la Resolución 005 de 2003.

Adicionalmente, revisada la regulación de las modalidades de selección en ambos ordenamientos, se aprecia lo siguiente: En la Resolución 005 de 2003, el artículo 18 se ocupaba del tema, disponiendo que *Para la selección de contratista se acudirá a la solicitud privada o pública de ofertas o cotizaciones, las que se formularán según las normas que se establecen a continuación.* En el artículo 19 regulaba la solicitud de una oferta limitándose a señalar que *Se podrá solicitar una oferta o cotización cuando se trate de ... 19.9 Los contratos que hayan de celebrarse con entidades estatales ...*

Por su parte, el acuerdo 009 de 2010, al ocuparse del mismo tema en su artículo 13 disponía que *Se podrá contratar directamente o solicitar una oferta o cotización, cuando se trate de contratos que no superen los 50 smlmv y sin limitación a la cuantía cuando se trate de... 10. Los contratos que hayan de celebrarse con entidades estatales...*

Es claro que en el acuerdo de 2010 se adicionó la referencia a contratación directa cuando se exija una solicitud privada de una oferta. Empero, cabe preguntarse si esa adición posee alguna relevancia. En efecto, entre solicitud de una oferta y contratación directa los estatutos bajo análisis no consagran una diferencia sustancial o adjetiva. Lo cierto es que cuando la contratación es con una entidad de naturaleza pública, como lo son las empresas protagonistas de esta actuación, las exigencias formales desaparecen. Se insiste, la norma no establece una forma específica e ineludible de agotar el trámite de contratación cuando aparece viable la solicitud privada de una oferta. Lo anterior permite concluir sin riesgo de equivocarse que bajo la vigencia de un estatuto u otro la posibilidad de contratar con un ente público sin mayores formas es la misma. Así, el reparo de la fiscalía no aparece claro.

Al margen de lo anterior, también parece oportuno preguntarse si acudir a la modificación de los estatutos contractuales de la empresa, con el fin de hacer más expedita la actividad, resulta ilegal o contrario a los principios de la función pública. En sentir del Tribunal la respuesta debe ser negativa. Las razones, no por simples dejan de ser contundentes. Primera, la Constitución y el legislador, quisieron que las empresas de servicios públicos con capital estatal estuvieran en condiciones de competir eficientemente con las privadas en ese específico mercado; segunda, para el efecto, les asignaron un régimen de contratación propio del derecho privado, libre de las formalidades extremas del estatuto

de contratación estatal; tercera, en ese contexto, no es lógico que estas empresas se autoimpongan restricciones a la actividad contractual que les es propia, restricciones que signifiquen un retorno al sistema público del que fueron excluidas justificadamente por el constituyente y el legislador; cuarta, lo anterior significa que, si en un momento determinado, bajo una óptica equivocada se acuerda un estatuto de contratación que, dadas sus formalidades exageradas resulta inconveniente en la medida en que ubica a la empresa en condiciones de inferioridad en el mercado, nada impide que se modifique con una reglamentación más acorde al régimen de derecho privado que les es oponible.

Bajo las anteriores pautas y criterios ha de examinarse la potestad de las empresas de servicios públicos de autoregular su actividad contractual a través de la emisión y, cuando sea necesario, modificación de sus estatutos de contratación. Lo anterior, sin dejar de lado que, en este preciso asunto, la modificación que invoca la fiscalía como ilegal, carece de tal condición y además resulta insustancial para el caso, por las razones acabadas de exponer.

19. Hasta aquí, queda claro, primero, que la lista de preclasificados no establecía un orden de elegibilidad que impidiera contratar con EPM; segundo, que EPM formaba parte de esa lista por haber acreditado los requisitos legales, técnicos y financieros necesarios para adelantar el proyecto; tercero, que HI, en la Invitación Pública a Precalificar se reservó el derecho a dar por terminado el proceso de forma anticipada, sin que ello generara a los interesados derecho alguno a reclamar; y cuarto, que en los estatutos de contratación de HI que estuvieron vigentes a lo largo del proceso estaba permitido contratar directamente con un ente estatal.

Es en este preciso contexto dentro del cual han de evaluarse los demás reparos que postula la inconforme.

20. La fiscalía criticó que se haya adelantado paralelamente un proceso de contratación por vía de subasta y otro de contratación directa con uno de los participantes en ella. En sustento de su afirmación, invoca el criterio que se dice expuesto por la firma Prieto&Carrizosa en el sentido de que por ese trámite simultáneo internacionalmente podría cuestionarse la seriedad del proceso.

Al respecto, es cierto que la firma en mención, Prieto&Carrizosa, expresó su opinión acerca de lo que podría representar ese trámite simultáneo, afirmando que podría verse

como poco serio ante la comunidad internacional. Sin embargo, no es irrelevante que la firma BNP Paribas, banca de inversión que asesoraba a HI, no considerara siquiera poco serio un tal proceder, sino que en su lugar decidiera acompañar el proceso hasta el final, incluida por supuesto la etapa de contratación directa. Cabe preguntarse si un tal proceder admite el calificativo de ilegal o desconocedor de alguno de los principios que rigen la actividad pública, esto, por supuesto, en el preciso y particular contexto en que se presentó la situación. La respuesta en criterio del Tribunal ha de ser negativa. En favor de esta postura actúa también el hecho de que ninguno de los interesados reclamó judicial o extrajudicialmente por un tal proceder. Así, la fiscalía otorgó un carácter categórico a lo que fue una opinión que aparece claramente discutible.

Ahora bien, se demostró la opinión de Prieto& Carrizosa sobre la simultaneidad de los trámites, no su oposición fundada a la contratación directa. De ello no hay evidencia en la actuación.

Dijo la inconforme que la banca de inversión BNP Paribas se opuso a la contratación directa, afirmación que también carece de sustento probatorio. LO que se infiere del acta de 110 de la Junta Directiva de HI, del 28 de abril de 2010³⁰, es que el cambio del contrato tenía como razón de ser que su objeto inicial era el de establecer un mecanismo que permitiera sondear el mercado internacional, objeto que claramente se cumpliría con la invitación y posterior subasta; al entrar en discusión la posibilidad de contratar directamente con EPM, ese objeto tendría que modificarse. Lo anterior se infiere claramente del tenor de la intervención del gerente Gómez Atehortúa en aquel escenario societario en los siguientes términos:

El doctor Luis Guillermo Gómez acota que al interior de la administración han venido trabajando a profundidad sobre las diferentes aristas del proceso y puede afirmar que desde el punto de vista jurídico tienen un conocimiento suficientemente amplio, al igual que desde el punto de vista técnico y financiero, lo que les permite tener una posición jurídica muy clara de la empresa frente a la participación de un tercero en el proyecto. Por consiguiente, considera que no requerirían acudir a la banca de inversión para adelantar una negociación directa. Que se ve forzada la modificación del contrato que en la actualidad se tiene con el BNP, así como las aspiraciones económicas que han manifestado para participar en este tipo de negociación: una participación del 0.60% sobre el valor presente neto que pueda recibir la compañía. En el sentir del señor gerente no tiene presentación para el tipo de gestión que en este último caso realizarían.

³⁰ Prueba 72

Expresa del doctor Álvaro Vásquez que por la naturaleza pública de las entidades que intervienen, el aporte positivo que aprecia de una eventual participación de la banca de inversión, es el de avalar las cifras que sustenten un posible acuerdo...
Agrega el doctor Luis Guillermo que el conocimiento y aval de la valoración ya lo han presentado..."

El tenor de la discusión suscitada al interior de la Junta, deja sin piso la afirmación de la fiscalía. Allí se vislumbra que el motivo del cambio de objeto del contrato no es ninguna inconformidad de la banca de inversión con la modalidad de contratación por la que optaron. Simplemente su asesoría estaría orientada en una dirección distinta a la inicialmente acordada, mutación que en sentir de esa banca de inversión debía verse reflejada y valorada en el contrato. Ratifica esta intelección del asunto, el acompañamiento que hizo BNP Paribas al proceso de contratación directa hasta el final, incluso cuando se dio paso a las negociaciones y representó a HI ante los otras bancas de inversión contratadas en respeto del principio de transparencia, que constituyeron lo que se llamó la “muralla china” a fin de garantizar la salvaguarda de los intereses de HI.

21. Siguiendo con el mismo reparo, La fiscalía, expresó que desde el principio la intención de HI fue contratar directamente con EPM. En esas condiciones, en su opinión no debió iniciarse el proceso de invitación pública a precalificar, sino acudir como primera opción a la contratación directa. En sentir del Tribunal ninguna prueba de las recaudadas en el juicio respalda esa afirmación. Se demostró que esa fue una posibilidad que apareció durante el proceso y se fue concretando en la medida en que se pudo establecer la viabilidad del proyecto, el interés que despertaba en el mercado internacional y la presión política que cuestionaba la contratación de una firma extranjera, con las consecuencias que ello comportaba. Así se puede advertir del contenido de las actas de reunión de la Junta directiva de las sociedades involucradas en el asunto. Veamos:

21.1 En acta 1506 de reunión de Junta Directiva de EPM realizada el 4 de agosto de 2009³¹, en el capítulo 5 correspondiente a Temas de Gerencia General, se afirmó: “A continuación, por solicitud del señor alcalde, el gerente general informa sobre los avances de la sociedad Ituango SA ESP. Comunica que en la última junta directiva se decidió concesionar el proyecto en la modalidad Build, Operat, Maintain and Transfer-BOMT, es decir, construir, operar, mantener y luego transferir. Se tiene prevista la presentación de las propuestas en el primer trimestre del año 2010. EPM tiene interés en

³¹ Prueba 7 de la fiscalía

participar en dicho proceso. Indica que si el proceso no es exitoso, la sociedad empezará a requerir recursos importantes de capital”.

Luego en reunión de Junta Directiva de la misma empresa, plasmada en acta 1511 del 1 de diciembre de 2009³², en el capítulo 4, Temas de Gerencia General, se informó: *“En cuanto al proyecto Ituango, informa que se publicó una convocatoria pública internacional para precalificación de los interesados en participar en la construcción del proyecto, previo el cumplimiento de unos requisitos mínimos, antes del 18 de diciembre de 2009. EPM trabaja en la elaboración de una oferta competitiva, con la posible constitución de una sociedad en zona franca con participación de un constructor una entidad financiera y una empresa de aluminio”.*

Con posterioridad en reunión de esa misma junta directiva, cuyo contenido está reflejado en el acta 1513 del 2 de febrero de 2010³³, la gerencia informó que ya se había cerrado la invitación pública a precalificar, se presentaron 11 interesados, entre ellos EPM que trabaja en la elaboración de la propuesta.

En el acta número 1517 del 13 de abril de 2010³⁴ la gerencia puso en conocimiento de la junta que aún no se habían suministrado los diseños definitivos de la obra en Ituango, que se avanzaba en la elaboración del proyecto y las contrataciones que se habían realizado para cumplir tal cometido.

El contenido de las actas hasta aquí examinadas ningún respaldo ofrece a la hipótesis de la fiscalía. Ellas reflejan momentos previos, coetáneos y posteriores a la apertura de la invitación pública a precalificar (17/11/2009), en los que la empresa concentraba sus esfuerzos en la construcción de una propuesta que resultara competitiva, sin que se vislumbre el acuerdo a que hace alusión la parte inconforme.

Fue solo hasta la reunión del 4 de mayo de 2010, cuyo contenido se plasmó en el acta 1518³⁵, donde la gerencia informó a la junta acerca de las conversaciones sostenidas con autoridades del departamento de Antioquia, del IDEA, para contemplar la posibilidad de que fuera EPM quien ejecutara el proyecto. En esa misma reunión se hizo referencia a un

³² Prueba 8 de la fiscalía

³³ Prueba 9

³⁴ Prueba 10

³⁵ Prueba 11

acuerdo de confidencialidad que impedía acudir a la citación realizada por el Concejo de Medellín a fin de ofrecer explicaciones sobre el tema.

En actas posteriores de reuniones de junta de EPM ya se discutió abiertamente esa opción, precisando siempre la existencia de cláusulas de confidencialidad que debían ser garantizadas, hasta culminar con los acuerdos de voluntades suscritos de manera previa a la celebración del contrato.

21.2 De otro lado, se allegaron a la actuación como prueba documental de la fiscalía algunas actas de reunión de la junta directiva del IDEA, revisadas las cuales resulta de interés destacar que en la sesión ordinaria 014 del 21 de octubre de 2009, es decir, poco antes de dar inicio a la invitación, en el aparte de asuntos de gerencia, se dijo sobre el proyecto lo siguiente: *“Adicionalmente informa sobre el avance del proceso para la selección del inversionista que ejecute el proyecto hidroeléctrico Pescadero Ituango, resaltando que después de analizar los diferentes esquemas jurídicos de las propuestas, se convino que el mejor esquema es el BOMT básico, por lo tanto se volvió al mismo”*³⁶.

Luego, en sesión ordinaria 015 del 25 de noviembre de 2009³⁷, justo después de abierta la invitación, se informó a la junta sobre el avance del proceso de selección del inversionista extranjero, exponiendo que se conocía del interés en participar de 22 empresas, además de otras informaciones, sin que se hiciera mención de algún interés en contratar directamente con EPM. Es más, a lo largo del informe se hizo referencia a contratistas extranjeros. Un contenido semejante tienen las actas de las sesiones 016 celebrada el 17 de diciembre de 2009³⁸ y 017 del 27 de enero de 2010³⁹.

En el acta 002 de 2010, del 24 de febrero de ese año⁴⁰, se informó quienes fueron precalificados y la inquietud de dos de ellos, el Consorcio Kepco y Electrobras, por la participación de EPM, dado el conocimiento que tenía de todo el proceso.

Hasta aquí emerge con claridad la condición de EPM como participante de la invitación. Esta situación sufre algún cambio en la sesión 005 del 31 de mayo de 2010⁴¹, cuando el gerente del IDEA informó *“...sobre las presiones que se han recibido para que EPM sea*

³⁶ Prueba 38 de la fiscalía

³⁷ Prueba 39

³⁸ Prueba 40

³⁹ Prueba 41

⁴⁰ Prueba 42

⁴¹ Prueba 45

quien ejecute el proyecto” agregando que “se viene avanzando en un proceso de negociación con dicha entidad. Señala que las conversaciones iniciaron desde el 29 de diciembre de 2009”. Mas adelante agregó que “Finalmente señala que una vez EPM y el IDEA se pongan de acuerdo frente a los términos de una eventual negociación, esta se dará a conocer a los miembros de la junta directiva y en consecuencia, se solicitará a la sociedad Hidroeléctrica Ituango la suspensión del proceso de subasta...”.

Finalmente, en sesión del 17 de junio de 2010⁴², se informó a la junta que *“en desarrollo del período de negociación directa con EPM y basado en la voluntad de la junta directiva del IDEA de permitir la posibilidad de explorar nuevas alternativas al proceso de subasta, en su sesión del día 9 de junio de 2010, la junta directiva de Hidroituango decidió por unanimidad suspender dicho proceso, el cual como se recuerda inició igualmente por la voluntad unánime de la junta directiva de la sociedad”.*

Se insiste, queda claro que las conversaciones partieron después de abrir la invitación.

21.3 La evolución del asunto y sus discusiones se vieron de alguna manera reflejados en las actas de reunión de la junta directiva de HI. Veamos:

En el acta 99 de la reunión realizada el 24 de junio de 2009⁴³, se trató lo relacionado con la contratación de la banca de inversión BNP Paribas, seleccionada entre 3 firmas y quienes recomendaron la contratación de Prieto & Carrizosa. En esa acta el representante de EPM expuso el interés de la empresa de participar en el proceso de subasta e incluso dejó ver su preocupación por posibles inhabilidades, dada su calidad de accionista.

En las actas siguientes puede advertirse el interés de la empresa por examinar un plan B en caso de que la subasta no funcione, así como contactos con firmas extranjeras que ofrecen algunas alternativas a la contratación del proyecto⁴⁴.

En el acta 108 del 24 de febrero de 2010⁴⁵, se hizo referencia a los precalificados incluido, por supuesto EPM. Nada se discutió sobre la posibilidad de contratar directamente con esa firma.

⁴² Prueba 46

⁴³ Prueba 63

⁴⁴ Pruebas 64, 65 y 66

⁴⁵ Prueba 70

Es solo en el acta 110 del 28 de abril de 2010⁴⁶, donde se observa una mención del asunto que interesa, realizada en la oportunidad de proposiciones y varios, por Juan Gonzalo Álvarez en los siguientes términos: *“por recomendación de los asesores externos del proceso y ante las manifestaciones de algunos de los precalificados para el proceso de subasta sobre la posible negociación directa entre EPM y el IDEA, se propone presentar en los prepliegos que están próximos a publicarse, la manifestación expresa de que a partir de esta publicación no habrá negociación directa entre estas dos entidades”*. Se dice en el acta que la anterior propuesta fue discutida ampliamente, aunque no se anuncia su aprobación, culminando con la propuesta de Álvaro Vásquez de suspender la junta para que en una próxima se decidiera la suspensión o continuación del proceso de subasta, propuesta aprobada. En la continuación de dicha reunión, se evaluó la inconveniencia de que se surtieran simultáneamente la invitación y las conversaciones con EPM, considerando la necesidad de suspender el primero de aquellos procesos. Se destaca la conveniencia de la contratación directa dado el conocimiento que posee EPM de la hidroeléctrica y del negocio. Se infiere del contenido del acta la preocupación que asistía a los miembros de la junta de terminar inmediatamente el proceso sin haber alcanzado un acuerdo con EPM, razón por la cual decidieron que se continuara con el trámite de negociación directa que, en caso de concretarse, se tomarían las decisiones a que hubiere lugar.

21.4 Hasta aquí, no es claro que la negociación directa se haya decidido desde antes de iniciar la Invitación Pública Internacional a Precalificar, como lo señala la fiscalía. A lo sumo apareció durante este proceso y las razones de una tal decisión se fueron discutiendo abiertamente en las reuniones de las juntas directivas de las empresas involucradas, sin que se advierta como razón de las mismas la intención espuria de beneficiar de manera irregular a alguien. Puede inferirse que las circunstancias fueron llevando en esa dirección. En ese orden de ideas resulta obligado descartar un proceder doloso durante estos trámites previos a la firma del contrato.

22. Ligado al reparo que se viene analizando esta la afirmación de la fiscalía en el sentido de que esas conversaciones entre EPM y el IDEA, paralelas al proceso de invitación a precalificar violan la prohibición contenida en el artículo 34 de la ley 142 de 1994, por adecuarse particularmente al contenido de su numeral 34.4 cuyo tenor es el siguiente:

⁴⁶ Prueba 72

ARTÍCULO 34. PROHIBICIÓN DE PRÁCTICAS DISCRIMINATORIAS, ABUSIVAS O RESTRICTIVAS. *Las empresas de servicios públicos, en todos sus actos y contratos, deben evitar privilegios y discriminaciones injustificados, y abstenerse de toda práctica que tenga la capacidad, el propósito o el efecto de generar competencia desleal o de restringir en forma indebida la competencia.*

Se consideran restricciones indebidas a la competencia, entre otras, las siguientes: ...

34.4. Cualquier clase de acuerdo con eventuales opositores o competidores durante el trámite de cualquier acto o contrato en el que deba haber citaciones al público o a eventuales competidores, y que tenga como propósito o como efecto modificar el resultado que se habría obtenido en plena competencia; ...

22.1 Al respecto, el Tribunal ha de insistir en delimitar el contexto en que se dieron esas conversaciones simultáneas y que fueron expuestos en aparte previo de esta providencia, esto es, la expectativa de suscribir un contrato atípico de una complejidad extrema, la ausencia de un orden de elegibilidad resultado de la precalificación, el derecho a suspender el proceso y la posibilidad legítima y latente de contratar directamente. Esas circunstancias ponen en seria duda el carácter injustificado de aquellas conversaciones, elemento que de manera expresa exige la norma cuya violación invoca la fiscalía inconforme. Además, debe destacarse el manejo que le dio la Junta Directiva de HI al asunto, esto es, se abordó la discusión en su interior y cuando se decidió suspender el proceso se explicaron con transparencia las razones de lo decidido. El tenor de la comunicación pública sobre el particular, cuyo contenido se discutió y aprobó en sesión 111 del 9 de junio de 2010, es el siguiente:

“El gerente general de la Hidroeléctrica Ituango informa a la opinión pública y a los interesados en el proceso de selección de inversionista para la financiación, construcción, operación y mantenimiento de la Hidroeléctrica Ituango, que la junta directiva de la sociedad autorizó por unanimidad en su sesión del 9 de junio de 2010, la suspensión de la iniciación del proceso de subasta que se había aprobado por unanimidad y del cual se ha tenido amplia difusión por los medios de comunicación.

La suspensión se sustenta en la decisión de la sociedad y sus accionistas mayoritarios (IDEA y el Departamento) de explorar conjuntamente con Empresas Públicas de Medellín ESP alternativas al proceso de subasta que permitan la conclusión del negocio en los mejores términos, plazo y condiciones para Hidroituango, sus socios y para las comunidades a las que estos representan.

En fecha posterior se dará aviso de las nuevas decisiones o circunstancias que se presenten en el desenvolvimiento de esta exploración”.

Del texto del comunicado puede concluirse que la información fue sincera y expuso las reales razones de la suspensión, con lo cual el principio de transparencia, tal como se

analizara atrás, fue salvaguardado. Más claro, no se inventaron razones para justificar la decisión que se comunicaba a los interesados.

En el orden de ideas en que se discurre, puede concluirse que las conversaciones paralelas al proceso de invitación pública, no respondieron a un acto caprichoso, premeditado o dirigido a favorecer injustificadamente a alguien. Se insiste, el contenido de las actas que se han examinado a lo largo de este aparte, demuestra que la intención inicial de EPM fue la de participar en ese proceso, así lo expuso en distintos escenarios. Fue sobre la marcha que se evaluaron las ventajas que representaba para las empresas contratante y contratista la posible negociación directa, que siempre tenía el riesgo de no concretarse, de allí que no resultara prudente abandonar el proceso de invitación sin tener como muy probable, casi segura, aquella negociación. Fue por ese motivo que primero se suspendió y luego se puso fin al proceso, mediando una información clara de sus razones. Expresado de diferente manera, las circunstancias llevaron a que los hechos se dieran en ese orden. Desde esa perspectiva, en criterio del Tribunal, si bien es cierto un tal proceder podría ajustarse objetivamente a la hipótesis descrita por el legislador en el artículo 34 de la ley 142 de 1994 en los términos invocados por la fiscalía, no menos lo es que no aparece clara su condición de injustificado que la misma norma impone para entenderlo reprochable.

22.2 La justificación del proceder de HI, encuentra respaldo en el contenido de la prueba arrojada por la defensa al juicio. Veamos:

Juan Gonzalo Álvarez Restrepo, quien estuvo al frente de la coordinación de la estructuración financiera del proyecto, explicó que a la invitación pública respondieron más interesados de los que esperaban, que ese proceso iba avanzando sobre la marcha, en el camino iban pensando cómo sería la selección, que existían unos compromisos que los obligaba a empezar a generar energía en el año 2018, condición que demandaba de todo el equipo actuar con agilidad. Explicó además que la subasta comportaba una dificultad importante consistente en que tendrían que sacar un contrato tipo que se pondría a consideración de los interesados, quienes lo evaluarían y plantearían cualquier clase y cantidad de observaciones. El trámite en esas condiciones tomaría más tiempo del deseado, dada la modalidad de la obra. Explicó que esa fue una de las razones que llevaron a suspender la iniciación de la subasta. La alternativa de contratar con EPM era favorable, primero porque cumplía con los requisitos legales, técnicos y financieros; segundo, representaba menores riesgos que una firma extranjera que podría abandonar el proyecto e irse del país ante alguna dificultad o contingencia graves; tercero, se podría acordar que

la ejecución del proyecto se realizara a través de una firma vehículo con el fin de obtener beneficios fiscales que abaratarían los costos, siempre con la garantía que representaba una firma con la experiencia, tradición y seriedad de EPM⁴⁷.

Las anteriores explicaciones coinciden con las ofrecidas por Gabriel Jaime Velásquez Restrepo⁴⁸, Gerente Jurídico del Grupo Empresarial de EPM, quien además añadió sobre la conveniencia de contratar con esta empresa, el beneficio derivado del contrato de estabilidad jurídica que tenía con el Gobierno Nacional que le garantizaba un régimen tributario benéfico. Al respecto, frente al conainterrogatorio de la fiscalía, en el sentido de que ese contrato de estabilidad jurídica se había suscrito respecto de otro proyecto, respondió que este no se tramitaba por proyecto sino en general para cualquier negocio de generación de energía. Esta afirmación no fue desvirtuada por quien conainterrogaba. Además calificó como usual que en estas materias de alta complejidad se abrieran procesos de exploración del mercado que no resultaran vinculantes.

Finalmente, María Isabel Vanegas Arias⁴⁹, sobre lo que se viene tratando, empezó por explicar que como la comisión de regulación del servicio le había asignado al proyecto un cupo de energía en firme, que le garantizaba un comercio y un ingreso económico seguro y considerable, siempre que entrara a generar en noviembre de 2018, se imponía una cierta premura al trámite. Pero además explicó que desde el momento en que se hizo la invitación, el concejo municipal y la asamblea departamental criticaron que se pensara contratar con una empresa extranjera, dando lugar a que los recursos que generara el proyecto fueran aprovechados por economías foráneas⁵⁰; que sobre el particular se hicieron debates en aquellas corporaciones y se hicieron publicaciones de prensa en el mismo sentido, lo que generó un ambiente hostil al proyecto. En su opinión la presión política que se desencadenó tenía como objetivo que los recursos generados por el proyecto quedaran en el país. EPM era la única firma nacional avalada para ejecutarlo.

22.3 Todas estas razones coinciden con las expuestas por el gerente de HI en el comunicado en que dio por terminado el proceso, que fueron señaladas por la fiscalía como generadoras de una falsa motivación, sin consideración alguna al contenido de la

⁴⁷ Reg 58 del juicio de fecha 4/03/2022, después del minuto 26:50

⁴⁸ Reg 51 del juicio de fecha 20/01/2022

⁴⁹ Reg 48 del juicio de fecha 19/01/2022

⁵⁰ A esa presión se hicieron referencia las actas 005 de reunión de la Junta Directiva del IDEA, del 31 de mayo de 2010 y la 1518 de EPM del 4 de mayo de 2010, a las que se hizo referencia en numeral anterior.

prueba. En efecto, en esa oportunidad Luis Guillermo Gómez Atehortúa explicó a las firmas interesadas lo siguiente:

“Como es de su conocimiento, una de las empresas precalificadas fue EPM, única compañía local que cumplió con los requisitos preestablecidos para el efecto, empresa que además posee una participación accionaria en Hidroituango superior al 40%. Lo anterior motivó la reconsideración del proceso y ello, unido a otras circunstancias de carácter regional, llevó a que finalmente no se abriera el proceso de subasta que habíamos contemplado para adjudicar el contrato tipo BOOMT, y, por decisión de los socios de Hidroituango, le corresponderá esta actividad a Empresas Públicas de Medellín”⁵¹.

El contenido de ese comunicado es reflejo de las discusiones plasmadas en las actas de reunión de las juntas directivas de las empresas involucradas en el asunto y no nacen de la imaginación del gerente, se trata de consideraciones reales y objetivas que surgen en el contexto explicado por los declarantes. Ellas eran: i) EPM, en su condición de socia de HI conocía las minucias del proyecto; ii) además conocía la región, sus características geográficas, demográficas, sociológicas, sus vicisitudes de orden público, etcétera; iii) era la única firma nacional interesada en el proyecto y cumplidora de sus condiciones técnicas y financieras, tal como lo había dictaminado Prieto&Carrizosa en el acto de precalificación; iv) si ejecutaba el proyecto se podría acceder a beneficios tributarios que abaratarían los costos; y v) las utilidades por la generación de energía se quedarían en el país, particularmente en las arcas departamentales y locales. Ese cúmulo de razones llevaron a decidir contratar con EPM sociedad de reconocida experiencia, tradición de seriedad y confianza. Se insiste, se trata de razones serias, objetivas y por ello verificables.

22.4 Así las cosas, el trámite parcialmente simultáneo del proceso de Invitación Pública Internacional a Precalificar y las conversaciones entre las firmas socias de HI para que se pudiera acordar una contratación directa, encuentran explicaciones razonables que lo justifican. En ese orden de ideas no es clara la violación del artículo 34 de la ley 142 de 1994 que, se insiste, exige que el comportamiento trasgresor sea injustificado.

22.5 En este aparte se remite el Tribunal a las reflexiones de orden teórico planteadas en este proveído, en particular a las atinentes a la autonomía de la voluntad, en lo relativo a los límites con que ella cuenta, para concluir que de acuerdo con lo evaluado hasta aquí, las sociedades en cuestión, dado el régimen contractual al que estaban sometidas,

⁵¹ Prueba 93 de la fiscalía folio 156

ejercieron de manera legítima la autonomía de la voluntad, sin que ese ejercicio haya violentado de alguna manera el interés general. Por el contrario, todo indica que fue ese interés general el que orientó su proceder. La fiscalía no fue más allá de afirmar, sin demostrar, que todo el procedimiento buscó la satisfacción de intereses particulares, aserto que queda sin sustento probatorio tal como se ha expuesto hasta acá.

23. Dijo la Fiscalía que los criterios esgrimidos por HI como razones para decidir contratar directamente con EPM estuvieron por fuera de los contenidos en la invitación. Esta afirmación resulta falaz por varias razones. La primera, desconoce que la Invitación Pública Internacional a Precalificar exigió unas condiciones mínimas para poder aspirar a contratar el proyecto, exigencias satisfechas cabalmente por EPM. Esa la razón para haber sido precalificado. La segunda, olvida que no se dio inicio a la etapa de subasta, razón por la cual los criterios que determinarían la contratación final no fueron expresados de manera clara y contundente. Estos tendrían que estar contenidos en los Términos de Referencia Definitivos ubicado en una etapa del proceso que no se alcanzó. Acerca de la validez de los motivos finalmente esgrimidos para contratar ya se discurrió en el aparte inmediatamente anterior.

24. La inconforme, para reforzar su argumento, dijo que fue tan irregular la actuación antecedente a la firma del contrato, que la actividad de la hidroeléctrica no pudo iniciar en el plazo inicialmente acordado, noviembre de 2018, lo que generó perjuicios al erario. En criterio del Tribunal, una tal consideración resulta inaceptable. Se trata de un juicio *ex post*, frente a las conductas que se juzgan, que lo hacen impertinente. Equivale a decir, por ejemplo que de haberse contratado con cualquiera de las firmas extranjeras, en los términos en que la fiscalía entiende que debió haberse procedido, esa eventualidad no se habría presentado. Se insiste, se trata de un juicio hipotético que además tiene que ver con la ejecución del contrato y resulta absolutamente extraño al juicio de valor que se erige en objeto de esta actuación.

25. Agregó la censora, de manera genérica, que HI desconoció el Acuerdo de la Ronda de Uruguay, adoptado como norma regulatoria del proceso de Invitación Pública a Precalificar, razón por la cual la invitación debía ser abierta.

Al respecto, hay un par de observaciones por hacer: la primera, tal como se explicara en el capítulo de esta decisión donde se evaluó la congruencia entre la acusación y la solicitud de condena, revisadas la imputación y la acusación se extraña la invocación por parte de

la fiscalía como norma violada, alguna contenida en el Acuerdo Ronda de Uruguay, omisión que en sentir del Tribunal impide adelantar un juicio de reproche con base en ese hecho puntual. Se insiste, por tratarse de un tipo penal en blanco, las normas que complementan su descripción deben estar perfectamente definidas desde aquellos momentos procesales. Ello, en respeto de los derechos al debido proceso y de defensa de los acusados. El Tribunal se remite a las reflexiones plasmadas en ese aparte de este proveído. Esta sería razón suficiente para despachar negativamente la censura. Sin embargo, no es la única.

La segunda, tiene que ver con los argumentos esgrimidos por el Tribunal en el aparte relativo a la posibilidad de contratación directa con entidades públicas, lo que impide invocar la obligatoriedad de una invitación abierta al público. Resulta absurdo y por ello inaceptable pretender cercenar a las empresas de servicios públicos, regidas por el derecho privado, la posibilidad de contratar directamente con entidades públicas, mientras que las entidades que se rigen plenamente por el EGCA (Ley 80 de 1993) sí están facultadas para proceder de esa manera. Se trata de un derecho que asiste a los dos tipos de personas jurídicas.

26. Aseveró la fiscalía que la terminación del contrato con la firma Prieto& Carrizosa tuvo que ver con la decisión de HI de dar por terminada la subasta. Esta afirmación desconoce los antecedentes de esa relación, cuya naturaleza y entidad pueden rastrearse en el contenido del acta 108 de la junta directiva de HI, de fecha 24 de febrero de 2010, donde se discutió lo siguiente (se transcribe in extenso en razón de su importancia)⁵²:

Informa el dr Luis Guillermo Gómez que para la próxima reunión de la junta presentarán el avance económico de esos contratos. Considera que con los abogados de la firma Prieto y Carrizosa se han presentado dificultades porque han tratado de imponer una serie de criterios que a juicio de los abogados de la sociedad, o no son viables o no están dentro del régimen de una sociedad de naturaleza pública como Hidroituango y ha sido muy difícil que los abogados externos acepten acuerdos sobre esos puntos. Esto ha llevado a que, finalmente, se hayan desechado opiniones de ellos que para la administración son inadmisibles, lo que ha provocado un desgaste en el desarrollo del proceso de subasta...

El dr. Wilson Vélez expresa que se han presentado diferencias conceptuales como consecuencia de lo expresado por el dr. Luis Guillermo Gómez, coincide en la fortaleza de Prieto y Carrizosa en procesos de Project Finance y en propiciar mecanismos para facilitar la llegada de los inversionistas pero, a criterios de los abogados de Hidroituango, se aprecia debilidad en la aplicación de normas de derecho público, esenciales para la defensa de los

⁵² Prueba 70 folios 17 y ss

intereses de una sociedad que como Hidroituango tiene más del 99.5% proveniente de entidades públicas. Los abogados de Prieto y Carrizosa han presentado propuestas que desde un principio no han tenido recibo en los abogados de Hidroituango, tales como la propuesta de reforma del objeto social, que provocó el desgaste de la asamblea extraordinaria y dos reuniones con los accionistas, al igual que la propuesta de una sociedad de propósito específico para la zona franca sin la presentación del respaldo jurídico, el acuerdo de accionistas y los estatutos requeridos. Igualmente señala el secretario de la junta, la presentación de diferentes propuestas para la estructuración del proceso de subasta, como la inicial de una estructura clásica de BOOMT, que sucesivamente cambiaron por la de usufructo de acciones, cuentas en participación, negociación competitiva, etc. Todo lo anterior en contravía de los conceptos de los integrantes del equipo jurídico al interior de Hidroituango, que coincidían en que la más conveniente para los intereses de la sociedad era la de concesión privada o BOOMT clásico. Todo esto implicó, además de diferencias conceptuales, un desgaste innecesario en tiempo y en esfuerzos en el desarrollo del proceso de subasta. Agrega que en razón de las normas legales y estatutarias, el líder natural de todo el proceso y quien debe tomar la decisión ante alguna disyuntiva es el gerente de la sociedad y, en varias oportunidades, no se ha tenido esto en cuenta o no ha sido plenamente aceptado por los abogados de Prieto Carrizosa, confundiendo el rol de líder del proceso con el que debe cumplir un asesor, cual es el seguimiento de las directrices del dueño del proceso.

Reitera el dr. Luis Guillermo Gómez que un caso típico de esa actitud es el que se mencionó de la insistencia en la modificación del objeto social de Hidroituango, lo que fue un fracaso, pero que se realizó ante la insistencia de los asesores, a riesgo de tener mayores dificultades con los accionistas y el cumplimiento del cronograma.

Acota el dr. Hugo Mora que... el equipo jurídico debe llevar al gerente propuestas claras previamente discutidas, los asesores deben entender su rol y participación en cada uno de los equipos de trabajo pero quien finalmente toma las decisiones es el gerente de la sociedad.

Señala el dr. Jesús Aristizabal que las anteriores reflexiones deben servir para tomar una decisión, en el sentido de que si la administración no está tranquila con alguien que es su asesor, se le debe cambiar. Por supuesto se deben estudiar las condiciones del contrato y tomar la decisión.

El contenido resaltado, pone de presente el carácter ligero del argumento esgrimido por la inconforme en punto del motivo por el cual terminó la relación contractual entre HI y Prieto&Carrizosa. Si bien, la terminación anticipada del proceso de subasta pudo haber sido motivo, no cabe duda que no fue el único. Esa relación, por lo visto, venía desgastada por un cúmulo de razones. Además, itera la Sala, esa diferencia de criterio entre la sociedad y su asesor no convierte en ilegal el proceder de aquella, tal como se expusiera en aparte previo de esta misma decisión, con mayor razón cuando la banca de inversión que apoyó el proceso avaló la opción de contratación directa.

27. Criticó la fiscalía que el gerente de EPM en una reunión de junta directiva de HI hubiese sugerido la suspensión de la subasta, acto que calificó de irregular, dada su

condición de futuro contratista del proyecto. Al respecto, vale la pena remitirse al contenido del acta 99 de la junta directiva de HI, del 24 de junio de 2009⁵³ que da cuenta de los momentos en que se informó la selección de BNP Paribas como banca de inversión del proyecto y la posterior contratación de Prieto&Carrizosa como firma asesora. En esa oportunidad EPM expuso su interés en participar de la subasta y la preocupación derivada de su condición de socio de la empresa. Allí se dejó a las firmas asesoras la respuesta a esa inquietud. Esa respuesta apareció en el acta 100 del 29 de julio de 2009⁵⁴, a través del concepto ofrecido por María Isabel Vanegas, aclarando que fue un tema debatido con los asesores externos, llegando a la conclusión de ausencia de inhabilidad o de incompatibilidad y, sobre la presencia del gerente de EPM en la junta directiva de HI dijo se trataba de una representación institucional no personal, con el mismo interés de los demás accionistas, adquiriendo el deber de confidencialidad y utilidad en favor de los intereses de HI. Se acordó que la banca de inversión informaría sobre posibles situaciones en que los representantes de EPM debieran ausentarse de las reuniones.

Lo anterior significa que desde el mismo momento en que se conoció el interés de EPM en participar como aspirante al contrato, la sociedad adoptó los recaudos que consideró pertinentes para salvaguardar la objetividad en el tema. En ese contexto, su participación posterior en estas reuniones no fue cuestionada por la firma asesora del momento. Ello supone un proceder de buena fe.

Ahora bien, la posibilidad de suspensión del proceso fue introducida en las discusiones por quien representaba al IDEA como socio mayoritario de HI, era un tema que se trataría y que se concretaría con o sin la intervención del representante de EPM en aquella junta, luego, su concreta intervención, que a título de discusión podría entenderse como irregular o inconveniente, no tuvo la entidad de modificar el sentido de la decisión adoptada por ese cuerpo colegiado. Expresado de diferente manera, se trata de una decisión que se adoptaría con o sin la participación del representante de EPM.

28.La fiscalía también reprochó que el contrato se haya celebrado con EPMI una firma recién creada, sin experiencia, ni capital suficiente. Para responder esa inquietud resulta ilustrativo el contenido de la prueba documental aportada al juicio. Veamos:

⁵³ Prueba63

⁵⁴ Prueba 64

28.1 En primer término, una revisión de las actas de Asamblea de accionistas de HI permite entender que la intención de ejecutar el proyecto a través de una sociedad creada con ese específico fin, que fuera acompañada por la sociedad principal nació desde el mismo momento en que se decidió iniciar el camino de la invitación pública a precalificar y posterior subasta. Así se infiere del texto de la Asamblea General Extraordinaria de Accionistas realizada el 27 de noviembre de 2009⁵⁵. En aquella oportunidad Luis Guillermo Gómez, como gerente de la sociedad explicó “...*que la constitución de una sociedad de propósito específico se hace como conclusión de un largo estudio y, esencialmente, para que el proyecto pueda recibir los beneficios de zona franca... Plantea el doctor Álvarez que dentro de la estructura del BOOMT se tienen dos posibilidades o esquemas: el directo y el indirecto. ...Esta sociedad propósito específico la puede preconstituir HI... ”*”.

A esta opción se volvió a hacer referencia en la Asamblea General Ordinaria de Accionista de HI del 24 de marzo de 2010⁵⁶ en los siguientes términos: *Toma la palabra el doctor Luis Guillermo Gómez y hace un recuento de la invitación que se hizo a una Asamblea Extraordinaria en el 2009 con el fin de preconstituir una sociedad vehículo con el fin de avanzar en la tramitación de la consecución de zona franca para el proyecto, por los beneficios económicos que ellos le traería, las objeciones presentadas en esa asamblea y las posteriores reuniones para suministrar la información pertinente. Expresa que finalmente se llegó a una posición en que los accionistas presentaron la propuesta de que esa sociedad se constituyera como una “sociedad espejo” de HI. Esa propuesta no pareció conveniente a la banca de inversión que lidera el proceso de subasta en la medida en que para un inversionista no resultaría atractivo participar en una sociedad con todos los accionistas y, por esa razón, no se continuó con la propuesta de preconstitución de la sociedad proyecto”*.

Posteriormente en Asamblea General Extraordinaria del 27 de octubre de 2010⁵⁷, cuando ya se había decidido la contratación directa con EPM, se retomó el tema y para el efecto se discutió o puso a consideración del cuerpo colegiado la escisión que era necesaria para adoptar esa modalidad de ejecución indirecta. En esa ocasión el gerente Gómez Atehortúa luego de explicar los antecedentes, que se ajustaron a lo probado en juicio explicó la conveniencia de retomar aquella modalidad de ejecución del proyecto. Debe agregar el

⁵⁵ Prueba 87 de la fiscalía

⁵⁶ Prueba 88

⁵⁷ Prueba 89

Tribunal que la observación realizada por la banca de inversión no resulta para ese momento pertinente, pues quien estaría a cargo del contrato era precisamente un accionista de HI y de la sociedad espejo de esta. Esto dijo el gerente sobre ese particular: “*Después de explorar las posibilidades de financiación, la junta directiva determinó la conveniencia de la tercerización del proyecto a través de la creación de un vehículo que se encargara de su financiación, construcción, operación, mantenimiento y transferencia posterior a HI. Lo anterior se intentó inicialmente a través de un proceso de subasta. Posteriormente, y teniendo en consideración que EPM cuenta con toda la capacidad técnica, financiera y la experticia que se requiere para el objetivo propuesto, los dos grandes accionistas se pusieron de acuerdo para que esta entidad realice el proyecto a través de un contrato BOOMT... Señala la forma de los dos esquemas propuestos por los que se llegó finalmente a la negociación con EPM. En el primer esquema HI contrataba directamente con el inversionista. En el esquema indirecto, a través de un vehículo controlado por su casa matriz, se realiza el contrato BOOMT, el contrato de usufructo...y la obligación de la casa matriz de ejercer el control de la sociedad de propósito especial*”.

28.2 La idea anterior fue tomando cuerpo en los diferentes acuerdos entre EPM y el IDEA en sus calidades de socios mayoritarios de HI, que precedieron la firma del contrato. Así por ejemplo, el celebrado el 11 de agosto de 2010, en el cual se pactó como objeto del mismo los términos y condiciones para que EPM asumiera el proyecto bajo la estructura que describen así:

Tan pronto quede perfeccionada la figura que HI adopte, se celebrará el contrato BOOMT con EPM o quien esta decida...⁵⁸

En un segundo acuerdo del 10 de septiembre de 2010, se va madurando su forma, en lo que acá interesa, al describir su objeto en los siguientes términos:

*CLÁUSULA PRIMERA. OBJETO. El objeto del presente acuerdo es establecer los términos y condiciones básicas de la estructura jurídica, económica y financiera mediante la cual **EPM directamente o indirectamente a través de un vehículo diferente de HI y bajo su control**, mediante un contrato BOOMT, desarrolle íntegramente el proyecto...⁵⁹*

En opinión del Tribunal es claro que al final EPMI fue ese vehículo a que se refirió el acuerdo, y la razón de ser de aquel proceder se fundó básicamente en los beneficios que

⁵⁸ Prueba 95 folio 2

⁵⁹ Prueba 96 folio 2

le generaría al proyecto, bajo la condición de que se alcanzaría la licencia ambiental a nombre de la firma vehículo. Ello no despojaba a EPM del control sobre la ejecución del proyecto, a la postre directamente asumido cuando la licencia ambiental no se logró.

28.3 Acordados aquellos puntos fundamentales se suscribió la escritura pública número 893 del 23 de marzo de 2011, a través de la cual se concretó la escisión de HI, para dar vida a EPMI⁶⁰. En ella se exponen los antecedentes en términos que se ajustan a la realidad acreditada en juicio, especialmente bajo el título de MOTIVOS DE LA ESCISIÓN, particularmente en los numerales 3 y siguientes. Luego de anunciar que el contrato tendría como destinatario a EPM, se expuso que dentro de las posibilidad de ejecución estaba la de gestión indirecta, a través de una sociedad de propósito especial, efecto para el cual se había decidido la escisión, esto es, para dar vida a la sociedad beneficiaria, con quien se celebraría el contrato, que recibiría todos los activos y la explotación directa del proyecto, conservando HI la licencia ambiental y la propiedad sobre los terrenos adquiridos. Todo ello bajo la coordinación y orientación de EPM. Se expresó que de las actividades de generación de energía y su comercialización a nivel nacional e internacional se encargaría a EPM.

28.4 El compromiso aceptado por EPM en la ejecución del contrato se ve reflejado, primero en la escritura pública 2813 del 20 de octubre de 2011, que contiene el contrato de mandato entre EPMI y EPM cuyo objeto fue descrito como sigue:

Que EPM Ituango SA ESP (a quien se denominará para efectos de esta escritura EPM Ituango) y EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN ESP (a quien se le denominará EPM para efectos de esta escritura), y ambos para efectos de esta escritura serán denominados LAS PARTES, suscribieron el día 30 de abril de 2011 un contrato que tiene por objeto el siguiente: Objeto. El presente contrato tiene por objeto determinar el marco dentro del cual EPM ejecutará en calidad de CONTRATISTA todas las actividades necesarias para i) el funcionamiento y cumplimiento de las obligaciones como sociedad de EPM Ituango en calidad de CONTRATANTE y ii) para la gerencia del proyecto hidroeléctrico Ituango, con el alcance que se especifica a continuación:

I.... en todo caso EPM está obligada a ejecutar todos los actos necesarios para garantizar que EPM Ituango pueda cumplir con las obligaciones que se derivan de su condición de empresa de servicios públicos domiciliarios, con capital mayoritariamente público.

ii.La gerencia del proyecto comprende la gestión para la contratación, construcción, puesta en marcha, operación y mantenimiento por el mismo plazo del BOOMT firmado entre EPM Ituango e Hidroituango... y en general todas

⁶⁰ Prueba 99

*las actividades necesarias para el cumplimiento de las obligaciones derivadas del mencionado contrato BOOMT.*⁶¹

28.5 En la misma dirección de lo hasta aquí discurrido, como requisito del contrato EPM otorgó lo que se denominó Garantía de Casa Matriz⁶² con el fin de amparar el cumplimiento de las obligaciones que EPMI asumía para con HI. En ese documento se explicaron con detalle los antecedentes del contrato, ajustados a lo demostrado en el juicio. De este documento la Sala resaltaré los apartes de utilidad para lo que se analiza. Así, en el numeral 1 de las consideraciones se dijo que *“De acuerdo con la hoja de términos que integró los documentos del proceso, los interesados en contratar con HI podrían hacerlo en forma directa o a través de una sociedad de propósito especial en la que el inversionista adjudicatario del contrato tipo BOOMT tuviese el control accionario*⁶³”

Para este momento EPM se había hecho a la mayoría de las acciones de EPMI.

En el aparte vii) de esas consideraciones se afirmó: *“Es requisito y obligación esencial del Contrato que EPM, en su condición de **matriz controlante del contratista** y de empresa que acreditó ante Hidroituango la capacidad técnica y financiera para desarrollar el proyecto, otorgue la presente garantía”*.

A través de la garantía EPM se hizo responsable solidario con EPMI por el cumplimiento de las obligaciones del contrato, obligaciones dinerarias, de obtención de recursos, mantener los términos del contrato libres de perjuicios, en fin, garantizar que el objeto del contrato se cumpliera a satisfacción de HI.

28.6 Todos estos antecedentes fueron plasmados con mayor detalle en el contrato BOOMT celebrado el 30 de marzo de 2011, incluidos por supuesto la apertura de la invitación a precalificar y su posterior suspensión y terminación.

28.7 El anterior panorama permite afirmar que el contratista del proyecto fue EPM, cuyas cualidades no fueron puestas en duda y se comprometió a ejecutarlo de manera indirecta a través de EPMI, la sociedad vehículo cuya creación tuvo una particular razón de ser, relacionada con los beneficios que se reflejarían en menores costos para el proyecto, lo que en manera alguna liberó a EPM de responsabilidad frente a las contingencias que

⁶¹ Prueba 98 folio 2

⁶² Prueba 101, documentos anexos a partir del folio 120

⁶³ Garantía de casa Matriz folio 2 (prueba 101 anexos fol 121)

podiera desencadenar su ejecución. Era el buen nombre de EPM, su capacidad técnica y experticia las que se erigían en garantes del cumplimiento del contrato.

29. Finalmente se cuestionó la credibilidad de los testigos de la defensa dada su condición mayoritaria de empleados o ex empleados de EPM, circunstancia que los hizo sospechosos ante su evidente interés en favorecer a los acusados. Al respecto, es cierto que aquellos tenían una de esas condiciones. Empero, cabe preguntarse si alguien diferente de ellos, todos con nexos cercanos al trámite en cuestión, se encontraba en mejores condiciones para exponer sus pormenores. La respuesta aparece evidente, eran ellos quienes podían ilustrar sobre el contexto en que se presentaron las contingencias que otorgaron al trámite las características que al final se pusieron de presentes. Adicionalmente sus deposiciones se vieron ratificadas por la prueba documental arrimada al juicio, con lo cual las razones para desconfiar de sus dichos no aparecen claras.

En sentido contrario, los testigos de la fiscalía depusieron acerca de lo que pudieron percibir *ex post*, a la distancia, lo que dio lugar a juicios de valor que no siempre se correspondieron con las reales razones que motivaron el actuar de los acusados.

30. A título de síntesis de los hasta aquí considerado, el contrato BOOMT suscrito entre HI y EPM, a través de EPMI, fue un contrato atípico, no cabe duda. Seguramente por esa razón su trámite admite el mismo calificativo. Suscitó la toma de decisiones que podrían en teoría verse alejadas de los cauces por los que un contrato de menor entidad podría y tendría que haber circulado. No obstante, ese camino recorrido, evaluado en su real contexto y circunstancias, no merece el reproche penal que postuló la fiscalía. Estas las razones: primera, la lista de preclasificados no establecía un orden de elegibilidad que impidiera contratar con EPM; segundo, EPM acreditó los requisitos legales, técnicos y financieros necesarios para adelantar el proyecto; tercero, HI en la Invitación Pública a Precalificar se reservó el derecho a dar por terminado el proceso de forma anticipada, sin que ello generara como contraprestación el derecho reclamar por los interesados; cuarto, en los estatutos de contratación de HI, que estuvieron vigentes a lo largo del proceso, estaba permitido contratar directamente con un ente estatal; quinto, no se demostró que la intención de HI fuera, desde un inicio, la de contratar directamente con EPM, esta posibilidad surgió una vez iniciado el trámite de la subasta y las razones que dieron lugar a su adopción admiten el calificativo de reales, objetivas, serias y fueron comunicadas en esos mismos términos a los participantes de la invitación pública a precalificar; sexto, en las condiciones descritas, el Tribunal no observa desconocimiento de los principios de

transparencia y selección objetiva o de cualquiera otro que rija la función pública. Así las cosas, no se advierten presentes las irregularidades en el procedimiento que antecedió la firma del contrato por los acusados, ciudadanos Luis Guillermo Gómez Atehortúa y Luis Javier Vélez Duque, en sus condiciones de gerentes de HI y EPMI respectivamente. No se acreditó de manera cierta y contundente cuál fue el requisito esencial al contrato, de los que consagra la norma civil, cuya omisión haga responsables a los acusados de la conducta que se les endilgó. Se trató de un contrato con causa lícita, con una voluntad libre de vicios y respetuoso de los principios que rigen la función administrativa.

Las anteriores son razones para confirmar la decisión objeto de recurso.

Por causa de lo expuesto, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín, RESUELVE:

PRIMERO. RECHAZAR el recurso de apelación interpuesto por el representante de la Contraloría General de la Nación por carecer de interés para recurrir.

SEGUNDO: CONFIRMAR el fallo absolutorio de fecha, origen y contenido indicados.

Esta decisión se notifica en estrados y contra ella procede el recurso extraordinario de casación.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

**LUIS ENRIQUE RESTREPO MÉNDEZ
MAGISTRADO**

**GABRIEL FERNANDO ROLDÁN RESTREPO
MAGISTRADO**

**JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE
MAGISTRADO**

Firmado Por:

Luis Enrique Restrepo Méndez
Magistrado
Sala Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Gabriel Fernando Roldan Restrepo
Magistrado
Sala Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Jose Ignacio Sanchez Calle
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 014 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **f622c248fb3c93837b021a7d4581282f02d212136d72b5c61bb0a9479de28665**

Documento generado en 20/05/2024 09:33:51 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>