

República de Colombia

Rama Judicial



JUZGADO DIECIOCHO PENAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN

Medellín, siete (07) de diciembre de dos mil veintidós (2022)

Radicado	110016000000201900554
Procesados	LUIS GUILLERMO GÓMEZ ATEHORTÚA y LUIS JAVIER VÉLEZ DUQUE.
Delito	CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES.
Víctimas	GOBERNACIÓN DE ANTIOQUIA, INSTITUTO PARA EL DESARROLLO DE ANTIOQUIA (IDEA), CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA Y ALCALDÍA DE MEDELLÍN.
Decisión	Fallo absolutorio
Sentencia N°	050

Una vez finiquitado el debate oral y público, advirtiendo que no se vislumbran nulidades que tornen frustránea la actuación y que le corresponde por competencia funcional y territorial conocer del presente trámite, se propone la judicatura en esta oportunidad, emitir la decisión de fondo que ponga fin a la instancia, adelantada en contra de los señores **LUIS GUILLERMO GÓMEZ ATEHORTÚA** y **LUIS JAVIER VÉLEZ DUQUE**, por el delito de **Contrato sin cumplimiento de requisitos legales** – artículo 410 del Código Penal.

DE LA INDIVIDUALIZACIÓN E IDENTIFICACIÓN DE LOS PROCESADOS

LUIS GUILLERMO GÓMEZ ATEHORTÚA, nació el 10 de julio de 1939 en Medellín – Antioquia, ingeniero civil de la Universidad Nacional, ex gerente de Hidroituango SA. E.S.P, residente en la calle 5 Sur No. 38 – 148 Apto 91, Edificio San Isidro, barrio El Poblado de esta ciudad y titular de la cédula de ciudadanía número 70.123.774, ingeniero civil con una alta trayectoria laboral, Gerente Ferrocarriles Nacionales, división Antioquia, Secretario de OO.PP Departamento de Antioquia, Gerente Regional para Antioquia del Banco Cafetero, Gerente Técnico de

Empresas Públicas de Medellín, director de varios proyectos industriales, mineros, comerciales y de construcción en sector privado, Gerente Metro de Medellín, Presidente Sociedad de Ingenieros de Antioquia y de la Escuela de Ingeniería de Antioquia.

LUIS JAVIER VÉLEZ DUQUE, nació en Valparaíso – Antioquia el 13 de agosto de 1957 (65 años de edad), hijo de Olga y Leonardo, residente en la calle 11 B No. 40-47 Apto 1002, Edificio Arduillas de Lalinde de esta ciudad, ingeniero mecánico de la Universidad de Medellín, master on Ciense in Thermal power de Crainfield Universit, ex gerente y representante legal de EPM Ituango SA E.S.P, e identificado con la cédula de ciudadanía número 3.331.900.

ACONTECER FÁCTICO

Así aparecen expuestos los hechos en el escrito de acusación:

“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 delante

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 estuvieron 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 IDE 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 HIDROITUANAGO S.A E.S. P, aprobó su escisión patrimonial y a partir de ello, la creación de una nueva sociedad beneficiaria denominada EPS 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, sea 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 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.”

1. ALEGATOS DE LAS PARTES

Fiscalía: A modo de introito, inicia su intervención con la siguiente expresión: “*El abuso o desviación del poder (...) puede ser público o privado (...) desplaza el poder público por un beneficio privado (personal o para un tercero), y debilita las instituciones (...)*” (Resolución 01 de 2018 CIDH), para significar que dicho precedente que es la descripción más precisa

del reproche que fundamentó la acusación de la fiscalía sobre la celebración del contrato BOOMT para la financiación, construcción, operación, ostentación, mantenimiento y finalmente, retorno a la hidroeléctrica de la obra más grande de generación eléctrica del país, el proyecto hidroeléctrico Pescadero Ituango. Dijo que en el juicio quedó demostrado que la obra estaba destinada para la prestación de un servicio público esencial, el de generación de energía eléctrica, el más importante de la historia de la infraestructura nacional de interés general, que fue vulnerado por el interés particular de los acusados quienes representaban las empresas de servicios públicos, que en un demostrado desvío de interés ejecutaron las acciones tendientes a materializar las decisiones irregulares para celebrar dicho contrato.

Adujo que, concluida la vista pública, la hipótesis que dio inicio a la investigación y que sustentó la teoría del caso, fue ampliamente demostrada, razón por la que en ente acusador reitera la petición de sentencia condenatoria en perfecta congruencia con la acusación formulada contra los ingenieros **LUIS GUILLERMO GÓMEZ ATEHORTÚA y LUIS JAVIER VÉLEZ DUQUE** en calidad de coautores.

Que el juicio no abordó un simple problema de interpretación sobre el régimen de contratación de las empresas de servicios públicos, de la posibilidad o no de contratar directamente las necesidades que ellas tengan respecto del ejercicio del objeto social a que se dedican, si pueden o no celebrar contratos interadministrativos como expresión de esa contratación directa, o si se trata de actos administrativos expedidos por una empresa de servicios públicos lo cual es evidente, nada tiene que ver con la celebración del contrato BOOMT. Que el presente juicio tiene que ver con la conducta irregular que desplegaron los representantes legales de las empresas involucradas en la celebración del mencionado contrato para hacer realidad el proyecto de generación eléctrica de Ituango y la forma en se desarrolló el procedimiento de selección de contratistas que dio origen al negocio jurídico BOOMT.

Refirió que la Fiscalía es enfática en precisar que el fundamento de reproche tampoco radica en el esquema contractual del negocio jurídico denominado BOOMT, puesto que este es válido en el ordenamiento jurídico, el cual, de entrada, considera el ente acusador, es en esencia un instrumento de inversión y de ejecución de proyectos de infraestructura que obedece a las realidades políticas,

sociales y legales para el desarrollo óptimo del sistema interconectado de energía eléctrica.

Con la práctica probatoria, dice la Fiscalía, se ha logrado derrotar la presunción de inocencia de quienes fueran dos de los profesionales de ingeniería en su rama civil y mecánica más representativos de Antioquia y del país. Que la Fiscalía cumplió con la carga probatoria que impone el artículo 7 de la ley 906 de 2004 para reclamar sentencia condenatoria, en tanto demostró más allá de toda duda que los acusados incurrieron en un acto de corrupción en el ejercicio de la función pública, cuando transgredieron el ordenamiento jurídico conformado por las normas constitucionales, legales y reglamentarias Especiales que rigen la contratación de las empresas de servicios públicos involucradas, al momento de la suscripción del contrato BOOMT, el día 30 de marzo de 2011 en la ciudad de Medellín, donde los procesados materializaron una conducta de celebración indebida de contratos con el fin de que EMP ESP accediera irregularmente a la realización del proyecto de generación eléctrica de Ituango, a través de una empresa controlada por ellos EPM Ituango E S P.

Que la individualización y la identidad de los acusados se encuentra acreditadas con las estipulaciones probatorias y sobre las que no existe discusión alguna (hace alusión a la identificación de los acusados – ya descritas al inicio de esta providencia).

Sobre la conducta de contratos sin cumplimiento de requisitos legales, se tipifica en el artículo 410 del C. Penal (hace lectura de su contenido). Así, el contrato BOOMT fue suscrito el día 30 de marzo de 2011- prueba 101 de la Fiscalía – entre **LUIS GUILLERMO GÓMEZ ATEHORTÚA** y **LUIS JAVIER VÉLEZ DUQUE** en representación de las empresas Hidroituango SA E.S.P y EPM Ituango E.S.P, respectivamente. El objeto del contrato se definió en el capítulo II numeral 2.01 en seis obligaciones que adquiere el contratista para con Hidroituango, que consiste en la financiación, construcción, operación, mantenimiento, restitución de los inmuebles recibidos en usufructo y la reversión de los demás bienes del proyecto con un plazo hasta de cincuenta años. Constituye el negocio jurídico acuerdo de voluntades; contrato nacido a la vida jurídica sin el lleno de los requisitos legales, conducta que tipifica el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos por el que se procede.

Agrega, que como quiera que la conducta acusada hace relación a un tipo penal en blanco, en el juicio fue necesario demostrar varios aspectos, primero, por qué esa relación negocial es considerada un contrato estatal, en segundo lugar, la calidad de los servidores públicos de los representantes de las empresas contratantes, tercero, los requisitos legales esenciales incumplidos, los principios vulnerados y, en cuarto lugar, la responsabilidad penal de los acusados por su celebración.

Así, sostiene la señora Fiscal, que tanto las pruebas del ente acusador como las de la defensa, son concordantes en demostrar que las empresas de servicios públicos que celebraron el contrato BOOMT comparten una naturaleza jurídica estatal, ambas se constituyeron como sociedades anónimas, empresas de servicios públicos de acuerdo con los artículos 14 numeral 14.6 y 17 de la ley 142 de 1994, donde la conformación o participación accionaria del estado en cada una de ellas es mayoritaria alcanzando más del 99% (pruebas 5 y 99 de la Fiscalía). Que la jurisprudencia de la Corte Constitucional C - 736 de 2007, no solo las define como una categoría Especial de empresas creadas a partir de la ley 142 de 1994, diferentes de las sociedades de economía mixta, sino que las ubican en la estructura del estado dentro de la rama ejecutiva del poder público, debido a su carácter de descentralizado por servicios; definición acorde con la explicación dada por el perito de la defensa Dr. Carlos Alberto Atehortúa Ríos, ante pregunta de la defensa, el día 5 de marzo de 2022, cuando a minuto 14.55 señaló:

“Y esas categorías jurídicas nuevas son las que aparecen contenidas en la ley 142 que se divide como en dos partes, el régimen de la gestión de servicios públicos que sí es derecho privado y el régimen de la prestación de servicios públicos que es un régimen de derecho público. Entonces de entrada uno dice, cuando uno está hablando de empresas de servicios públicos, está hablando de una categoría jurídica nueva; ¿nueva frente a qué?, nueva frente a las categorías jurídicas convencionales tradicionales. Esa nueva categoría jurídica tenía dos condiciones muy Especiales; la primera, se iba a ocupar de un componente esencial para la calidad de vida como son los servicios públicos, y no solamente para la calidad de vida, sino para el desarrollo económico y social del país. De hecho, eso va a coincidir con eventos internacionales de mucha importancia, eso con la consolidación del GATT con la Ronda de Uruguay, en el mundo empiezan a decir, las empresas de servicios públicos deben ser muchísimo más productivas y deben prestar sus servicios en competencia, y alguno incluso, empieza a decir no, hay que privatizarlas. Colombia ahí, en ese momento, tomó el partido en que había concurrencia entre agentes públicos y privados, y entonces ahí viene una cosa que había mucha lidia que todos entendamos, y es que para que pudieran competir esas empresas, no dejando de ser empleadas estatales se rigieran en materia de actos, contratos, servidores, presupuesto y derecho tributario, al mismo régimen que se someten los

particulares, obviamente teniendo unas diferencias de matiz propias, que es el estado como un sistema de control, como garantía de la eficiencia del gasto público, sujeción a normas presupuestales de ley orgánica del presupuesto. Ahí había unas barreras infranqueables, que uno los trabajos que tuvimos ahí, era definir cuáles eran esas fronteras y se establecieron. La calificación es empresa de servicios públicos, esa es la calificación, esas empresas son nuevas frente al ordenamiento jurídico y se someten a un régimen jurídico mixto, ese régimen jurídico mixto es el de derecho privado para los actos de gestión, todo lo que tiene que ver con actos de servicio, todo eso es fundamentalmente derecho público”.

Que en este orden de ideas, no puede negarse que Hidroituango E S P y EPM, Ituango E S P, son empresas descentralizadas por servicios y pertenecen a la rama ejecutiva del poder público, es decir, nos encontramos ante empresas de carácter público pero sometidas a un régimen especial en cuanto a sus actos y contratos por expresa disposición legal de los artículos 31 y 32 de la ley 142 de 1994, y esa naturaleza hace que el contrato BOOMT, celebrado por los Acusados de manera conclusiva, materialice efectivamente un negocio jurídico estatal, que en alguno de los extremos negociales participa una entidad pública, esto sin que importe el régimen jurídico especial que la cobije. Al respecto, el Consejo de Estado en sentencia del 3 de febrero de 2013. Rdo. 24996, señaló: *“La naturaleza jurídica de los contratos radica en el análisis particular de cada entidad, pues la naturaleza de esta definirá directamente la del contrato que ha celebrado; así, pues, adquiere relevancia en este punto, la naturaleza de cada entidad, por lo cual, si se considera que determinado ente es estatal, por contera, habrá que concluirse que los contratos que celebren deberán tenerse estatales sin importar el régimen legal que les deba ser aplicable. Esta afirmación encuentra soporte legal en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, disposición que al tratar de definir los contratos estatales adoptó un criterio eminentemente subjetivo u orgánico, apartándose de cualquier juicio funcional o referido al régimen jurídico aplicable a la parte sustantiva del contrato”.*

Así, sostiene, que la fiscalía ha probado que el contrato BOOMT (pruebas 101, 5 y 99) es un contrato estatal, en cuanto en alguno de los extremos negociales, es parte una empresa pública, en este caso, ambos extremos, pero con un régimen especial en cuanto se rige por el ordenamiento del que trata el Código Civil y el Código de Comercio, es decir, el de los privados, con la obligatoria observancia del ordenamiento que sobre su administración, es uno de los máximos organismos administrativos de cada empresa, esto es, la Asamblea de Accionistas y la Junta Directiva. El contrato BOOMT fue suscrito entre Hidroituango S.A. E.S.P y EPM Ituango S.A E.S. P, empresa contratista, resultado de la escisión de la contratante

en un proceso de negociación directa, que quedó claramente demostrado en la práctica probatoria, sobre la que se referirá más adelante.

Que la representación de las empresas contratantes como gerentes, ostentan la calidad especial de servidores públicos para efectos penales, pues tienen tal calidad, en tanto hacen parte y administran entidades descentralizadas por servicios, cuando la participación es mayoritaria como en este caso; el artículo 20 del Código Penal en su inciso primero así lo señala (hace lectura de la norma). Al respecto, la Sala Penal de la C.S.J. en sentencia del 2 de mayo de 2012. Rdo. 36.422, con referencia a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, sentencia C 299 de 1994, señaló – *“Un criterio orgánico, llega a considerar que las personas que prestan sus servicios en este tipo de entidades des centralizadas por servicios, debe tenérseles como servidores públicos en los términos 123 de la Carta Política”*. En dicha providencia, la Sala Penal acoge el criterio de la Corte Constitucional sobre la calidad de servidores públicos así, después de hacer referencia al artículo 123, refiere: *“Así pues, en virtud de lo dispuesto por el artículo 123 superior, debe concluirse que los empleados y trabajadores de las entidades descentralizadas, entre ellos los de las sociedades de economía mixta y los de las empresas de servicios públicos, son servidores públicos, categoría dentro de la cual el legislador debe señalar distintas categorías públicas”*. Que esta providencia resolvía un asunto relacionado con la empresa de telecomunicaciones de Bucaramanga, es decir, una empresa de servicios públicos, y sobre la calidad de los trabajadores, señaló: *“El hecho de que en el giro de sus operaciones la empresa de Telecomunicaciones S.A. E.S.P se rigiera por el derecho privado, conclusión (...) que no se discute, en manera alguna significa que dejara por ello de ser entidad del estado, que para efectos penales a sus trabajadores se les tenga como servidores públicos y que su patrimonio pueda ser objeto de protección penal a través de distintas conductas de peculado, en la medida que su objeto material recae sobre los bienes del estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte. En este sentido, aunque las empresas de servicios públicos mixtas son distintas a las sociedades de economía mixta, nada obsta para sostener que, por sus características materiales similares, especialmente por su pertenencia a la rama ejecutiva del poder público, resultan válidas frente a ellas los conceptos que en relación con las últimas ha esgrimido la doctrina constitucional acogidos por la Corte suprema en distintos fallos de casación”*.

En consecuencia, decidió que el procesado en ese caso, como gerente de la empresa de Telecomunicaciones SA ESP, se vinculaba como servidor público, así lo señaló: “Ello, se reitera, en la medida que se trata de una empresa de servicios públicos mixta del orden nacional con una participación mayoritaria del estado 99%, de donde sus empleados, aunque se rijan laboralmente por el régimen de los trabajadores públicos en los términos del artículo 20 de la ley 599 de 2.000 deben ser considerados servidores públicos, como se deduce de su texto”.

Que, en las mismas condiciones en este caso, los procesados son servidores públicos, por lo tanto, responsables penalmente de las irregularidades cometidas en la celebración del negocio jurídico estatal, por ser Hidroituango S.A. ESP y EPM Ituango SA ESP empresas públicas; primer fundamento para pretender sentencia condenatoria en su contra, acreditada cómo está su condición de su sujeto activo calificado. La vinculación de Luis Guillermo Vélez Atehortúa, a través del contrato de trabajo a la empresa Hidroituango SA ESP y de LUIS JAVIER VÉLEZ DUQUE a la empresa EPM Ituango SA ESP, nombrado a través de acta de accionistas de Hidroituango No. 24 del 27 de octubre de 2010, demuestran la calidad que ostentaban los enjuiciados al cometer la conducta, esto es, en el ejercicio de la función de administrar empresas descentralizadas por servicios del nivel departamental.

Continúa la señora Fiscal argumentando, que El segundo elemento normativo del tipo de la conducta penal acusada, por razón el ejercicio de sus funciones también fue demostrada por la fiscalía, puesto que se probó que Luis Guillermo Vélez Atehortúa fue vinculado a Hidroituango SA E.S.P mediante contrato labora el 16 de septiembre de 2008 (prueba No. de la Fiscalía), en virtud del cual se obligó en la cláusula sexta a *“cumplir las funciones las funciones expresada en el artículo de los estatutos de la sociedad que hacen parte integral del presente contrato y tendrá como obligaciones las que se deriven del Código Sustantivo de trabajo”*. 14 y 15 de la Asamblea Conforme a los estatutos de la sociedad Hidroituango S.A E.S. P, incorporados como prueba No, 5 de la Fiscalía, su función era administrar la sociedad, y específicamente en el artículo 49 de los estatutos, en calidad de mandatario con representación investido de funciones ejecutivas; además de ello, mediante acta 24 del 27 de octubre de 2010 – flas. Extraordinaria de accionistas (prueba 89 de la fiscalía), se le autorizó para suscribir el contrato BOOMT en los siguientes términos: *“Por lo anterior, los accionistas consienten expresamente en la celebración del contrato tipo BOOMT con la beneficiaria por parte del representante legal de Hidroeléctrica Ituango S.A. E.S.P”*; quedando así probado por la

Fiscalía, dice su delegada, que era el funcionario Luis Guillermo a quien funcionalmente le correspondía suscribir el negocio BOOMT en representación de la contratante Hidroituango S.A E.S.P y así lo realizó de manera consciente, voluntaria, dolosa.

De otra parte, en relación con el contratista, la Fiscalía probó que era función del ingeniero **LUIS JAVIER VÉLEZ DUQUE**, representar a EPM Ituango S.A E.S.P. y suscribir el contrato BOOMT previa autorización de la Junta Directiva (Prueba No. 3). Según la escritura pública 893 del 23 de marzo de 2011, protocolizada ante la Notaría 17 del Círculo de Medellín (Prueba 99 de la Fiscalía), por la cual se expiden los estatutos de la sociedad, las funciones del gerente eran el gobierno eran el gobierno, administración y representación legal de la sociedad, serán responsabilidad del gerente quien tendrá particularmente las siguientes obligaciones: a) representar a la sociedad, b) desarrollar todos los actos, operaciones incluidas en el objeto social de acuerdo a la ley y los estatutos. Conforme al inciso final de este artículo, el gerente requiere autorización de la Junta Directiva para celebrar actos o contratos en cuantías superiores a 100 s.m.l.m.v. Además de ello, mediante acta de la Junta Directiva No. 001 de EPM Ituango SA ESP (Prueba No. 3 de la Fiscalía – página 6), se le autorizó para suscribir el contrato BOOMT en los siguientes términos *“La junta Directiva autoriza al gerente y representante legal de la sociedad EPM Ituango S.A. E.S.P. para suscribir el contrato BOOMT con la sociedad Hidroituango S.A. E.S.P, conforme al objeto y clausulado general del mismo, en los términos negociados por EPM con la Sociedad Ituango SA.”*

Se probó que **LUIS JAVIER VÉLEZ DUQUE**, funcionalmente era el administrador de la sociedad y fue autorizado para suscribir el BOOMT en representación de EPM Ituango SA ESP, y en esa condición de manera consciente y voluntaria celebró el contrato, conducta esencialmente dolosa.

Que participó en las Juntas Directivas de Hidroituango antes y después de su nombramiento como gerente de la sociedad espejo EPM Ituango SA ESP, así: “En sesión de del 24 de noviembre de 2010 acta de Junta Directiva 118 (prueba 79 de la fiscalía), como invitado en calidad de jefe del área de proyectos subgerencia de desarrollo de proyectos de generación de energía EPM. *Intervino* en calidad de gerente designado para la empresa EPM Ituango SA ESP de la siguiente manera: *“El doctor Gómez informa que el alcance de la interventoría que se sacó a licitación es el mismo que se realiza en los contratos de forma convencional y tradicional, como la que se realiza en las obras*

Porce III. El doctor Luis Javier Vélez, representante legal designado para la sociedad beneficiaria de la escisión EPM Ituango, ratifican que la interventoría que se está contratando es la tradicional de obras que monitorean los tres aspectos, calidad de obras, cronograma y costo de las inversiones".

Dice que esta es una intervención del doctor Vélez Duque que resulta contundente para demostrar que conocía y era consciente del rol que cumplía la empresa EPM S.A. E.S.P y que en la posición que ocuparía en la empresa contratista del BOOMT, solo continuaría cumpliendo actividades en provecho de lo que llamaron "La Casa Matriz"; pero que no fue la única intervención, porque luego, en sesión del 22 de diciembre de 2010, reapareció en la Junta Directiva de Hidroituango, según consta en el acta 119 (prueba 80 de la Fiscalía), como invitado en calidad de jefe del área de proyectos subgerencia desarrollo de proyectos de generación de energía EPM donde participó señalando: *"Con respecto a la inquietud del doctor Santiago Piedrahita Piedrahita sobre la responsabilidad del sostenimiento de los taludes, el doctor Luis Javier Vélez expresa que el proyecto es el responsable del mantenimiento de las vías hasta que se termine, el caso de la vía que va desde Puerto Valdivia al sitio de presa, recuerda que es una vía ciega, de propiedad del proyecto y en la medida que se bajen las especificaciones al diseño original de la vía, se incrementarán los costos de mantenimiento"*. Como funcionario de EPM S.A. ESP, entonces, **LUIS JAVIER VÉLEZ DUQUE**, conocía, estaba al tanto de las obras que adelantaba Hidroituango en la zona de ejecución del proyecto, pues estaba a cargo de su vigilancia antes de firmar el BOOMT.

Ya para el año 2011, participó en la sesión de la Junta Directiva – acta 120 de Hidroituango S.A. ESP del 26 de enero (Prueba 81 de la Fiscalía), como invitado en calidad de jefe de área de proyectos subgerencia desarrollo de proyectos de generación de energía EPM y donde presentó el informe de seguridad de la zona del proyecto, la estrategia para la protección de predios y las actividades de gestión regulatoria de manera particular. Destaca que en su intervención señaló la participación activa de las autoridades territoriales, así lo señaló: *"Manifiesta que hay excelente colaboración de los alcaldes de la zona, destaca el aporte del señor Gobernador y el Secretario de gobierno Departamental, quienes están alineados totalmente con la protección del proyecto"*. Igualmente, el ingeniero **LUIS JAVIER**, para el mes de febrero de 2011-acta 121 (prueba No. 82 de la Fiscalía), hizo presencia en la sesión del día 16 a la que asistió en calidad de invitado jefe de área de proyectos subgerencia desarrollo de proyectos de generación de energía EPM, según el acta, estuvo presente sin intervenir, sin embargo, se trató de una junta en la que se presentó la situación financiera de la hidroeléctrica Ituango SA ESP a 31 de diciembre de 2010, y se discutió de hacer la valorización de la licencia ambiental de Hidroituango y su

registro en los estados financieros; temas fundamentales para lo que significaba la ejecución del proyecto como se señaló.

En acta 24 del 27 de octubre de 2010 de la asamblea general extraordinaria de accionistas de Hidroituango (Prueba 29 de la Fiscalía), **LUIS JAVIER VÉLEZ DUQUE** fue designado representante legal de la escindida EPM Ituango SA ESP, acto que finalmente fue elevado a escritura pública protocolizada en la Notaría 17 del círculo de Medellín el 23 de marzo de 2011 junto con sus estatutos, estableciendo sus órganos de administración el nombramiento de **LUIS JAVIER VÉLEZ DUQUE** en el cargo de gerente y representante legal – hoja 85 de la página 99 – debidamente registrada en la Cámara de Comercio de Medellín.

Sobre el proceso de escisión de la sociedad Hidroituango SA ESP que dio lugar a la creación de EPM Ituango SA ESP, la testigo Lonny Gutiérrez, hizo una amplia explicación en la que definió el proceso de escisión por creación sin disolución. Hasta acá, dice la señora Fiscal, las referencias sobre las condiciones, el conocimiento, el rol que estaban cumpliendo los acusados.

En cuanto a la conducta central, el acto de celebrar el contrato, dice que, en absoluta congruencia con la imputación y acusación, la Fiscalía demostró que la conducta fue cometida por los acusados en el acto de la celebración del negocio jurídico, contrato denominado BOOMT el 30 de marzo de 2011 en la ciudad de Medellín, como representantes de las empresas Hidroituango SA ESP y EPM SA ESP, es decir, fueron los ingenieros Gómez Atehortúa y Vélez Duque, quienes dieron vida jurídica al contrato, situación que probó la Fiscalía con la minuta del BOOMT (Prueba 101). Que la Corte Suprema de Justicia tiene establecido que esta conducta se estructura cuando el servidor público en ejercicio de sus funciones desatiende los requisitos legales de un contrato en tres eventos: trámite, celebración y/o liquidación, siendo en este caso la acusación por el acto de celebración. Dice que, sobre este tópico, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia 31.654 del 20 de mayo de 2009 y en el Rdo. 34.282 del 10 de mayo de 2011, precisó que se comete: *“Cuando lo celebran sin observar los presupuestos necesarios para su perfección y sin verificar el cumplimiento de los inherentes a la fase pre contractual”*.

Que en el documento denominado BOOMT, los acusados en expresión del ejercicio de sus facultades como acuerdo de voluntades plasmaron su rúbrica. De esta manera, materializaron la conducta punible por las irregularidades que tuvo el

negocio desde su trámite, etapa en la que participaron los acusados de manera directa e indirecta, como miembros de las empresas a las que pertenecían respectivamente y, posteriormente, conocedores de tales circunstancias, lo celebraron en contravía del ordenamiento jurídico, de derecho privado, que les compelmía al cumplimiento de los principios de la función administrativa y de los fines del estado para la prestación del servicio público esencial de generación de energía eléctrica, conforme lo definía su propio estatuto. Concluye que ellos concurren al acto de celebración, como quedó demostrado con la suscripción del negocio jurídico, pero conocían toda la minucia del trámite que se había surtido como quedó demostrado. De manera que, conforme lo ha referido la Corte, no solo no verificaron el cumplimiento de los requisitos inherentes a la fase pre contractual, sino que conocían y habían intervenido de manera directa en algunas fases previas y, aun así, procedieron a la suscripción para materializar la conducta.

En efecto, continúa la Fiscalía, en el contrato se definió que los estatutos eran los vigentes de tiempo en tiempo. En este caso, el Estatuto de contratación vigente al momento de la celebración del BOOMT, era el acuerdo 009 del 2010 de la Junta Directiva de Hidroituango SA ESP (Prueba 100), que por eso la Fiscalía desde la acusación se refirió a ella como norma violada, porque los estatutos decían de tiempo en tiempo; sin embargo, a lo largo de la práctica probatoria la Fiscalía hizo referencia al estatuto anterior. Por ello, la manifestación del testigo Dr. Carlos Alberto Atehortúa Ríos – minuto 00:29:28 – cuando señaló que al contratista no le podían ser oponibles normas internas de Hidroituango, no es aceptado, porque, primero EPS SA ESP, era uno de los accionistas mayoritarios de Hidroituango, como accionista lo obligaban los estatutos de Hidroituango; segundo, **LUIS JAVIER VÉLEZ DUQUE** conocía la posición de accionista, contratista y asesor de EPM frente al proyecto Hidroituango: tercero, EPM Ituango SA ESP, se creó a partir de la escisión de Hidroituango; cuarto, Hidroituango SA ESP, es una entidad pública, con un régimen especial de contrataciones situada en la Ley 80 de 1993, lo que implica que toda persona que celebre un contrato con ella, precisamente debe tener claridad sobre las normas especiales que van a regir en adelante cualquier negocio jurídico que celebre con ella, más aun, EPM Ituango que también tiene naturaleza pública y quinto, conforme al artículo 1602 del Código Civil colombiano, el contrato es ley para las partes. De ahí que la minuta del BOOMT sea precisa en incluir en su glosario el término de estatuto, y en el capítulo III las declaraciones de las partes en

las que refieren el cumplimiento al estatuto de Hidroituango SA ESP, es decir, obligatorio para las partes.

Sobre los requisitos legales inobservados, de acuerdo con el régimen especial de contratación, los acusados inobservaron elementos del contrato que son imprescindibles, y por tratarse de requisitos legales esenciales, su inobservancia vulnera principios de contratación y trasciende en la esfera de lo penalmente relevante. En criterio de la Saña Penal de la Corte Suprema de Justicia, sentencia SP 7322 de 2017 – Rdo. 49.819 *“Cuando los contratos estatales están regidos por el derecho privado, lo que no implica que estén al margen de los principios Constitucionales y legales atrás referidos, el desarrollo de estos, los principios, debe hacerse en los respectivos manuales de contratación”*. En este caso, ninguna razón justifica la inobservancia de requisitos legales esenciales que estaban previstos en el Estatuto de Contratación de Hidroituango SA ESP, pues su incumplimiento significó la vulneración de los principios Constitucionales y legales.

El 30 de marzo de 2011, fecha de la celebración del contrato BOOMT, se encontraba vigente el estatuto de contratación adoptado por la Junta Directiva de Hidroituango SA ESP, mediante acuerdo 009 del 24 de noviembre de 2010, aprobado en sesión de 25 de agosto de 2010 (Pruebas 100 y 76). La parte considerativa del acuerdo 009 de 2010 señala: *“Las leyes 142 y 143 de 1994, establecen que el régimen de contratación aplicable a las empresas que prestan servicios públicos domiciliarios y actividades complementarias, es el del derecho privado con sujeción a los principios de la función administrativa y la gestión fiscal previstos en los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, de conformidad con lo previsto en el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007”*. Y, el artículo 2º del mismo acuerdo 009 de 2010 dispone: principios que rigen la contratación. La contratación en la empresa se realizará en un ámbito de libre competencia, orientada por los principios de transparencia, selección objetiva, economía y 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, es decir, conforme lo refirió la Corte Suprema, son principios que se encuentran desarrollados en el estatuto propio de la entidad. En efecto, conforme al artículo 13 de la ley 1150 de 2007, las entidades estatales que por disposición legal cuentan con un régimen contractual excepcional ante el

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.

Entonces, la disposición reglamentaria, acuerdo 009 de 2010, adoptada por la Junta directiva obligaba al representante de Hidroituango SA ESP, ingeniero **LUIS GUILLERMO GÓMEZ ATEHORTÚA**, a sus asociados y contratistas, la empresa EPM ESP, a su controlada EPM Ituango SA ESP y al representante legal ingeniero **LUIS JAVIER VÉLEZ DUQUE**. Que ninguna discusión puede plantearse en torno a su obligatoriedad, pues es su propio estatuto contractual, al punto que el mismo perito de la defensa, el doctor Carlos Alberto Atehortúa Ríos lo aceptó, ese que quiso evadir la respuesta, indicando que no había leído el estatuto, ante la pregunta de la Fiscalía sobre el estatuto define el marco jurídico del problema señaló: *“Perfecto, así es, así es, así y ratifico, y se ratifica en el escrito que alcancé a ver, no necesitaba leerlo todo, necesitaba saber bien que Hidroituango mantenía su condición de servicios públicos mixta”* (minuto 00:11.38). Por esta razón, agrega, la Fiscalía desde la imputación y en el escrito de acusación, la Fiscalía luego de referir la situación fáctica, a fl. 12 del escrito, concluyó en la vulneración al *“Manual de contratación emitido por la Junta Directiva de Hidroituango SA ESP mediante acuerdo 009 del 24 de noviembre de 2010, que no solo consagra como marco normativo el artículo 209 del Código Penal (sic), las leyes 142 y 143 de 1994 y la Ley 1150 de 2007, sino que además en su artículo 2º indica que la contratación de la empresa se realizará en un ámbito de libre competencia y estará orientada por los principios de transparencia y selección objetiva, entre otros”*. Son pues, los tres principios de libre competencia, transparencia y selección objetiva.

Y es así, recalca la señora delegada Fiscal, porque la Corte Suprema de Justicia ha reiterado la posición sobre la trascendencia de los principios de la administración pública en la materialidad de la conducta de contrato sin cumplimiento de requisitos legales. Que, de manera particular, en una reciente decisión, en sentencia SP 3130 de 2021 – Rdo. 58.201, señaló: *“Los principios constitucionales y legales que conforman el estandarte jurídico de la contratación administrativa, se integran materialmente a los tipos penales que amparan la administración pública como parte trascendental del bien jurídico protegido, para garantizar el cumplimiento de los fines del estado Social y Democrático de Derecho”*. En ese sentido, agrega, advierte la

Corte que *“los contratos civiles y comerciales que celebra la administración pública, no dejan de ser estatales por la condición de privados, ni se sustraen por dicho motivo a los principios Constitucionales y legales que rigen la función administrativa y la contratación oficial o pública”*.

Desde esta perspectiva, precisa que la Fiscalía a lo largo del juicio se encargó de demostrar la forma en que los funcionarios de EPM, de manera indebida, como socios de Hidroituango SA ESP y con la activa participación de los acusados, con el fin de asegurar para sí el control del proyecto Hidroituango, adelantaron todos los actos necesarios para lograr la celebración del contrato BOOMT en las condiciones en las que se suscribió. Por ello, ningún argumento sobre falta de congruencia puede ser admitido en este debate, porque ese fue el cargo claramente formulado desde la imputación y, desde ese presupuesto, se abrió el debate probatorio que se concentró en demostrar tanto la materialidad de la conducta como el daño causado como su responsabilidad de los acusados.

Seguidamente pasa la Fiscalía a referirse al tipo subjetivo, para lo cual dice, se ocupará de hacer un recuento de la evidencia probatoria que demuestra la celebración del BOOMT entre Hidroituango y EPM Ituango, fue un acto calculado. Por ello, toda la actividad surtida en la etapa previa estuvo dolosamente orientada a lograrlo, ejecutaron actos que aparentaban respetar esos principios; una invitación pública internacional, pero realmente adelantaron dos procesos de selección paralelos en los que la concurrencia de los acusados fue definitiva para consumir la conducta punible.

Fue así como, en el año 2008, el ingeniero **LUIS GUILLERMO GÓMEZ ATEHORTÚA** fue propuesto para la gerencia de Hidroituango por el señor Gobernador de Antioquia, Luis Alfredo Ramos Botero, en coordinación con el señor Gerente del IDEA, Álvaro de Jesús Vásquez Osorio, quienes consideraron que como persona que había trabajado para EPM y su vasta experiencia en administración de empresas de servicios públicos, sacaría adelante la empresa y *“calmaría las aguas”* - así se lee en la prueba 51 de la Fiscalía –acta de Junta Directiva de Hidroituango No. 86 del 29 de agosto de 2008 – hoja 7 y 8.4 – *“Toma la palabra el Doctor Álvaro Vásquez y expresa que con el señor Gobernador han pensado que se requiere de una persona que además de tener excelsas calidades, pueda calmar las aguas y permitir que todo siga marchando para bien de la ciudad,*

*el departamento y el país. Ayer se reunió con el señor Gobernador y coincidieron en un nombre a quien consultaron y pusieron en conocimiento del doctor Federico Restrepo, el doctor **LUIS GUILLERMO GÓMEZ ATEHORTÚA** – destaca la Fiscalía que el doctor Federico Restrepo en ese momento era el gerente de EPM.*

Con ese propósito – *“calmar las aguas y permitir que todo siga marchando”*, Gómez Atehortúa aceptó el nombramiento de gerente de Hidroituango y suscribió el contrato laboral del 16 de septiembre de 2008 (Prueba No. 1). Se trataba de lograr un acuerdo de accionistas que permitiera que EPM ESP se hiciera el negocio directamente, es decir, desde entonces, 2008, eran conscientes de que el negocio sería ejecutado por EPM ESP, lo que significa una violación a los principios de libre competencia, selección objetiva y transparencia, previstos en sus normas propias contractuales, contenidos en la resolución 005 de 2003 vigente para entonces y el acuerdo 009 de 2010 modificado por el acuerdo de la Junta Directiva para ajustar la normatividad a lo conveniente al momento de la firma del contrato. Que ello es así, porque primero definieron el contratista y luego el proceso de selección, recordando que se aplicaban las normas de tiempo en tiempo.

Puntualiza que esta no es una vaga apreciación de la Fiscalía, ni una interpretación, que es lo que demuestran las pruebas practicadas en juicio, pruebas documentales que no fueron desvirtuadas. Se trata de las actas de la Junta Directiva de Hidroituango. Así, en la prueba No. 51 se lee. *“El doctor Luis Carlos Rubiano expresa que las EPM están de acuerdo en principio, pero quieren hablar con el doctor Gómez Atehortúa, indica que, ante todo, quieren tener claridad hacia donde van y consideran fundamental que la nueva administración tenga como tarea primordial un acuerdo de accionistas que permita el desarrollo del proyecto en las mejores condiciones. El doctor Fernando Villegas – Presidente de la Junta, aporta que estuvo hablando con el doctor Federico Restrepo, quien le indicó que EPM no tiene candidatos y le parece inconvenientes las reuniones del doctor Luis Guillermo Gómez con el gerente de las EPM, y manifiesta su acuerdo para la suspensión de la Junta Directiva hasta el próximo miércoles las 7:30 de la mañana”* (Prueba 51 de la Fiscalía – acta 86 de Hidroituango del 29 de agosto de 2008 – hoja No. 8 – intervención del doctor Luis Carlos Rubiano en representación de EPM.

Resalta a la audiencia que lo anterior se dijo en el 2008, y que la Fiscalía probó que efectivamente, en esa reunión de Luis Guillermo Vélez Atehortúa con el

representante legal de EPM ESP – Federico Restrepo Posada se realizó, y se habló de llegar a un acuerdo de accionistas, de lo que da cuenta el acta de Junta Directiva 86 de Hidroituango de fecha 29 de agosto de 2008 y la continuación de la misma sesión el día 3 de septiembre de 2008 en la cual se discutió sobre el tema, así: “*Con relación al nombramiento del gerente de la sociedad, el doctor Álvaro Vásquez, retoma la designación del doctor **LUIS GUILLERMO GÓMEZ ATEHORTÚA** hecha la semana pasada y comenta que el doctor Gómez se reunió con el doctor Federico Restrepo Posada, e igualmente, aporta las manifestaciones hechas por el doctor Luis Alfredo Ramos – Gobernador de Antioquia y el doctor Alonso Salazar – Alcalde de Medellín en la reunión. De manera oficial el doctor Álvaro Vásquez propone el nombre del doctor **LUIS GUILLERMO GÓMEZ ATEHORTÚA** como gerente de la sociedad, como el mejor candidato para sacarla adelante en las actuales circunstancias que vive esta sociedad. El doctor Luis Fernando Villegas, aporta que estuvo reunido con el doctor Luis Guillermo Gómez, quien le encomendó que transmitiera a la Junta que su propósito – llegar a un entendimiento entre los accionistas, y de una manera expedita llegar a un acuerdo de accionistas. Ratifica el doctor Luis Fernando Villegas que tiene todo el apoyo de los accionistas mayoritarios de la sociedad. El doctor Luis Carlos Rubiano expresa la total tranquilidad de parte de EPM en la designación del doctor Luis Guillermo Gómez, retira la necesidad del acuerdo de accionistas en beneficio del proyecto y considera importante que se definan los roles con el ánimo que no se tenga inconveniente a futuro”.*

En este punto la Junta Directiva aprueba por unanimidad la designación del doctor Luis Guillermo Gómez, como gerente de la sociedad Hidroeléctrica Pescadero Ituango SA ESP (Prueba 51 de la Fiscalía).

Es importante precisar – *continúa la señora Fiscal* -, que el doctor Luis Carlos Rubiano representaba los intereses de EPM en esa Junta Directiva, pero, además, en el mes de noviembre de 2008, se reiteró el conocimiento que Gómez Atehortúa tenía del acuerdo de accionistas; ese fue el objetivo de su nombramiento. En efecto, éste insistió en la Junta Directiva en la realización del mismo – (Prueba 54 – acta de Junta Directiva 89 “*Resalta que, ante estas expectativas, la prioridad es trabajar unidos por la búsqueda de un objetivo, enfrentando este reto con audacia y realismo, manejando acuerdos racionales entre los accionistas de la empresa que permitan dar señales positivas a la opinión pública, como la producida por la última*

asamblea al elegir los presentes directores por unanimidad de todos los asistentes- (Prueba 54 de la Fiscalía).

Que en noviembre del año 2008 – audacia y realismo – fueron expresiones del ingeniero Gómez Atehortúa ante la Junta Hidroituango SA ESP, que deben ser entendidas en su literalidad, pues era claro que tenía un objetivo preciso, un acuerdo de accionistas que no se podía frustrar. Esa era una realidad, pese a que la Gobernación de Antioquia hablaba en el mismo año 2008 sobre el desarrollo del proyecto a través de una subasta pública, como lo expresó Álvaro Vásquez Osorio –Gerente del IDEA – quien en la misma sesión afirmó: *“De todas formas se debe hacer una convocatoria previa que materialice unas ofertas escritas y en concreto, que exprese esa voluntad para poder realizar una subasta totalmente pública y abierta con reglas claras y con la participación de la Procuraduría, Contraloría y Zar Anticorrupción”* (Prueba 54 de la Fiscalía). Es decir, desde el año 2008, se hablaba del interés del IDEA de hacer una subasta totalmente pública, abierta y con reglas claras, pero también de un acuerdo de accionistas que era el interés de EPM y el gerente de Hidroituango.

Dice que es evidente, que en la misma sesión de la Junta Directiva se estaban planteando las dos alternativas – año 2008 – procesos paralelos a los que refiere la fiscalía: negociación directa e invitación. Que, para diciembre de 2008, cuando los representantes de EPM y el IDEA se enfrascaron en discusiones sobre el acuerdo de accionistas, Gómez Atehortúa fungió como conciliador favor de EPM, buscando el acercamiento de las partes para lograr el acuerdo, para eso había sido nombrado, así transcurrió la Junta (Prueba 56) *“Responde el doctor Jesús Aristizábal, que el interés es el de construir un acuerdo de accionistas integral, expresa que si bien el doctor Álvaro Vásquez hace su presentación de los hechos, ellos también podrían hacerlo de su parte, sobre cómo es su visión respecto del tema, recuerda la forma como el doctor Vásquez se refiere al tema, si ellos presentaran un informe como ha sido el itinerario de los meses anteriores, se podría también aparecer que los únicos que tienen el compromiso con el proyecto es EPM, cuando lo cierto es que todos tienen interés en el proyecto. Reitera su interés para que las dos partes se desprendan de las posturas que han enrarecido las relaciones y lograr en un trabajo liderado por la gerencia las bases de un acuerdo de accionistas para el desarrollo del proyecto. Expresa el doctor Luis Guillermo Gómez que, si no hay armonía entre los socios, la primera afectada es la sociedad y pide que se baje el tono de lo pasado*

y que se piense más bien el futuro para construir el proceso que se requiere” (Prueba 56 de la Fiscalía).

El doctor Jesús Aristizábal también representaba los intereses de y EPM y la Junta Directiva de Hidroituango, por esta razón, el representante de EPM ESP Luis Carlos Rubiano en la Junta Directiva de Hidroituango, expresó sobre Gómez Atehortúa, la tranquilidad que generaba su nombramiento en EPM – Prueba 52 en la que se lee: *“El doctor Luis Carlos Rubiano se suma a las expresiones del presidente de la Junta Directiva y agrega: que desde EPM hay una tranquilidad inmensa con su presencia en la gerencia”* (acta de Junta Directiva 87).

Que la Fiscalía probó el direccionamiento del contrato BOOMT por parte del doctor **LUIS GUILLERMO GÓMEZ ATEHORTÚA**, a través del conocimiento que tenía y el compromiso adquirido con los representantes de EPM ESP al momento de su contratación como gerente de la empresa, para sacar adelante un acuerdo de accionistas a favor de ella, de EPM; hecho probado a través de las pruebas documentales públicas y actas de Juntas Directivas mencionadas.

Así, agrega, que la Fiscalía probó que Gómez Atehortúa a partir de la aceptación del cargo de gerente de Hidroituango, fue la persona que permitió al interior de las Juntas Directivas de la sociedad, que EPM coordinara con *audacia y realismo*, es decir, de manera inescrupulosa, interesada, contraria a los principios, la suerte que debía seguir la suscripción del contrato BOOMT en provecho de EPM.

Dicha conducta dolosa, interesada, se evidencia en diferentes actos que constituyen una clara desviación de poder. Primero, se rodeó de exfuncionarios de EPM ESP como cabezas visibles en la administración de Hidroituango; segundo, permitió que el IDEA se encargara de seleccionar a la banca de inversión que estructuraría una subasta pública a través de una invitación pública internacional preclasificatoria; tercero, permitió que EPM ESP tuviera conocimiento del proceso de invitación pública internacional en desventaja de los demás proponentes; cuarto, permitió la participación directa de EPM en la modificación de los estatutos contractuales de la Hidroeléctrica, a pesar de que si bien era su accionista, se presentaba como oferente en la convocatoria pública internacional y en el mismo objeto de la convocatoria. Así, la participación de exfuncionarios de EMP en Hidroituango para resolver temas trascendentes en el proceso del contrato BOOMT; el doctor **LUIS**

GUILLERMO GÓMEZ ATEHORTÚA, vinculó al menos tres profesionales que fueron determinantes en el trámite del proceso de contratación: la abogada María Isabel Vanegas, el financiero Juan Gonzalo Álvarez Restrepo, la Jefe de Control interno Yomaira Giraldo. En primer lugar, aduce, que la doctora María Isabel Vanegas, contratada como asesora de Hidroituango, profesional del derecho, ampliamente conocida en el sector, que por su confianza generaría la confianza necesaria al interior de la Junta Directiva sobre el cómo podría contratarse el BOOMT, ella había sido por años funcionaria de EPM ESP, allí se había encargado de asesorar y dirigir temas sensibles como la escisión de UNE, así como de los proyectos Porce; en el juicio intervino como testigo común de la defensa. En segundo lugar, en cuanto a Juan Gonzalo Álvarez Restrepo, en el mes de febrero de 2009, Gómez Atehortúa informó a la Junta Directiva de la contratación de un nuevo gerente de estructuración financiera para la Hidroeléctrica, se trata del exfuncionario de EPM ESP y testigo de la defensa, que llegó a la empresa por recomendación de la doctora Yomaira Giraldo Macías, según su propio testigo, así lo declaró en la sesión del de mayo de 2022 – minuto 00:52:21. *“Mis primeros años laborales yo trabajé diez años y medio en Empresas Públicas hasta el año 99 que me retiré y digamos, ahí básicamente, en toda la parte financiera, y digamos los últimos cinco años en Empresas Públicas de Medellín, pues era el subgerente de gestión de capitales, quien es el encargado de estructurar todo el financiamiento de proyectos de EMP. Entonces yo llego a Hidroituango por una llamada que recibo de quien en su momento fue mi jefe en EPM en el año 99, me contó que estaban en búsqueda de este cargo, que si estaba interesado, yo le manifesté que sí y me vine a Medellín y presenté una entrevista con el doctor Luis Guillermo Gómez y en cuestión de quince días estaba vinculado a la sociedad Hidroeléctrica Hidroituango; cuando se le preguntó por la persona que lo llamó para ser parte de Hidroituango, señaló: “la doctora Yomaira Giraldo”.*

Que la prueba documental presentada en el juicio demuestra que el doctor Juan Gonzalo Restrepo fue presentado a la Junta por el doctor Gómez Atehortúa, así (prueba 59 – acta No. 95): *“Entretanto, el doctor Luis Guillermo Gómez presenta al doctor Juan Gonzalo Álvarez quien ha comenzado a trabajar en la sociedad en el área de estructuración financiación, egresado de la EAFIT con especialización en Economía Internacional, lleva veinte años en el ejercicio de su profesión en el área financiera, trabajó diez años en EPM, fue subgerente en gestión de capitales y ha trabajado en compañías multinacionales en el área de gestión financiera”.* Con él,

dice la señora Fiscal, el ingeniero Gómez Atehortúa aseguró que desde el punto de vista financiero y de acuerdo con los esquemas negociales propuestos por las bancas de inversión, no hubiera objeción a la participación de EPM directamente en el negocio. Álvarez Restrepo participaba en las mesas de trabajo se conformaron con las bancas de inversión para definir el modelo a desarrollar en el negocio y participó en la evaluación de los proponentes que concurrieron a la invitación pública internacional que pre clasificó en último lugar a EPM.

Aduce que la prueba testimonial de la defensa, da cuenta de la importancia de la participación de Álvarez en este proceso de contratación, pues a pregunta formulada precisamente por la defensa, sobre quienes participaron en la selección de precalificados contestó, a minuto 022:55: *“Eh, la graduación sobre precalificación la hicimos nosotros la hicimos nosotros internamente en Hidroituango, acompañados los abogados nosotros, y de la banca de inversión, y ahí básicamente lo que hicimos fue una calificación”*. En efecto, prosigue la Fiscalía, ese proceso de precalificación fue utilizado para justificar la selección directa de EPM y suscribir el BOOMT con la empresa controlada por ésta, que determinó la necesidad de comunicar a los precalificados la decisión de terminar con el proceso de subasta – así se dirigió el comunicado (Prueba 93 de la Fiscalía): *“Como es de su conocimiento, una de las empresas precalificadas fue EPM, única compañía local que cumplió con los requisitos establecidos 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, por lo que le corresponderá esta actividad a Empresas Públicas de Medellín”*.

En tercer lugar, en el cargo de control interno de Hidroituango SA ESP, designó a la doctora Yomaira Giraldo Macías, también ex empleada de EPM, en el acta de Junta Directiva se lee (Prueba 61): *“El doctor Luis Guillermo Gómez, informa que la designación de la doctora Yomaira Giraldo Macías, para el cargo de directora de Control Interno y para ello, solicita la aprobación o refrendación por parte de la Junta Directiva, esa aprobación, es aprobado ese nombramiento por unanimidad”*. Esa designación generó inquietud sobre la posible incompatibilidad, dada su condición de pensionada de EPM, así se resolvió en la misma Junta: *“Con relación con la posible incompatibilidad por ser pensionada, el secretario de la Junta informa que*

ella es pensionada por Seguro Social, y esto no la habilita para estar vinculada con la hidroeléctrica. Sobre el tema de posibles incompatibilidades al interior de la hidroeléctrica, se tiene un detallado concepto del doctor Juan Guillermo Herrera Asesor laboral de la sociedad, este concepto se remitirá a los miembros de la Junta. Con motivo de este tema, el secretario de la Junta informa que solicitó a EPM, la suspensión de la pensión que se le venía pagando en virtud del arreglo hecho con EADE, con el fin de evitar posibles incompatibilidades”.

Seguidamente, se refiere la Fiscalía a la selección de la banca de inversión del BMP Paribas. Recuerda que había hecho alusión a los cuatro o cinco puntos que resultaban importantes o trascendentes en la conducta del doctor Juan Guillermo Gómez, como fueron en primer lugar, el de rodearse de exfuncionarios de EPM y en segundo lugar, permitir que el IDEA se encargara de seleccionar la Banca de Inversión, aspecto este último, recuerda que el IDEA se inclinaba por la opción de una subasta, entonces, era necesario conseguir la confianza del gobernador de Antioquia en la alternativa del proceso de negociación directa, para ello, Gómez Atehortúa en el mes de febrero de 2009, en Junta Directiva de Hidroituango, propuso que fuera el IDEA quien a través de un proceso interadministrativo, se encargara de la contratación de la banca de inversión para que estructurara el esquema de contratación; banca de inversión que planteó que fuera la selección del contrato BOOMT, a través de una subasta, precedida de una invitación pública internacional, algo que no convenía a los intereses particulares de EPM, ni respondía al objetivo de la designación del gerente Gómez Atehortúa (Prueba 59 Acta Junta Directiva del 25 de febrero de 2009 – hoja No.9). Que este se constituyó en un acto más a partir del cual, se pretendió aparentar un proceso transparente, pues como se probó en juicio, a recomendación del BMP Paribas fue la subasta pública, no fue finalmente atendida, no convenía a los intereses de EPM: en tercer lugar, refiere a la posición privilegiada de EPM, Gómez Atehortúa nunca se opuso a que Juan Felipe Gaviria actuara en las Juntas de Hidroituango como representante a los accionistas privados, a pesar de haber sido gerente de EPM, y en representación de ella, haber suscrito los convenios empresariales 030, 42, 4309 y 29990432023 – prueba 96 de la Fiscalía - para que EPM asesore el proyecto; Juan Felipe Gaviria primero fue Gerente de EPM, luego representante de los accionistas minoritarios en la Junta Directiva de Hidroituango y después nuevamente contratado por EMP para asesorar la propuesta de EPM para la subasta (Prueba No, 70 de la Fiscalía).

Agrega, que todas esas calidades conocidas por **LUIS GUILLERMO GÓMEZ ATEHORTÚA**, quien no se opuso en la intervención permanente en la Junta Directiva de Hidroituango, en la que se discutía un proceso de contratación con claro interés de EPM – *“El doctor Federico Restrepo solicita que quede constancia en el acta, que a partir de la presente reunión y con el fin de que no se generen posibles inhabilidades, también el doctor Juan Felipe Restrepo se retirará de la reunión de Junta cuando se trate el punto de informe de avance de la subasta, lo anterior, por cuanto empezará a trabajar como delegado de EPM en la elaboración de los documentos para armar la propuesta para la subasta”*

Resalta la Fiscalía, que es el 24 de noviembre de 2010 (acta directiva 108), y en ese momento, ya se conocían los siete precalificados y el último lugar lo ocupaba EPM ESP y si Hidroituango quería dar apertura de la subasta, lo que procedía era la publicación de los pliegos, es decir, el doctor Juan Felipe Gaviria había accedido a información privilegiada sobre las condiciones que exigirían las bancas de inversión para el proceso de la subasta, ya que de acuerdo con lo anterior, solo se retiró de la Junta Directiva de Hidroituango a partir del 24 de febrero de 2010. En efecto, su intervención, en temas relacionados con lo que sería la actividad de banca de inversión, quedó demostrada con la prueba 61 de la Fiscalía (acta de Junta Directiva 97 del año 2009 – hoja 9), donde se lee: *“El doctor Juan Felipe Gaviria, considera conveniente que se incluya un informe, para que la junta pueda conocer en detalle, cuáles son los requisitos de participación que propone la banca de inversión, para la presentación de ofertas en la subasta”*. Es decir, EPM contrató a la persona que tenía conocimientos sobre los informes de banca de inversión, a los que no podía acceder directamente en su condición de proponente, EMP lo contrató e Hidroituango, el gerente, permitió su intervención durante todo el acto previo, en el proceso de selección en la invitación.

En cuanto lugar, como otro acto relevante, la modificación de las normas contractuales. Dice que la Junta Directiva de Hidroituango decidió modificar su estatuto de contratación y lo hizo, en un procedimiento en el que Gómez Atehortúa como gerente de Hidroituango, permitió la participación activa de EPM; en efecto, avaló la participación de EPM en mesas de trabajo que con ese énfasis o con ese fin realizó Hidroituango, donde aprobaron las modificaciones o ajustes propuestos que dieron vida al acuerdo 009 de 2010, derogatorio de la resolución 005 de 2003 para la celebración del contrato BOOMT – *recuerda la señora Fiscal la expresión*

“!de tiempo en tiempo”, era necesaria la modificación”. Que ninguna objeción presentó a la actividad cumplida por EPM, en la revisión y aprobación de las modificaciones al manual de contratación de Hidroituango, lo que constituye una conducta previa, claramente violatoria de los principios de libre competencia y transparencia previstos en la ley 142 de 1.994, artículo 34 numeral 34.4., tal comportamiento se demostró a partir del contenido de las actas de Juntas Directivas donde se lee lo siguiente (Prueba 61): “ Puesto en consideración de la Junta el proyecto de contratación para Hidroituango, que se remitió previamente y después de una discusión sobre el tema, se aprueba que se da principio al proceso de aprobación de un nuevo estatuto de contratación. Inicialmente hay conceso en la reforma del encabezamiento del artículo 18 del actual estatuto de contratación que en la actualidad reza: “Para la selección del contratista, se acogerá a la solicitud privada o pública de ofertas o cotizaciones, las que se formularán de acuerdo con lo siguiente y quedará de la siguiente forma – artículo 18: para la selección del contratista se acogerá la solicitud privada o pública de ofertas o cotizaciones, de acuerdo con las circunstancias o necesidades particulares, la junta directiva podrá autorizar excepciones o adoptar otras modalidades de selección de contratistas, de conformidad con las normas establecidas en el Código Civil y en el Código de Comercio; así mismo, la Junta Directiva autorizará diferentes formas de asociación y celebración de empréstitos, tendientes al desarrollo del objeto social, el resto del artículo permanecerá como se encuentra en la actualidad. Puesto en consideración es aprobado por la unanimidad de los asistentes. La reforma, modificación o permanencia del resto de los artículos, se someterá al estudio de una mesa de trabajo que se conformará de la siguiente forma: por el IDEA la doctora Marisol Orozco, por el Departamento el doctor Juan Carlos Herrera, por EPM el doctor Gabriel Jaime Velásquez y María Alejandra Gil y los representantes de Hidroituango coordinados por el doctor Wilson Vélez Restrepo – Secretario General de la Sociedad (Prueba 61).

Destaca la representante del ente acusador, quienes conformaron las mesas de trabajo para la revisión de los estatutos de contratación de Hidroituango, dos miembros de EPM, entre ellos, el doctor Gabriel Jaime Velásquez Restrepo – Gerente jurídico del grupo empresarial EPM, quien fue llamado al juicio como testigo de la defensa, siendo importante tener en cuenta que el acta es del 29 de abril de 2009, época en la que se pretende contratar la banca de inversión que definiría el proceso de subasta de ahí, EPM comenzó a participar activamente en la reforma de

las normas que regían la contratación de Hidroituango sin declararse impedido, o por lo menos, declarar un conflicto de intereses al respecto. De acuerdo a lo consignado en el acta 98 del 127 de mayo de 2009, la comisión conformada por los abogados del IDEA, EPM, Gobernación e Hidroituango, siguieron reuniéndose para analizar el estatuto de contratación (Prueba 62) – *“El doctor Jesús Arturo Aristizábal, informa que la comisión prevista para la revisión del estatuto de contratación de la Hidroeléctrica, se ha venido reuniendo, realizando aportes y consolidando; para realizar la revisión final se tiene prevista una reunión para el próximo viernes 29 de mayo. Una vez terminada la revisión, se pasará el proyecto a la Junta Directiva para su aprobación”*. El doctor Jesús Arturo Aristizábal era funcionario de EPM.

Para el mes de julio de 2009 EPM, a través del Gerente Federico Restrepo Posada, presentó observaciones al manual de contratación de Hidroituango, situación que quedó registrada en el acta de la Junta así (Prueba 64 de la Fiscalía): *“Antes de terminar la reunión, el doctor Federico Restrepo anuncia la entrega a la gerencia de Hidroituango de una comunicación en la que presentan algunas objeciones o razones de transparencia al estatuto de contratación propuesto por la sociedad, que solicita se tomen en consideración al momento de tomar la definición. Esta comunicación se anexa a la presente acta”*

Que ya para el 6 de agosto de 2009, el gerente de EPM, doctor Federico Posada Restrepo, insiste en las observaciones del manual de contratación de la siguiente manera (Prueba 65): *“El doctor Federico Restrepo recuerda la comunicación que se remitió a la sociedad y que conocieron los miembros de la Junta sobre las observaciones que tienen al Estatuto, que parten de la consideración del estatuto de contratación que tiene EPM y en sus entidades filiales, ya que aprecian que entrarían en contradicción con el que se propone para la sociedad, si se aprueba la modalidad de contratación directa, ya que considera que toda la contratación se debe hacer previa a una solicitud pública de ofertas. Expresa el doctor Álvaro Vásquez que, en consideración a la apreciación anterior, propone que la administración realice una propuesta y la haga llegar a los miembros de la Junta, para que la pueda estudiar, antes de la próxima reunión de junta. A renglón seguido, destaca el doctor Federico Restrepo la incongruencia que existe entre el Estatuto de contratación propuesto y los estatutos sociales de Hidroituango con relación a la autorización que debe dar la junta para la contratación, recomendando que se elimine lo propuesto y se incluya el texto de los estatutos sociales. Manifiesta el doctor*

Álvaro Vásquez que dentro de la propuesta que va a remitir la administración a la Junta Directiva, considere la recomendación que le hace el señor Alcalde y EPM en su comunicación, incluya lo que le parezca lógico y cumpla la norma y lo remita con anticipación a la próxima reunión”

Destaca a la audiencia que está refiriendo al Estatuto de Contratación de Hidroituango, es decir, la contratante, sin embargo, se evidencia la posición dominante de EPM en lo que debe ser aprobado, al punto de considerar necesario de que, para el efecto, se debe tener en cuenta el estatuto de EPM y sus filiales, pues los estatutos deben ser consecuentes, no entrar en contradicción, eso es lo que refieren las actas. Al respecto, cuestiona el ente acusador: ¿acaso Hidroituango, representada por el ingeniero Gómez Atehortúa, se estaba portando como una filial de EPM? Posteriormente, el 26 de agosto de 2009, sobre el estatuto de contratación de Hidroituango EMP, expresó (Prueba 66): *“Sobre el tema plantea el doctor Álvaro Vásquez, que en la última reunión el doctor Álvaro Villegas propuso que se continuara con el estatuto de contratación que está vigente en la Hidroeléctrica; esta proposición no aparece en el texto del proyecto del acta 101 puesta a consideración de los miembros de la Junta Directiva que está vigente en la Hidroeléctrica, con relación a lo propuesto por EPM en la comunicación sobre el estatuto de contratación, expresa el doctor Federico Restrepo, que básicamente son dos puntos los que plantearon, dados los topes que se tienen en la propuesta del estatuto, la mayoría de los procesos de contratación serían por contratación directa, y ellos afirmaron que deberían ser por licitaciones o contratación pública, de acuerdo con lo establecido en el estatuto de contratación de EPM, a la que también rige el régimen de contratación privado de acuerdo con la ley 142. Presentaron esa observación por coherencia con su estatuto de contratación.*

El otro punto, era el del comité asesor de contratación integrado con representantes de la junta, consideran que la competencia de la contratación es de la administración, de la gerencia de la entidad, más que de la Junta Directiva, ya que piensan que si hay mucha injerencia de la junta en los procesos de contratación, sería una especie de cogobierno y opinan que no es conveniente que la junta esté involucrada en los procesos de contratación de la sociedad, agregan que lo que se dijo no es con el ánimo de ponerle palos a la rueda, y que si no se tenían en cuenta sus observaciones dejarían una constancia porque tienen que ser coherentes. Se suscita una discusión sobre lo tratado en la última reunión de la junta con relación

al estatuto de contratación y lo expresado en el borrador del acta correspondiente; después de un amplio debate en el que intervienen todos los integrantes de junta, se plantea la posibilidad de mantener vigente el actual estatuto de contratación de la sociedad, tal como lo propuso el doctor Álvaro Villegas en una reunión anterior, y se pregunta al doctor Luis Guillermo Gómez si con él se considera maniatado para dar agilidad a los procesos administrativos, el doctor Gómez manifiesta que puede funcionar sin ningún problema con el actual estatuto de contratación. Puesto a consideración por la presidencia, la Junta por unanimidad, conviene entonces continuar con el actual estatuto de contratación vigente para la sociedad. (Prueba 66). Es decir, después de una serie de discusiones en torno a la modificación del estatuto, en las que EPM tuvo un papel protagónico, a pesar de estar interesado en presentar su oferta para la ejecución del proyecto, Hidroituango decide seguir funcionando con el estatuto vigente, esto es, con la Resolución 005 de 2003, pues era necesario que el estatuto de contratación de Hidroituango fuera acorde con las normas contractuales de EPM, es decir, una decisión que se toma en agosto de 2009. Pero, la discusión no paró allí, porque en el año 2010, cuando se había suspendido tardíamente el proceso de subasta en la sesión del 25 de agosto de 2010, EPM ESP, a través de su gerente, el doctor Federico Restrepo Posada sobre el tema de modificación del manual de contratación de Hidroituango, sostuvo (Prueba 76): “ *El doctor Federico Restrepo interviene para manifestar que en relación con el tema propuesto a la junta y los que siguen para endeudamiento para túneles de desviación y de reaseguro, dado el avance de las negociaciones entre IDEA y EPM, considera que es más conveniente que EPM los asuma y por consiguiente, la contratación que para el efecto se adelante, debería tener en cuenta lo establecido en los procesos de contratación de EPM y su estatuto contractual, por lo tanto, propone que no se dé por el momento el debate sobre la reforma del estatuto de contratación de Hidroituango. En este punto, ingresa el doctor Luis Alfredo Ramos Gobernador de Antioquia y el doctor Jesús Alfonso Jaramillo Secretario Privado de la Gobernación; retoma el doctor Luis Guillermo Gómez el tema de la reforma del estatuto de contratación para informar que lo se ha propuesto es más bien una adecuación del estatuto, por algunas incongruencias o inconsistencias que tiene, ya que los temas sensibles no se tocan. El doctor Hugo Mora coincide que por la revisión que hizo de la propuesta de Hidroituango no hay modificaciones de fondo. El doctor Federico Restrepo propone que, de acuerdo a la anterior, y en la medida de que no interfiera con la contratación de los túneles de desviación, se apruebe la propuesta de reforma propuesta por Hidroituango al*

estatuto de contratación, con la ratificación que se debe hacer en reunión de abogados de EPM y de Hidroituango que están conociendo el tema. Puesto a consideración por el señor Presidente, es aprobado por unanimidad.

Finalmente, el Secretario General el día 24 de noviembre de 2010, expidió el estatuto de contratación de Hidroituango acuerdo 009 de 2010 derogatorio de la resolución 005 de 2003.

Resalta la señora Fiscal, que la discusión que se venía surtiendo sobre los términos de modificación al estatuto de contratación, quedó zanjada en el año 2010, justo cuando las partes, IDEA, Gobernación y EPM, llegaron al acuerdo de accionistas para que esta empresa fuera el que ejecutara el proyecto a través de EPM Ituango. Por ello, el estatuto contractual finalmente aprobado y constituido por el acuerdo 009 de 2010, sí tiene una modificación sustancial de la resolución 005 de 2003, y es precisamente en lo que se refiere a la contratación directa, tiempos que resultan muy importantes, esto es, en el 2009 se decide que se continúa con el mismo, pero cuando la negociación avanza, dicen que hay que ajustar el estatuto de contratación y, en efecto, se ajusta en acta de agosto de 2010 y el estatuto se profiere el 24 de noviembre de 2010.

Precisa seguidamente las modificaciones del estatuto. La resolución 005 de 2003, aprobada como prueba como prueba 9 de la defensa, del doctor **LUIS GUILLERMO GÓMEZ ATEHORTÚA**, señala en el artículo 26 lo siguiente: *“Negociación directa. Se podrá realizar negociación directa cuando existiendo una sola oferta elegible, se con 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 y/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”*

También, respecto a la modificación del acuerdo 009 de 2010 sobre la negociación directa, en su artículo 19 señala: *“Se podrá realizar negociación directa cuando habiendo una sola oferta elegible, se considere que pueden obtener mejores condiciones comerciales, en estos eventos, no podrá haber cambios sustanciales de las condiciones técnicas”*

Sobre esta temática, continúa la Fiscalía indicando que, comparadas así las normas, es claro que la Junta Directiva de Hidroituango SA ESP con la asesoría de los abogados de EPM ESP, eliminó el inciso 2º del artículo 26 de la resolución 005 de 2003, con el único fin de desaparecer la limitante que obligaba a Hidroituango a seguir un orden de negociación directa, precisamente porque el BOOMT que suscribieran los acusados, constituye un verdadero contrato de colaboración empresarial al estilo de un *Joint Ventures o project timer*, como lo llamó la doctora María Isabel Villegas a minuto 00.18.17 de su intervención, porque no solamente es un contrato bilateral, oneroso, innominado, atípico, es una asociación de empresas que se unen con un solo propósito, la construcción en este caso, de un proyecto de generación de energía eléctrica, a través de una presa hidráulica, a la que bautizaron Hidroituango. Agrega que, tal vez en nuestro país, en materia de definición de un contrato tipo BOOMT, no se encontrará en la jurisprudencia de nuestras altas cortes, pero sí a través de laudos arbitrales, siendo al parecer de la Fiscalía, una decisión hito en este tema, el producido en las controversias surtidas entre la electrificadora del Tolima – Electrolima - y la compañía energética de Melgar SA ESP. En ese caso, la controversia se surtía alrededor de un esquema contractual BOOT, que fue definido por el Tribunal de arbitramento como una forma contractual que tiene la finalidad de realizar obras de *“largo aliento”*, en el que la financiación y ejecución queda a cargo de un contratista y al final, la entidad contratista tiene derecho a que la obra sea transferida sin costo; laudo en el que incluso, se refirió a la similitud de este tipo de contratos con las concesiones regladas en la ley 80 de 1993 – Tribunal de arbitramento de la Cámara de Comercio de Bogotá, Centro de Arbitraje de Conciliación el 29 de febrero de 2008.

Continúa argumentando que, en el ámbito general y económico de los negocios, los contratos BOOT o BOOMT, son reconocidos como verdaderos *Joint Ventures*, en cuanto son verdaderos contratos de colaboración empresarial. Que el perito de la defensa, el doctor Carlos Alberto Atehortúa, se refirió a este tipo de contrato a minuto 0:25, precisando lo siguiente: *“Tienen como muy diversas expresiones, dependiendo de los intereses que se vayan a manejar en cada caso concreto, entonces hay veces uno contrata la financiación de un contrato, que se contrata a alguien, a una banca de inversión para que contrate la financiación, hay veces, la entidad tiene los recursos para financiar, ya no contrata de inversión sino que contrata la construcción, hay veces que la empresa tiene para hacer la obra y para construirla, pero no tiene experticio especial, y entonces buscamos a un experto*

que nos la opere, nos la administre, que nos la ponga en funcionamiento, entonces que pasa? Es que los contratos, dijéramos, como más complejos que se puedan celebrar incluyen todas las etapas, todas, todas las etapas que uno puede pensar que se pueden incluir en la celebración de este tipo de contratos”

Es decir, los testigos peritos de la defensa, se refieren a las actividades propias de la naturaleza del contrato, pero lo que no han dicho, es que son ejemplo perfecto de colaboraciones empresariales. En efecto, es la unión de esfuerzos sin crear personas jurídicas nuevas para el desarrollo del proyecto; por eso, lo equipara la testigo María Isabel Vanegas a un *Project Timer*, porque es una herramienta de financiación. En esencia los contratos son innominados, llámense como se llamen; se reconocen con distintos anglicismos en este caso, de proyectos de alianzas estratégicas; en el ámbito general y económico de los negocios, los contratos BOT, BOOT, BOOMT, son verdaderos contratos de colaboración empresarial, en tanto las empresas se unen para lograr un objetivo común, ya sea introducirse en un nuevo mercado o desarrollado. Por eso, eliminar de la resolución 005 de 2003, la limitante del orden de elegibilidad que obligaba a Hidroituango, se constituyó en un acto para legitimar lo que ya habían realizado, negociar directamente con sus propios socios que apenas habían ocupado el séptimo lugar; lo que evidencia una conducta dolosa, claramente orientada a realizar hechos cumplidos. El acuerdo 009 de noviembre de 2010, se promulgó cuando ya los acuerdos entre empresas y accionistas se habían celebrado – de tiempo en tiempo se aplicaba el estatuto -.

Que, seguramente la defensa dirá que era inevitable que EPM como socio, accionista y asesor de Hidroituango, recomendara y decidiera sobre las normas que regían la contratación de la Hidroeléctrica. Claro, dentro de un ámbito de contratación privado, pues es un acto transparente y precisamente objetivo, en cuanto pugna por establecimiento de reglas objetivas de la selección – que eso podría sugerir la defensa - Pues ni transparente ni objetivo, todo lo contrario, es arbitrario, es oportunista y sobre todo, violatorio de sus propias reglas contractuales que consagraban la sujeción a los principios de contratación pública y la función pública; limitantes de la libre competencia, en cuanto violó los principios de la Ronda de Uruguay, garante de la inversión privada, que se cercenó con la suspensión de la subasta y la negociación directa paralela. Recuerda que el concepto de la Ronda de Uruguay lo trajo el mismo perito de la defensa y está en el proceso de invitación pública. Punto este, que, para la Fiscalía, resulta de mayor importancia, en tanto la

invitación pública a precalificar, según lo ha demostrado la fiscalía, se tornaba obligatorio cuando se precalificaran los proponentes, se les comunicara esa decisión e Hidroituango procediera a la publicación de los prepliegos de la subasta, lo cual se consagró en la invitación de la siguiente manera (Numeral 2.1 – prueba 93): *“Objeto. 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 adjudicación del proyecto y de las versiones iniciales de los contratos del proyecto, con la finalidad de recibir comentarios de los precalificados”*. ¿Destaca la señora Fiscalía, que la pregunta que surge para la judicatura, es donde está la norma que obligaba a Hidroituango a llevar a cabo una subasta? En primer lugar, en el contenido de la invitación pública, porque la publicación de los prepliegos se hacía una vez se decidiera dar curso al proceso de subasta y esa publicación se hizo, así se probó (Prueba 73 – acta de la Junta Directiva de Hidroituango No, 111 del 9 de junio de 2010 – hoja 5); en segundo lugar, en la resolución 005 de 2003 – artículo 2º, según el cual, la contratación se regía por las normas de derecho privado y las leyes 142 y 143 de 1994, siendo este el marco de contratación de la Hidroeléctrica para el momento en que se hizo la invitación pública a precalificar y hasta unos meses antes de la firma del contrato BOOMT, y de ahí el afán de modificar el estatuto.

Bajo ese marco, era obligatorio para la hidroeléctrica la aplicación del principio de la buena fe contractual del que tratan los artículos 863 y 871 del Código de Comercio, claramente vulnerado en este proceso de contratación. Es lo que ha sostenido el Consejo de Estado cuando en fallo de unificación del 3 de septiembre de 2020 – Rdo. 42.003, expresó: *“Los artículos 31 y 32 de la ley 142 de 1.994, vigentes al momento de los hechos y en la actualidad, establecieron por regla general un régimen de derecho privado para para los contratos y para los actos de los prestadores de servicios públicos domiciliarios. Con base en dichas normas, es el entendimiento de esta Sala , que salvo los puntuales casos previstos en la ley, en los que se entiende, pueden proferirse actos administrativos, los actos jurídicos o precontractuales o contractuales emitidos por los prestadores de los servicios públicos domiciliarios, no pueden estimarse como tales; la naturaleza privada de*

este tipo de actos y su consecuente régimen jurídico civil y comercial, no obsta para que de conformidad con lo dispuesto en la ley 13 de la ley 1150 de 2007, deban observarse de manera compatible con lo anterior, los principios que orientan la función administrativa. Tal observancia como lo pone en evidencia la redacción de esta disposición, no desnaturaliza el régimen jurídico descrito, y, por ende, en los términos expuestos, la naturaleza de sus actos”

Y, más adelante, sobre los actos precontractuales en un régimen privado, dispuso: *“Cuando un sujeto comercial, persona natural o jurídica, realiza una invitación a que le presenten propuestas, se espera que ese acto se comuniquen de la forma más clara y precisa posible, porque será valorado por los potenciales oferentes, quienes acomoden su conducta al entendimiento que puedan o deban dar. Esto justifica que quien realice una invitación, tenga que asumir las consecuencias que conlleve la ambigüedad o equivocidad objetivamente apreciables del medio de expresión que haya empleado para hacer la referida invitación. Ello es así, en la medida en que, así como podría invocar el contenido de ese acto para dejar a salvo su responsabilidad en determinado momento, fundamentalmente en el caso de que estime, que estime conforme con las reglas comunicadas, ninguna de las ofertas que recibió cumple con sus requerimientos, como justa contrapartida, estará llamado a responder por la violación de la cláusula general de la buena fe, de las eventuales implicaciones que la falta de claridad, precisión o plenitud en los términos o condiciones o el nombre que se les dé, produzca en terceros que de buena fe, pudieron estarse a un determinado entendimiento frente a los mismos. La omisión de la entidad, tuvo ocurrencia en una etapa en que los sujetos negociales debían obrar de conformidad con los postulados de buena fe, la lealtad y el respeto de los derechos y expectativas, tanto de las etapas previas de la contratación como con posterioridad durante la celebración y ejecución del contrato; ello, con base en lo consagrado en los artículos 863 y 871 del Código de Comercio, de los hechos y de la normatividad aplicable al caso, se desprende que del actuar desplegado por la empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá constituyó un incumplimiento del deber de lealtad y de buena fe precontractual. El hecho de haber incluido reglas confusas en condiciones y términos de la invitación que generaban una expectativa equívoca en los proponentes y con base en las cuales se seleccionó a un contratista, es clara muestra de la vulneración al deber de lealtad comercial”*

La respuesta está allí, prosigue con su intervención el ente acusador, precisamente en la invitación a precalificar, que esta fue la normatividad que estableció, que creó Hidroituango y la que dispuso – *en caso de que Hidroituango decida dar curso proceso, publicará y comunicará a quienes resulten precalificados unos prepliegos*”, pues sus normas privadas que referían al ordenamiento privado – artículo 2º de la resolución 005 de 2003, consagraban la aplicación del principio de buena fe contractual prevista en los artículos 863 y 871 del Código de Comercio. La obligatoriedad de llevar a cabo la subasta, era una preocupación latente al interior de la junta, tanto es así, que la doctora Ana Cristina Moreno en la sesión del 9 de junio del 2010, cuestionó sobre la oficialidad de los documentos publicados en la página web de la entidad el día 18 de marzo de 2010, en los siguientes términos (Prueba 10 de la Fiscalía): *“Pregunta la doctora Ana Cristina Moreno si los documentos publicados el 18 de marzo de 2010 fueron oficiales. Responde el doctor Wilson Vélez, que los prepliegos se colgaron oficialmente en la página web de Hidroituango, incluso personas interesadas en el proceso, incluyendo los representantes de EPM en la subasta, realizaron preguntas sobre ellos”*

Este hecho, la publicación de los prepliegos, es tan trascendente – recalca la Fiscalía -, que la defensa quiso desvirtuar la prueba testimonial, la prueba documental (esa acta), con el testimonio de la doctora María Isabel Vanegas, quien no tuvo más que reconocer la efectiva publicación de los prepliegos, así se desarrolló el contrainterrogatorio, cuando la Fiscalía solicitó poner de presente a la testigo esa prueba 73 que corresponde al acta No. 111 de la Junta Directiva de Hidroituango del año 2010, la testigo lee, minuto 1:36:25: *“(Está en ese momento leyendo el acta la testigo). Pregunta la doctora Ana Cristina Moreno si los documentos publicados el 18 de marzo de 2010 fueron oficiales. Responde el doctor Wilson Vélez que los - (que en ese momento – resalta la señora Fiscal, que, sobre la lectura del documento, la testigo advirtió que, en efecto, hubo una publicación de prepliegos y que esta fue oficial. Por lo que su testimonio en ese momento debió ajustarse al contenido de la evidencia, y así reaccionó: “Ah, mire que sí, fue la tercera semana de marzo que los prepliegos se colgaron oficialmente en la página web de Hidroituango, incluso personas interesadas en el proceso (ella continuó la lectura), incluyendo los representantes de EPM en la subasta realizaron preguntas sobre ellos”*

En esas condiciones, la Fiscalía continuó con el conainterrogatorio para hacer precisión, y esto le preguntó a minuto 1.36.58: “¿Según eso, hubo publicación de prepliegos el 18 de marzo de 2010? Contestó: Sí señora. Le pregunta la Fiscalía: ¿Fueron oficiales? Y la testigo contestó: “Fueron oficiales, claro los colgó la sociedad – continúa la testigo -, yo no tenía certeza, pero le dije que creía que habían sido colgados en la tercera semana de marzo” – Acto seguido, se requirió la lectura del comunicado sobre la suspensión que fue aprobado en la junta, por lo que la testigo leyó lo siguiente: “El gerente general de la Hidroeléctrica Ituango informa a la opinión pública de Colombia, Antioquia, Medellín y a los interesados en el proceso de selección inversionista para la financiación, construcción, operación y mantenimiento de la Hidroeléctrica Ituango, que la Junta Directiva de la sociedad, autorizó el día de hoy la suspensión de la iniciación del proceso de subasta que se había anunciado el 18 de marzo de 2010, por la página web de Hidroituango y del cual se ha tenido amplia difusión por los medios nacionales y locales” Minuto 1.37.09.

Puntualiza que la Fiscalía entonces probó, que la subasta sí era obligatoria por expresa disposición de los términos de la invitación pública internacional a precalificar; es decir, las propias reglas del proceso creadas por Hidroituango SA ESP, de acuerdo con el régimen contractual privado que regía. Además, la Fiscalía incorporó las pruebas 41 y 42 que corresponden a las actas de la Junta Directiva del IDEA, acta sin número del 27 de enero y acta No. 2 del 24 de febrero de 2010, en las que se ratifica lo dicho, que la subasta era obligatoria y que la publicación de los prepliegos era el hito que marcaba el inicio de la subasta. As, dice, en el acta de Junta Directiva sin número del 27 de enero de 2010, se lee: “El gerente informa que el 18 de enero de 2010, se cerró la etapa de precalificación en el proceso que se adelanta para la selección del inversionista que financiará, construirá y operará el proyecto hidroeléctrico Ituango, señalando que se presentaron once preclasificados, hay varias firmas que van a quedar descalificadas en el proceso ya que no cumplieron con los requisitos exigidos en los pliegos que son insubsanables. El doctor Julio Enrique Botero destaca que el propósito de este negocio, desde el principio, es proporcionarle al departamento unos ingresos diferentes a los provenientes de los impuestos tradicionales. Recuerda el gerente a los miembros de la junta directiva, que el propósito por el que se trabaja es que el próximo viernes 21 de marzo de 2010, a las 9 a.m., en el auditorio del IDEA, se realizará la subasta

a viva voz, para seleccionar al inversionista que financiará, construirá y operará el proyecto hidroeléctrico Ituango”

Y, en la sesión del 24 de febrero de 2010, la Junta Directiva del IDEA, el gerente expresó: *“Los prepliegos estarán confeccionados para publicar el 18 de marzo, estos documentos son claves, ya que, en ellos, quedará definido el modelo del negocio, y solo será a partir de su publicación, que los interesados empezarán a analizar toda la información al respecto; momento a partir del cual queda el proceso abierto desde el punto de vista legal, es decir, la publicación de los prepliegos”*

Siendo lo cierto que, en el mes de noviembre de 2009, se dio inicio a la invitación pública internacional a precalificar, y mostraron su interés de participar en la mismo alrededor de once empresas, siendo descalificadas cinco y se precalificaron seis, dentro de las que se destaca EPM ESP. Luego, ante la solicitud de revisión financiera, se incluyó, evaluó y precalificó a la empresa constructora Norberto Odebrecht de Brasil, la cual, por su inclusión, desplazó al séptimo lugar por elegibilidad a Empresas Públicas de Medellín – EPM ESP -, conforme a la decisión 015 del 2 de febrero de 2010 (Prueba 93 de la Fiscalía).

Que resulta muy importante porque lo ha dicho de manera reiterada, a lo largo de la práctica probatoria, y la defensa ha insistido en que no había un orden de elegibilidad. Sin embargo, en primer lugar, hay una precalificación del 1 al 6, el sexto es Empresas Públicas de Medellín; sobre esa precalificación hay una observación de la constructora Norberto Odebrecht, después de que hacen la revisión de la propuesta de la constructora para ser precalificada, ocurre que ésta entra en la precalificación. Entonces, destaca la señora Fiscal, si no existiera un orden de elegibilidad, la lógica indicaría que la constructora Norberto Odebrecht iría de séptima porque fue la última a precalificar. Pero no. La constructora entró en cuarto lugar, en cuarto orden de elegibilidad. ¿Y por qué había un orden de elegibilidad? Porque el estatuto contractual que para ese momento regía, hablaba de un orden de elegibilidad y hablaba de la importancia de ese orden de elegibilidad en contratos de colaboración empresarial. Entonces sí había un orden de elegibilidad. La decisión 15 sí presenta los precalificados en un orden de elegibilidad, porque el documento no se puede ver en forma aislado, hay que verlo en el contexto en que la Fiscalía lo está presentando, y visualmente se puede ver. La constructora Odebrecht que solicitó una revisión de su precalificación entra de cuarta en el orden

de elegibilidad y desplaza a las tres siguientes, por lo que Empresas Públicas de Medellín quedó de séptima, a más de las consideraciones que se plantearon sobre la forma como fue precalificada.

Por otra parte, sostiene, que la Fiscalía probó que Gómez Atehortúa, a sabiendas de que se habían precalificado seis empresas diferentes a EPM para participar en la subasta internacional que adjudicaría el contrato BOOMT y aseguraría la puja para lograr el mejor precio, junto con el señor Restrepo Posada gerente de EPM en las Juntas Directivas de Hidroituango, propendió por la suspensión del proceso público, pero no por su terminación, pues la negociación directa se encontraba en curso, tenían que asegurar alguno de los procesos. La prueba 72 de la Fiscalía, es decir, el acta de Junta Directiva de Hidroituango No. 110 del 28 de abril de 2010, que continúa hasta el 5 de mayo del mismo año, demuestra que los asesores externos o las bancas de inversión del proceso de invitación pública internacional, le recomendaron a la junta no continuar con el proceso de negociación directa y publicar esa manifestación. El doctor Juan Gonzalo Álvarez como estructurador financiero de Hidroituango, quien fue traído como testigo de la defensa, intervino en esa sesión de junta directiva y sobre su intervención consta lo siguiente: *“Finalmente, el doctor Juan Gonzalo Álvarez expresa que 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 publicarse, la manifestación expresa de que a partir de esta publicación no habrá negociación directa entre estas dos entidades. Para apoyar la anterior propuesta, intervienen los doctores Leonardo Osorio y Juan Fernando Gaviria”*

Enfatiza que lo primero que hay que decir, es que, para aquella fecha, los prepliegos ya se habían publicado, entonces la sociedad Hidroituango estaba desconociendo, no solamente el cronograma del proyecto, sino los hechos ya cumplidos. Leonardo Osorio representaba al BNP Paribas y Juan Fernando Gaviria representaba a la firma de abogados Prieto Carrizosa. Ellos, estructuraron el proceso de invitación pública internacional y sabían que, a partir de la publicación de los prepliegos, solo podía existir un proceso de selección del contratista, un único proceso de selección, eso es, la subasta; los prepliegos ya estaban publicados y ya no había otra modalidad de contratación. Que fue justo en ese momento, en el que intervino el doctor Federico Restrepo como gerente de EMP y precalificado, con la audacia y

realismo que requería el doctor Gómez Atehortúa, consciente de la posición privilegiada de EPM, quien impuso la necesidad de suspender la publicación de los prepliegos, sin considerar que la subasta ya era obligatoria, en los términos de la invitación pública a precalificar, porque tal publicación ya había ocurrido desde el 18 de marzo de 2010 (Prueba 72 de la Fiscalía – acta 110 del 28 de abril de 2010, que continuó el 5 de mayo): *“Después de un amplio debate, el doctor Federico Restrepo reitera, que en el entendido que se está adelantando un proceso de negociación-IDEA y EPM, la publicación de los prepliegos se deben suspender hasta tanto se dé un proceso de convergencia en la negociación directa o ésta fracase. Propone el doctor Álvaro Vásquez, que como se solicitó anteriormente, se suspenda la junta hasta el próximo miércoles cinco de mayo, con la finalidad de definir, bajo los supuestos expresados por el doctor Restrepo, la suspensión o continuación del proceso de subasta y como su consecuencia, la publicación o no de los prepliegos del proceso, al igual que la manifestación solicitada. Por unanimidad, se aprueba la proposición presentada por el doctor Álvaro Vásquez, una vez agotada el orden del día”*

La sesión de la Junta, continuó efectivamente el 5 de mayo de 2010, y su acta da cuenta, de cómo los participantes, ante la imposibilidad de suspender la publicidad de los prepliegos ya publicados, insisten en la suspensión de la subasta y autorizar la negociación directa, la cual como se probó, se había iniciado formalmente, por lo menos el 24 de diciembre de 2009 entre EPM ESP e Hidroituango SA ESP de la siguiente manera (Prueba 72): *“Para dar continuidad al tema de la reunión del 28 de abril, sobre la suspensión del proceso de subasta y publicación de prepliegos, el doctor Álvaro Vásquez, informa sobre las conversaciones que han sostenido entre EPM y el IDEA, indica que el avance de las conversaciones se tiene tres temas por definir, a saber: primero, suspender la subasta; segundo, autorizar la negociación directa entre Hidroituango y EPM y tercero, modificar el objeto del contrato de BNP Paribas, de tal suerte que permita desarrollar una asesoría para esa negociación directa”*. Pero lo más grave, puntualiza la señora Fiscal, es la conciencia de la ilicitud de la realización paralela que se estaba dando entre la subasta y la negociación directa.

En la misma prueba No. 72, el doctor Federico Restrepo, expresa que, para el beneficio del proceso, han considerado que no es conveniente, que se estén realizando dos procesos de manera paralela, el de subasta y el de la negociación

directa. Piensa que se debe suspender inicialmente el término de publicación de la subasta para evitar conflictos con los otros proponentes. Expresa preocupación, que, en el evento de no llegar a un acuerdo, si participa la banca inversión BNP Paribas, a pesar de un acuerdo de confidencialidad, si se adelanta posteriormente la subasta y la gana otro proponente, se pueda filtrar la información privilegiada que suministre EPM.

Que esta situación se reitera, cuando párrafos más adelante y en la misma acta, se lee: *“El doctor Sergio Betancur anota, sobre la mención de Leonardo Osorio del BNT, al tema de seriedad, que probablemente hacía referencia a que, desde el punto de vista internacional, no se consideraba serio, tener al mismo tiempo el proceso de subasta y las negociaciones directas”*

Así, reitera la Fiscalía, que fue EPM quien decidió la suspensión de la subasta y todos lo aprobaron. El término de procesos de selección paralelos surgió ahí, en el seno de la Junta Directiva de Hidroituango. Que dirá la defensa del doctor Luis Guillermo que él no tenía voto, estaba presente, en todas las actas estuvo presente y conoció esta minucia, es más, esto lo conocía el representante de EPM ESP quien venía adelantando y liderando todo esto, donde el gerente era el doctor Luis Guillermo; así que no es del imaginario de la Fiscalía, no es una interpretación acomodada del ente acusador, es una realidad el proceso paralelo que estaba tallando en la junta y por eso era necesario, urgente, suspender uno de los procesos, por supuesto suspender la subasta. Que en todas estas actas se registra la presencia del ingeniero **LUIS GUILLERMO GÓMEZ ATEHORTÚA**, y por eso la necesidad que vio la Fiscalía en referirse de manera detallada a la función que él cumplía como gerente de la empresa. Como si la selección objetiva del contratista no fuera un principio de contratación en Colombia, pública y privada, buena fe; llevar dos procesos paralelos no es serio ni en el derecho interno ni en el derecho internacional, no es transparente, y es una prueba de la consciencia de la violación de los estatutos de Hidroituango, a la ley 142 de 1.994 y al artículo 209 de la Constitución. Insiste la Fiscalía en que la invitación pública a precalificar, en esa invitación, se precisó (Prueba 93 de la Fiscalía): *“En cualquier caso, los principios de no discriminación de no discriminación y de tratamiento nacional de la organización mundial del comercio, incluidos en el artículo 3º, acuerdo sobre la contratación pública correspondiente al acuerdo de la Ronda de Uruguay, serán incluidos en los términos de referencia definitivos. En virtud de esta invitación a*

precalificar, el proceso es abierto, en los términos del artículo 7º del acuerdo sobre contratación pública mencionado” (Prueba 93 de la Fiscalía). Esto, dice la citación pública.

Que por eso, cuando la defensa, con el testigo perito, de manera ligera hizo referencia al acuerdo de la Ronda de Uruguay, la Fiscalía retomó el tema en el conainterrogatorio y lo precisó, porque la Fiscalía conocía muy bien la invitación pública internacional hacía referencia a ese acuerdo, que es un instrumento cuya importancia fue resaltada por el testigo perito de la defensa, el doctor Carlos Alberto Atehortúa Ríos, quien de manera genérica en el interrogatorio directo, al explicar la naturaleza de las empresas de servicios públicos hizo referencia a: *“Eventos internacionales de mucha importancia, eso con la consolidación de la GATT”*, este último – agrega la señora Fiscal - que es el acuerdo general sobre aranceles aduaneros y comercio, y así lo dijo. Por lo que la Fiscalía en el conainterrogatorio, solicitó al testigo precisar la importancia del evento, y al respecto señaló: *“Por qué la cité? Ah, porque eso es histórico, en el mundo de los negocios públicos eso es histórico, porque se tomaron decisiones que tienen que ver con la apertura, la internacionalización y la globalización de los mercados y se definió la transformación del GAT en GATT, o sea, el libre comercio de bienes pasó a ser el libre comercio de servicios, conjuntamente con los acuerdos originales de la OIC, ahí, ahí, se fijó una línea que se siguió paradójicamente en todos los países de américa latina, menos en Uruguay, y fue la de permitir la liberalización del sector de los servicios, lo que permitía, lo que permitía por primera vez que entraran empresas privadas a prestar servicios públicos en general, no solamente domiciliarios, sino en general en los diversos países de américa latina desde 1910, y con especial énfasis, desde 1936. Colombia optó monolíticamente la tesis del monopolio público y de la estrategia pública exclusiva en asuntos propios de la prestación de servicios públicos. A partir de 1.986, a partir de ese año y en américa latina por esa época que se da la consolidación de la OMC, la transformación ahí, ahí aparece una instrucción general de que los países deben permitir que los operadores privados incursionen en el mundo de los servicios públicos. Eso de alguna manera es una variación a la sustancial a la teoría del servicio público, por cuanto de todas las potestades públicas asociadas al servicio público, eran basadas en el monopolio público y no había prestación privada, los pocos privados que habían, eran habilitados mediante contratos de concesión a partir de la constitución de 1991, en el segundo inciso del artículo 365, que precisamente obedeciendo a esas*

instrucciones mundiales que obligaban de alguna manera en compromisos con los tratados de libre comercio, entre otras cosas, Colombia, viene a suscribir por la mismísima época, el tratado de libre comercio de servicios, tal vez incorporado a nuestro ordenamiento jurídico por la ley 171 aparece pues entonces, la entrada de particulares”

Y posteriormente, a pregunta de la fiscalía sobre la trascendencia del acuerdo y la obligación de los países de permitir que los operadores privados ingresen al mercado de servicios públicos, explicó: *“Sí, ese es un compromiso internacional, claro, junto con las reglas del derecho interno. Claro está, los servicios públicos no son mercancías, esa es una posición radical que mantenemos en Colombia y en la constitución del 91 el inciso primero del 365 dijo claramente eso, los servicios públicos son inherentes a la función social del estado que tiene el deber de garantizar su prestación eficiente, a la totalidad de los habitantes del territorio. Es el inciso segundo el que tangencialmente establece y tenía que hacerlo que los servicios públicos pueden ser prestados por el Estado, los particulares y las comunidades organizadas, pero le añado una cosa que para mí es de vital importancia, cuando se estaba redactando el artículo 2º de la Ley 142, se preguntó si la competencia era elemento esencial del servicio público, cuando se dice que cuáles son los fundamentos del servicio público en Colombia, cuando uno empieza a leer ese artículo 2º es básico que dice que los servicios se prestan en competencia. Sin embargo, es clarísimo en decir que el fundamento del servicio público es el artículo 334, la intervención, la libertad económica 336 y 365, pero don una clara intervención del estado y esa intervención del estado direccionada a que se cumplan los fines sociales, ahí hay una diferencia grandísima entre los modelos que privatizan donde simplemente se someten los servicios públicos al Código de Comercio, y así como nosotros, nuestra tradición jurídica, este el contrato de transporte siendo servicio público se rija por el Código de Comercio en el modelo colombiano no lo dejó en el Código Contencioso Administrativo, no lo dejó en el Código de Comercio y rige entonces una ley especial, que es la ley 142”.*

La explicación le resulta suficiente a la fiscalía para advertir, que al momento de elaborar la invitación pública a calificar, la junta directiva era consciente de la necesidad de asegurar la libre concurrencia de los oferentes públicos y privados, es la internacionalización generación del mercado de energía eléctrica; sin embargo, es en el curso del proceso, cuando el interés particular de EPM primó sobre el

general poniendo en riesgo la prestación del servicio de energía eléctrica en Colombia debido al impacto que genera Hidroituango en los índices de generación para cubrir las necesidades eléctricas del país a partir del año 2018, fecha a partirse había adquirido la obligación de generar el cumplimiento de los compromisos de energía firme; aspecto que fue ampliamente explicado por la testigo de la Fiscalía, la doctora Milena Mendoza Ortiz, Es por esto, que la acusación de la Fiscalía hace referencia a los tratos no discriminatorios y de preferencia de ofertas nacionales sobre extranjeros en los siguientes términos: *“Igualmente, frente al de selección objetiva, en consonancia con el numeral 2º del artículo 5 de la ley 1150 de 2007, los proponentes de origen extranjero no pueden ser evaluados en condiciones diferentes de las que se exigen para los proponentes nacionales, dado que ello, desequilibraría el proceso de selecciones. Esa norma de la ley 1150 de 2007 si bien hace parte del estatuto de contratación estatal, desarrolla los principios de selección objetiva, de libre competencia y no discriminación; principios acogidos por la ley 142 de 1994 en su artículo 34 numeral 34.4 cuando señala; “Prohibición de prácticas discriminatorias, abusivas o restrictivas. Las empresas públicas en todos sus actos o 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. Cualquier clase de acuerdo con eventuales opositores o competidores durante el trámite de cualquier acto o contrato en el que deba hacerse citaciones al público o eventuales competidores y que tenga como propósito o efecto modificar el resultado que se habría obtenido en plena competencia”.*

Son principios acogidos por la empresa Hidroituango SA ESP en sus manuales de contratación, así: En la resolución 005 de 2003, por el cual se expiden normas generales de contratación de la Hidroeléctrica Pescadero Ituango SA ESP; artículo 2º de las normas aplicables a los contratos, la contratación de la hidroeléctrica Pescadero Ituango SA ESP, se rige como norma general por los principios y las leyes 142 y 143 de 1994, sin perjuicio de las excepciones consagradas en el estatuto; artículo 3º. Principios que rigen la contratación. La contratación la Hidroeléctrica Pescadero Ituango SA ESP, se realizará en el ámbito de la libre competencia con criterios de suficiencia de la administración orientada por los principios de la buena fe, moralidad, transparencia, economía, equidad, responsabilidad, igualdad, imparcialidad y celeridad. En el acuerdo 009 de 2010, a partir de sus considerandos, así: Primero. Que las leyes 142 y 143 de 1994,

establecen que el régimen de contratación aplicable a las empresas que prestan servicios públicos domiciliarios y actividades complementarias, es el del derecho privado con sujeción a los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal previstos en los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, de conformidad con lo previsto en el artículo 13 de la ley 1150 de 2007. Artículo 2º. Principios que rigen la contratación. La contratación en la empresa se realizará en un ámbito de libre competencia, orientada por los principios de transparencia, selección objetiva, economía y de responsabilidad. Igualmente, de conformidad con lo establecido en 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.

Prosigue con su intervención la representante del ente acusador, indicando que a lo largo del debate probatorio, la fiscalía se ocupó de resaltar que el ingeniero **GÓMEZ ATEHORTÚA** como gerente de Hidroituango, esto presente y participó de manera activa en todas las discusiones sobre la adjudicación del contrato BOOMT, por lo que conocía y era de la forma en que se surtían los procesos de selección paralelos, y si reparo alguno, sin causal que justifique esa conducta, contraria al ordenamiento constitucional, legal y reglamentario, celebró el contrato. Que la Fiscalía probó que el ingeniero **GÓMEZ ATEHORTÚA** y toda la junta Directiva de Hidroituango SA ESP, desplegaron una serie de conductas que significaron la configuración de tratos discriminatorios a los proponentes de la invitación pública internacional, bajo criterios subjetivos, regionalistas y privilegiaron la selección dentro de una negociación directa paralela, simultánea, acomodada de su socio accionista asesor EPM ESP, cuando el mandato de absoluto cumplimiento de acuerdo a la ley que la rige y sus propios estatutos les ordenaba precisamente lo contrario, evitar privilegios y discriminaciones injustificados, cuando las empresas de servicios públicos domiciliarios decidan celebrar contratos y cualquier clase de acto sin importar su cantidad, o naturaleza oficial o privada o mixta. Esa situación de discriminación fue demostrada con prueba documental conforme se ha relacionado con el contenido de las actas de las Juntas directivas y del IDEA, pero además específicamente, sobre la terminación del proceso de subasta, el acta de junta directiva 117 de Hidroituango del 27 de octubre de 2010, prueba 78 de la Fiscalía, da cuenta de las condiciones en las que se aprobó esa decisión: *“El doctor Luis Guillermo Gómez, solicita a la Junta autorización para informar a quienes participaron en el proceso de subasta, la terminación del proceso y la negociación*

directa que se hizo con EPM, igualmente para que se les reembolse el aporte hecho para participar en el proceso. Puestas a consideración de la Junta ambas propuestas por el doctor Álvaro Vásquez, fueron aprobadas por unanimidad de los presentes”.

En ese momento en que se resuelve surten las comunicaciones sobre la comunicación del proceso de subasta a los precalificados – prueba 93 de la Fiscalía– se incorporan las comunicaciones de fecha 4 de noviembre de 2010. En esta evidencia se da cuenta discriminatorio injustificado y dice: *“Como es de su conocimiento, una de las empresas precalificadas fue EPM, única compañía local que cumplió con los requisitos establecidos 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 a esta actividad a Empresas Públicas de Medellín”.* Resalta la Fiscalía del texto transcrito: *“única compañía local, empresa accionaria en Hidroituango, circunstancias de carácter regional”,* y finalmente desconoce que ya había una publicación de pliegos y que la subasta sí se había abierto, es decir, los procesos paralelos para la adjudicación del contrato BOOMT, real y materialmente se dieron por terminados al mismo tiempo, cuando la negociación directa estuvo agotada se decidió la comunicación a los precalificados sobre la terminación del proceso de subasta, es decir, suspendieron, pero esta comunicación de terminación sólo se dio cuando ya había un acuerdo directo. Entonces, la Fiscalía probó mediante documentos públicos que EPM tuvo una posición de privilegio en el proceso de selección del contratista, que fue reconocida en el acto de comunicación de la terminación del proceso, autorizado por la junta directiva y suscrito por el doctor Gómez Atehortúa de la siguiente manera: *“Una de las empresas precalificadas fue EPM, única compañía local que cumplió con los requisitos establecidos para el efecto...”* La diferencia era que era una compañía local. Una razón que desborda el marco normativo que debía atender el proceso de selección y que constituye un acto de discriminación injustificada, al expresar: *“Lo anterior, motivó la reconsideración del proceso y ello unido a otras circunstancias de carácter regional...”*, por lo que se pregunta la Fiscalía: ¿Dónde quedaron los acuerdos de la Ronda de Uruguay, que Hidroituango asumió como regla en la intervención pública internacional?

En suma, la prueba documental y testimonial, aún aportada por la defensa, demuestran claramente no solamente, no solo el desvío del poder, sino los verdaderos motivos que llevaron a suspender la subasta de manera tardía, manteniendo abierto los dos procesos contractuales, lo que constituyó una violación directa de la ley 142 de 1994, artículo 34 numeral 34.4, así como los artículos 2 y 3 de la Resolución 005 de 2003 y los considerandos y el artículo 2º del acuerdo 002 de 2010; normas contractuales de Hidroituango SA ESP y por supuesto, las constitucionales del artículo 209. Que con la discriminación de ofertas extranjeras frente a las nacionales, se vulneró el principio de selección objetiva sin justificación alguna, pues la misma sociedad Hidroituango resaltó la obligación de observarlo cuando la invitación pública internacional señaló que garantizaba el cumplimiento de los acuerdos de la Ronda de Uruguay sobre licitación pública, como respeto a la invención extranjera. Un comportamiento doloso, pues cuando se la improcedencia de mantener dos procesos contractuales paralelos, esto es, en junio de 2010, la decisión fue suspender la subasta, no terminarla. Se estaba adelantando la negociación directa, y solo hasta el momento en que aseguraron el éxito de esta negociación directa para proceder a la celebración del contrato BOOMT, estuvieron dispuestos a adoptar o a comunicar una decisión definitiva en la subasta, lo que ocurrió en noviembre de 2010 cuando se surtieron las comunicaciones.

Así, sostiene en órgano de investigación penal, que la negociación directa se llevó a cabo de manera paralela y de ello dan cuenta los acuerdos que se suscribieron como resultado del proceso (prueba 94), acuerdos de voluntades entre EPM SA ESP e Hidroituango SA ESP de fecha 4 de julio de 2010; en el documento, básicamente se establecieron los principios de negociación directa, la estructura financiera y de la metodología de trabajo de un eventual negocio a celebrarse entre ellos, vinculando a la firma INVERLIN como facilitadora dentro del mismo. El documento fue suscrito por el gerente de la sociedad, **LUIS GUILLERMO GÓMEZ ATEHORTÚA** y el Gerente general de EPM, aparecen el presidente de la República de la época, el gobernador de Antioquia, el alcalde de Medellín y el gerente General del IDEA como testigos. En desarrollo de ese acuerdo marco entre empresas con fecha 11 de agosto y 10 de septiembre de 2010, se suscribieron unos acuerdos de accionistas entre el IDEA y EPM, ambos en calidad de accionistas de la sociedad y quienes en conjunto representaban el 97.07 del capital suscrito de esta. El objeto de dicho acuerdo fue 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 concerniente a los compromisos y obligaciones que tanto IDEA como EPM asumen para concretar dicha estructura, y EPM directa o indirectamente, a través de un vehículo diferente de la sociedad y bajo el control de EMP, desarrollaría íntegramente el proyecto a través de un contrato BOOMT. Sobre este punto, la testigo Lony Natalia Torres Gutiérrez hizo una amplia explicación. Que en los documentos quedó pactado que el IDEA y EPM, propondrían y darían su voto favorable sobre los siguientes aspectos en la asamblea de accionistas de Hidroituango: la escisión de Hidroituango SA ESP de una porción patrimonial, asociada al proyecto que finalmente dio vida jurídica a la empresa EPM Ituango SA ESP. Segundo, la celebración del contrato BOOMT entre la sociedad y la sociedad que resultara de la escisión acordada en el punto anterior. Tercero, la celebración entre el IDEA y EPM de un contrato de compraventa de la participación accionaria que llegar a tener en la beneficiaria, bajo determinadas condiciones que se establecen en ese acuerdo y en los términos del artículo 1.869 del Código Civil Colombiano, que trata de la compraventa de cosa.

Sobre este punto, destaca la señora Fiscal, que se pactó como contraprestación la suma de US 205.000 de dólares, de los cuales a favor de los socios diferentes a EPM, US 35 millones, estarían sujetos a condición de que no le fuera negada la zona franca para el proyecto, por lo que, esos treinta y cinco millones de dólares, se depositarían en una empresa que preste servicios financieros designada por IFI. Finalmente, la materialización de la negociación directa se perfeccione en varios momentos a saber: primero, el pago de la suma US 205 millones de dólares a favor de los socios diferentes a EPM S.A. ESP de la siguiente manera: en el mes siguiente de la suscripción del acuerdo de accionistas la suma de US 170 millones de dólares y la reserva de US 35 millones de dólares en una fiducia mientras se autorizaba o no la zona franca para el proyecto; segundo, con la reunión extraordinaria – asamblea general de accionistas No. 24 del 27 de octubre de 2010 (prueba 89 de la Fiscalía), donde se decide la escisión “*se escinde la porción del patrimonio de Hidroituango sociedad escidente asociada a la ejecución del proyecto, y se transfiere en bloque a EPM Ituango SA ESP sociedad beneficiaria. Hidroituango como propietaria del proyecto, mantiene la propiedad de la licencia ambiental los predios necesarios para ejecución del proyecto y los activos necesarios para el funcionamiento de la sociedad, y se expiden los estatutos de la sociedad escindida que denominaron EPM Ituango SA ESP, nombrando además su junta directiva y al gerente y representante legal, el ingeniero LUIS JAVIER VÉLEZ DUQUE, empleado*

de EPS ESP; en tercer lugar, con la suscripción del contrato BOOMT el 30 de marzo de 2011 por los acá acusados en los términos ya descritos”

Dice que sobre estos documentos, solo se referirá, que si bien los acuerdos de accionistas y la escisión, encuentran regulación en lo dispuesto en la ley 222 de 1995, es decir, se trata de figuras jurídicas establecidas por el legislador colombiano, en el presente caso, esos acuerdos de accionistas se pactaron en el marco de un proceso de selección para escoger el contratista del BOOMT, fue una negociación directa paralela a una invitación pública internacional precalificatoria, que alcanzó la publicación de los prepliegos como manifestación de la decisión de dar inicio a la subasta, la cual fue suspendida pero no terminada, en contra de los reglamentos que la regían, constituyéndose en unos acuerdos ilegales en el marco de ese proceso contractual. En efecto, los gerentes de Hidroituango SA ESP y EPM Ituango SA ESP acusados, pretenden justificar la suscripción de los acuerdos, por tratarse de instrumentos previstos en la ley, cuando precisamente ha demostrado que todo aquello que se pactó con posterioridad al 18 de marzo de 2010, es decir, posterior a la publicación de los prepliegos que marcaba la decisión de adelantar el proceso de subasta, es contrario a las normas de su propio estatuto de contratación, contrario a la ley 142 de 1994 y a la Constitución porque contraviene los principios de la función pública. Que, claramente, cuando Hidroituango publicó los pliegos, se tornó obligatoria la adjudicación del contrato BOOMT en subasta donde participarían los siete clasificados, o en aplicación de la resolución 005 de 2003, podía Hidroituango entrar a negociar directamente con los preclasificados respetando el orden de elegibilidad, siendo el último EPM ESP, y no se respetó ninguno de los dos procedimientos establecidos para contratar directamente, optando por violentar las normas que él mismo creó tanto para la invitación como para la contratación directa. En palabras claras, Hidroituango no tenía un título habilitante, por llamarla de alguna manera para adjudicar el contrato BOOMT de manera directa como lo hizo, hasta tanto no adjudicara la subasta que ya era obligatoria o la suspendiera, para llevar a cabo la negociación directa con la lista de preclasificados que se debía agotar en orden de elegibilidad, ello debía ser así, porque esos procedimientos contractuales, se debían ajustar a las normas que la misma sociedad Hidroituango creó para desarrollarlos, de acuerdo con su manual de contratación – aplicables de tiempo en tiempo, destaca la Fiscalía – y las normas de derecho privado que regían en esa época a las que también estaba obligado el contratista.

Ahora bien, prosigue la señora delegada Fiscal, respecto al pacto de una zona franca para el proyecto, o lo mencionado sobre la estabilidad jurídica que beneficiaría el mismo, que no es ese un asunto para distraer la atención; ni la una ni la otra se pueden aplicar hoy al proyecto, en tanto, la primera fue negada como lo reconoce el testigo de la defensa, Mauricio Alberto Restrepo Terreros, al señalar al minuto 36.24 del conainterrogatorio: *“la zona franca fue negada, entonces beneficios de zona franca no se podían aplicar”*. Y, sobre la segunda, resulta un despropósito que la defensa, tratar de probar que hoy, el proyecto tiene estabilidad jurídica por haber celebrado un contrato de esa naturaleza. El contrato de estabilidad jurídica allegado por la defensa, no constituye un requisito esencial para la formación del contrato BOOMT, es más bien una herramienta de beneficio tributario para la protección a la inversión de capital en los proyectos de infraestructura. Para el evento, se debe considerar que la inclusión del beneficio de la estabilidad jurídica para el proyecto, se abordó desde que Hidroituango quería desarrollar el mismo. Su incorporación al proyecto Hidroituango con la participación de EPM resulta ilusorio, en tanto el contrato de estabilidad jurídica allegado como prueba de la defensa, no solo no es aplicable al proyecto Hidroituango, sino que desnuda la credibilidad del testigo de la defensa, el señor Gabriel Jaime Velásquez Restrepo – Gerente jurídico del grupo empresarial de EPM, cuando señala que todos los proyectos de generación eléctrica de EPM tienen estabilidad jurídica.

Que el contrato de estabilidad jurídica suscrito para EMP por el doctor Juan Felipe Gaviria, es para el proyecto Porce III, fue incorporado como prueba No 4 de la defensa, siendo la persona quien cumplió diferentes roles, fue primero representante legal de EPM y luego representante en las Juntas Directas de Hidroituango SA ESP de los accionistas minoritarios y finalmente asesor de EMP contratado para presentar la propuesta para la subasta. Explica, el por qué era para Porce III – Cláusula primera del contrato. *“Objeto del contrato (el de estabilidad jurídica). El objeto del presente contrato es la realización por parte del inversionista del proyecto para la actividad de generación de energía con base en las inversiones del proyecto hidroeléctrico Porce III, cuya capacidad instalada será de 660 MW que se describe en la solicitud presentada por Empresas Públicas de Medellín ESP, para cuyo propósito la nación garantiza la estabilidad jurídica sobre las normas identificadas como determinantes para la inversión señaladas en la cláusula cuarta de este contrato. Parágrafo. Para todos los efectos se entenderá como estabilidad jurídica la garantía que otorga la nación al inversionista, de que de continuará*

aplicando esa normatividad por el término de duración del contrato, en caso de que esta sufre modificación adversa a aquel". Y en la cláusula segunda describe el proyecto objeto de la estabilidad jurídica, así: "Cláusula segunda. Descripción del proyecto de inversión, monto y plazo. El proyecto de inversión que adelantará el inversionista se denomina Proyecto Hidroeléctrico Porce III cuya capacidad instalada será de 660 MW, el cual se encuentra descrito en la solicitud del empréstito a realizarse en el término de cinco años, comprendido entre los años 2007 a 2011 de acuerdo a lo establecido en la cláusula tercera". Es decir, la minuta contractual aportada, sus otrosí y su acta de inicio, en ningún momento mencionan el proyecto Hidroituango, todos hacen referencia a Porce III, y debe ser así, pues el único proyecto que EPM presentó al Ministerio para asegurar el contrato de estabilidad jurídica, la cual se contrata y se paga por proyecto y no de manera general como lo quisieron hacer ver los testigos de la defensa.

Seguidamente, pasa la Fiscalía a referirse a otras conductas que, en su sentir, son configuradas de desvío de poder y constitutivas del daño. El beneficio que recibió EPM ESP por la suscripción del BOOMT directamente, no solo lo constituye el hecho de haberse privilegiado frente a los proponentes extranjeros, sino que el contrato BOOMT, se configuró de tal manera, que se acomodó a sus necesidades excluyéndolo de la responsabilidad en la ejecución de la obra, la cual si sea adjudicaba en subasta recaería en el adjudicatario, pero en la negociación directa, dicha carga se trasladó a Hidroituango. De ahí que no existe razón válida para aducir la necesidad de crear una sociedad vehículo con propósito especial, una empresa espejo para proteger el patrimonio de sus socios (Prueba 79 de la Fiscalía. Acta 118 del 24 de noviembre de 2010): *"El doctor Luis Guillermo Gómez señala que cuando se adelantó el proceso de subasta, la supervisión fue motivo de mucho análisis por los equipos de trabajo y cuando el proceso varió a la contratación directa con EPM, se miró con mucho detenimiento la forma como se acomodaría esa negociación. En esta negociación, surgen variaciones en elementos esenciales como en los riesgos, que en la subasta los asumiría en su mayoría el subastador y en la negociación con EPM, la situación es diferente, por cuanto Hidroituango asume el riesgo de construcción, esto solo implica que se debe ejercer un mayor control sobre el costo final del proyecto, lo que se refleja en las propuestas que se han planteado. De otro lado, expresa que para la administración de Hidroituango ha sido complejo delimitar las negociaciones con EPM, por cuanto con ella, se tienen tres posiciones claras y deferentes; como socio de la empresa, como miembro de*

la Junta y la otra, como contratista del BOOMT, lo que significa escenarios diferentes, por ello han considerado que EPM no debe tomar partido en la definición de la forma como se ejercerá la supervisión, sino que lo debe hacer la sociedad en forma independiente, determinando el alcance de esa supervisión, para lo que se deben tener claras las diferencias legales que existen entre contratista y contratante”. Reitera, que esto ocurrió antes de celebrarse el BOOMT, por lo que el doctor Luis Guillermo Gómez tenía muy claro los roles diferentes que cumplía EPM. Agrega a lo anterior, que el ingeniero Guillermo Gómez Atehortúa, seguía las instrucciones de EPM, empresa a la que pertenece el ingeniero **LUIS JAVIER VÉLEZ DUQUE**. Que era tal su direccionamiento del proceso contractual, que conociendo que el BNP Paribas había sido contratado, solo para asesorar la invitación pública internacional y la adjudicación del contrato BOOMT, en la consensuada subasta, expresó en la sección de junta de fecha 28 de abril de 2010, que modificar el objeto a ese contrato era forzado y sin embargo, accedió a los caprichos de su ex empleador EPM y procedió a modificar el contrato BNP Paribas con el único de dar la falsa apariencia de legalidad a una negociación directa por fuera de las normas regulatorias del proceso contractual, lo que configura un verdadero desvío de poder y la clara violación al principio de selección objetiva, al verificarse la existencia de dos procedimientos de selección de contratistas con un mismo fin. Dice que ello quedó probado en el acta de Junta directiva No. 110 - prueba 72 de la Fiscalía -, cuando en la intervención del ingeniero Gómez Atehortúa, señaló: “El doctor Luis Guillermo Gómez acota que, desde el 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 tiene un conocimiento suficientemente amplio, al igual desde el punto de vista técnico y financiero, lo que les permite tener una posición muy clara de la empresa y de 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. Agrega, que ve forzada la modificación del contrato que en la actualidad se tiene con el BNP, así como las aspiraciones económicas que ha manifestado para participar en este tipo de negociación, una comisión 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 (acta de junta 110 del 28 de abril de 2010 – prueba 72).

Dice la Fiscalía, que el doctor Gómez Atehortúa reconoce que tiene conocimiento jurídico, técnico y financiero para asumir una posición; una declaración importante a la hora de resolver sobre su responsabilidad y que la Fiscalía solicita que sea tenida en cuenta. Reconoce que la banca de inversión no era necesaria para una negociación directa, lo que confirma que su contratación fue para la estructuración del negocio y la subasta. El ingeniero Gómez Atehortúa, además, se encargó de retirar los obstáculos que impedía la negociación directa, y uno de ellos precisamente fue su asesor; no permitió que los abogados asesores Prieto y – Carrizosa continuará con su asesoría, pues como quedó probado, ellos le recomendaron no seguir con la negociación directa, en tanto la subasta se había tornado obligatoria. En efecto, reemplazó la asesoría de Prieto & Carrizosa por Brigard Urrutia, por lo que Gómez Atehortúa consideró inconveniente con esa oficina, según su criterio, existían profundas deferencias con los abogados de Hidroituango y falencias en derecho administrativo y público; decisión determinante para desentramar el acuerdo de accionistas a favor de EPM (Prueba 70 – acta de Junta Directiva 108 del 24 de febrero de 2010): *“Informa el doctor Luis Guillermo Gómez, que con los abogados de la firma de Prieto & Carrizosa se han presentado dificultades porque han tratado de imponer una serie de criterios que a juicio de los abogados de la sociedad no son viables y no están dentro del régimen de la entidad de naturaleza pública como Hidroituango y ha sido difícil que los abogados externos acepten acuerdos sobre esos puntos, ello ha llevado a que finalmente se haya desechado de ellos que para la administración son inadmisibles, lo que ha provocado un desgaste en el desarrollo del proceso de subasta. El doctor Wilson Vélez expresa que se han presentado diferencias conceptuales como consecuencia con lo expresado por el doctor Luis Guillermo Gómez. Los abogados de Prieto & Carrizosa han presentado propuestas que desde un principio no han tenido recibo en los abogados de Hidroituango, tales como la propuesta 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 con propósito específico para la zona franca sin la presentación del respaldo jurídico, el acuerdo de accionistas y estatutos requeridos; todo esto implicó además 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 Prieto & Carrizosa, confundiendo el rol del líder del proceso con el que debe cumplir un asesor, cual es el seguimiento a las directrices del dueño del proceso. Acuerda el doctor Hugo Mora que en el diseño del proceso de subasta no pueden estar tres equipos jurídicos diferentes, sino que se debe tener un solo equipo jurídico y tiene que haber una identificación muy clara de*

roles. El punto de quiebre de las decisiones lo debe tener el gerente, en virtud de la autonomía que le entregó la junta directiva. El equipo jurídico debe llevar al gerente a 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” (Acta del 24 de febrero de 2010). En ese momento, la subasta había iniciado e iniciaba el proceso de negociación directa.

Sobre este último asunto, despunta la Fiscalía señalando que en la Junta Directiva e tenía clara la autonomía del gerente en la toma de decisiones, autonomía otorgada por la misma junta, lo que es muy importante, pues la responsabilidad no se diluye, es evidente que su posición era definitiva. Por ello, fue trascendente cuando calificó la relación con la firma de abogados como tormentosa, en tanto la asesoría de Prieto & Carrizosa, no comulgaba con los intereses mezquinos de EPM ESP. Así respondió ante la manifestación de Jesús Aristizábal en su condición de representante de EPM (Prueba 70 – acta de Junta Directiva 108 del 24 de febrero de 2010). “Señala el doctor Jesús Aristizábal 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. Expresa el doctor Luis Guillermo Gómez que esa decisión la está evaluando la administración y concluye que la relación con los abogados de Prieto & Carrizosa ha sido tormentosa”. Prieto & Carrizosa, como lo dijo la testigo de la defensa, María Isabel Vanegas, es una de las firmas de abogados con más amplio reconocimiento a nivel nacional e internacional, en materia de asesoría para la estructuración y financiación de proyectos energéticos. Para esa oficina era claro que mantener y continuar con una negociación directa a favor de EPM para adjudicarle el contrato BOOMT en consideración a la existencia de un proceso que ya se tornaba obligatorio para adjudicarlo al mejor oferente en pública subasta, no solo no estaba bien visto, sino que era contrario a la legalidad. De ahí la necesidad de que una vez publicados los prepliegos, se emitiera el comunicado sobre la no continuidad de la negociación directa. Ese aparte de la declaración se puede verificar a partir del registro a las dos horas y treinta segundos.

Continúa la señora representante del órgano de averiguación penal, que todo este proceso de negociación directa, dirigido por el ingeniero Gómez Atehortúa como gerente de Hidroituango, demuestra el conocimiento, la conciencia, la voluntad de transgredir los principios de la contratación de Hidroituango, pues el mismo advierte que como administración, tiene conocimiento jurídico, técnico y financiero sobre el

proceso de negociación que adelanta. Por ello, es responsable de las irregularidades en que incurrió y el daño que representó la celebración del contrato en las condiciones en que se procedió y la Fiscalía solicita que así sea declarado. Que Gómez Atehortúa como gerente de Hidroituango, empresa de servicios públicos, con capital público en más del 90%, adelantó un proceso de contratación que beneficiaba a un solo socio EPM ESP, lo que, de suyo, representa un daño al bien jurídico tutelado de la Administración Pública. Para ello, además afectó el principio de economía por lo siguiente: primero, a través del IDEA tercerizó la selección de una banca de inversión, que definiría que estructuración de la invitación pública internacional cuya recomendación, cuyas recomendaciones finalmente no atendió; segundo, contrató dos oficinas de abogados diferentes Prieto Carrizosa y Brigard & Urrutia, lo cual, según sus propias palabras, lo hizo en atención tormentosa que le impedía llevar a cabo el acuerdo de accionistas con EPM; tercero, para asegurar la negociación directa, modificó el objeto del contrato suscrito con el BNP Paribas, y asumió para Hidroituango otro costo, los honorarios de Inverlink – la muralla china- , como facilitador de los acuerdos de accionistas, el cual fue reconocido por las bancas de inversión de cada empresa y reembolsado a ellas (prueba 75 de la fiscalía – acta 113 de 2010 de Hidroituango): *“La otra parte que se asigna a Inverlink, es la de continuar realizando la intermediación o tercería entre las partes. Los honorarios de Inverlink los pagará las bancas de inversión de cada una de las empresas y lo cobrarán como gastos reembolsables”*. Situación esta particular, si se tiene consideración que en criterio de **GÓMEZ ATEHORTÚA**, el trabajo de las bancas de inversión estaba hecho y era innecesario ese gasto (Junta Directiva en acta del 28 de abril de 2010 - prueba 72): *“Agrega el doctor Luis Guillermo que el conocimiento y aval de la valoración ya lo han presentado, e igualmente ya se les ha pagado por ello, ante lo cual reitera que no necesitarían de la banca de Inversión y que en Hidroituango, tienen la información suficiente para entrar en un proceso de negociación como el que acá se propone”*. Es decir que, en abril de 2010, estaba en trámite el proceso de negociación directa.

En este orden de ideas, acota la Fiscalía, que está probado que, con el consentimiento expreso del gerente de la empresa, el ingeniero **GÓMEZ ATEHORTÚA**, se vulneró también el principio de planeación, esto, en cuanto al artículo 10 de la resolución 005 de 2003, vigente para el 4 de octubre de 2010, establecía la obligatoriedad de observancia del principio de planeación así: *“Planeación y control de la contratación. La contratación deberá obedecer a una adecuada planeación, que considere la suficiente utilización de recursos, el debido control de los*

inventarios y el asesoramiento de la calidad. Para el cumplimiento de los objetivos de la contratación esta debe ser el resultado de un análisis que determine la necesidad y conveniencia y se deberá tomar las medidas tendientes a su cabal ejecución, a evitar su paralización y la obtención de los fines propuestos”

Se ocupa seguidamente la señora delegada de la Fiscalía, a pronunciarse sobre la conducta del doctor **LUIS JAVIER VÉLEZ DUQUE** en EPM ESP, dice que era la persona que más conocía del proyecto, ocupó los cargos de dirección, confianza y manejo que incidían directamente en la toma de decisiones trascendentales en la estructuración y ejecución de obras del proyecto, por lo tanto, conocía las circunstancias en que se surtió todo el proceso previo a la celebración del contrato, sabía de la situación privilegiada de EPM en ese proceso, era consciente de la condición de EPM como socio accionista y contratista asesor y, finalmente, aceptó la designación de Gerente de EPM – Ituango para la celebración del contrato BOOMT (Pruebas 2, 79, 80, 81 y 82 de la Fiscalía).

Que **LUIS JAVIER VÉLEZ DUQUE** era el referente técnico de la obra, de ahí su designación sin discusión, como representante legal de la controlada por EPM, sociedad EPM Ituango SA ESP en el acta de asamblea de accionistas de Hidroituango. Su participación como invitado en la junta directiva de Hidroituango, conforme lo corrobora la doctora María Isabel Vanegas Arias, testigo de la defensa, obedeció a una posición en la empresa EPM ESP como gerente de proyectos, la experiencia y el conocimiento que tenía en este específico proyecto, la declaración se puede verificar a partir del registro de las 2:04:33. El ingeniero Vélez Duque representaba para EPM el control total de las decisiones de EPM Ituango; con su firma en el contrato BOOMT como empleado de EPM, selló la relación contractual amañada a favor de EPM, su empleador, materializando la intervención dirigida al señor Federico Restrepo Posada Gerente de EPM en las Juntas Directivas de Hidroituango, en contravía del ordenamiento constitucional, legal y en especial los artículos 2 de la ley 142 de 1994, 365 y 370 de la Constitución Política, que le exigían actuar en armonía con el interés general, el principio de legalidad y transparencia.

Como el BOOMT es el resultado de acuerdos de accionistas, su conocimiento sobre ese precedente es un hecho cierto, pues un profesional de las calidades del ingeniero Vélez Duque, no acude a un contrato de tal envergadura por el simple hecho de ocupar el cargo, o como lo pretendió probarlo la densa con el testimonio del doctor Mauricio Restrepo Terrero, porque así se hubiese dispuesto desde la

oficina jurídica. Su posición jerárquica en la empresa EMP y, ante todo, su conocimiento sobre el proyecto y su condición de servidor público, le obligaba a verificar las condiciones en que se celebraba el contrato. Por ello, por esa necesidad de conocer las condiciones, acudió a todas las Juntas previas al acto de suscripción del contrato BOOMT, consciente de la condición privilegiada de EPM en un proceso de contratación que había vulnerado la libre competencia. El ingeniero **LUIS JAVIER VÉLEZ DUQUE** cumplió la única función que Restrepo Posada no podía ejercer en su condición de gerente de EPM ESP y era precisamente la de suscribir el contrato BOOMT, pues la firma no la estaba haciendo EPM, sino EPM Ituango – la escindida.

Que conocía cual era la estructura administrativa que EPM había conformado para el negocio jurídico con Hidroituango, participó activamente en las Juntas Directivas posteriores a su nombramiento, en la reunión de asamblea de accionistas del 27 de octubre de 2010, conocía las necesidades para la contratación de la infraestructura de acceso a la zona de obra, así como todos, la problemática para la adquisición de predios, la afectación a las comunidades y la misma seguridad del proyecto. Era la persona que tenía el conocimiento absoluto sobre la realidad de la obra, tanto en técnica como jurídicamente. Sabía que el futuro de Hidroituango SA ESP, estaba predestinado a la absorción, en tanto conocía, que solo era un vehículo para que EPM fuera la dueña del proyecto; por eso nunca renunció a su cargo en EPM, y por ello, nunca solicitó que EPM Ituango contara con una planta de personal más robusta que le permitiera hacerse al cargo de la ejecución del contrato BOOMT.

Es decir, el ingeniero Vélez Duque no simplemente acude a firmar; conocía las circunstancias, intervino en las Juntas Directivas previas, sabía del procedimiento y cumplió la única función que el gerente de EPM no podía cumplir en este proceso y era la firma del contrato.

Por último, se refiere la Fiscalía a los testigos de la defensa y el motivo por el que no se les debe dar credibilidad.

Que examinada la intervención de cada una de las personas que fueron llamadas al juicio para reforzar la teoría de la defensa, sobre la imposibilidad de determinar la responsabilidad de sus representados en la suscripción del contrato BOOMT, estima la fiscalía que la finalidad con la que fueron propuestos, no fue lograda. Por

tanto, contrario a lo que fue su impertinencia, su intervención sólo podrá acreditar lo ya probado por el ente acusador, respaldado en la prueba documental que de manera abundante fue allegada al expediente.

Destaca que los testigos de la defensa, María Isabel Vanegas, Juan Gonzalo Álvarez Restrepo, Gabriel Jaime Velásquez, Mauricio Restrepo Terreros, Andrés Mauricio Córdoba Castrillón y el perito Carlos Alberto Atehortúa Ríos, de una u otra manera, tenían o mantienen un vínculo de subordinación o dependencia laboral o contractual con EPM ESP. Para algunos de los testigos fue la empresa donde desarrollaron su profesión y de una u otra forma, su testimonio respondía a esa posición. Situación que la Fiscalía se encargó de develar en cada contrainterrogatorio, cuando se vieron enfrentados a la realidad que refleja la prueba de cargos.

Así, el primero de los testigos, el doctor Gabriel Jaime Velásquez, no solamente es actualmente empleado de EPM, sino que, de acuerdo a lo probado por la Fiscalía, conformó los comités que por parte de esa empresa, estructuraron la modificación de las normas contractuales de Hidroituango, para acomodarlas a las necesidades de EPM y que dieron origen al acuerdo 009 de 2010, derogatorio de la Resolución 005 de 2003; él trabajó en las mesas dedicadas a esa función, lo cual, como se probó a lo largo de esta intervención, no solo configura un conflicto de intereses sino una posición privilegiada y un acto de favorecimiento hacia EPM, atendiendo a la calidad de proponente en la invitación pública internacional y negociador directo en el hoy llamado contrato interadministrativo por la defensa.

El segundo testigo, doctora María Isabel Vanegas, quien, para la Fiscalía, nunca se pudo desligar de su relación laboral con EMP, quien se vio llamada a precisar algunas de sus manifestaciones, como en efecto lo hizo con la lectura de las actas durante el contrainterrogatorio, en temas tan importantes como la publicación de los prepliegos y el contenido de la comunicación sobre la suscripción del proceso de subasta. Resalta la Fiscalía que sobre el contenido de la negociación directa, la calificó como conversaciones entre socios, lo que no fue así – *no fueron conversaciones entre socios* - porque fueron lineamientos de la empresa que dieron origen a los acuerdos de accionistas, actos que en conjunto constituyen la negociación directa y que como formador del lineamiento negocial plasmado en el acuerdo del 4 de julio de 2010, hace que **LUIS GUILLERMO GÓMEZ ATEHORTÚA**

sea responsable de un acto de un contrato celebrado con el desconocimiento del orden jurídico que lo gobernaba, lo que desmiente la testigo y está probado documentalmente (Prueba 94 de la Fiscalía); un acuerdo cuya trascendencia depende de la firma del contrato BOOMT suscrito por **LUIS JAVIER VÉLEZ DUQUE**. Por lo que, en este juicio, es el llamado a responder como el ejecutor de una conducta diseñada por los representantes de las empresas y entidades socias de Hidroituango, es el ejecutor de la conducta, con él se materializó.

Lo que sí permite inferir la práctica probatoria de la defensa, es que pretenden presentar una teoría novedosa – que el contrato BOOMT es un proceso interadministrativo. Que a eso se dirigió la práctica probatoria de la defensa, y por lo tanto, la norma al interior de Hidroituango para celebrar esos contratos, siempre estuvo presente en ambos manuales de contratación, esto es, en la resolución 005 de 2003 y el acuerdo 008 de 2010.

Que la defensa hizo su trabajo, pero ¿cómo eliminar de la realidad la invitación pública a precalificar y de igual forma, la negociación directa? Y, se continúa preguntando la Fiscalía - ¿Cuántas entidades públicas nacionales llamó Hidroituango a celebrar este tipo de contratos? Recordando que la testigo común de la defensa, la doctora María Isabel sí expresó que existían más empresas colombianas con capacidad para contratar este tipo de proyectos. Pretender hoy desestimar los cargos imputados, bajo la falsa premisa de que el contrato BOOMT es realmente un contrato interadministrativo y, por ende, estaba permitido en los dos estatutos contractuales que gobernaron la regla para la contratación de Hidroituango, es una posición derrotada probatoriamente por el ente acusador; que la defensa podrá darle la denominación que quiera al contrato BOOMT, esto es, contrato interadministrativo, concesión para la financiación y construcción de la Hidroeléctrica, Joint Ventures etc., siendo lo cierto que, contrato interadministrativo o no, Hidroituango SA ESP, dio inicio y mantuvo dos procedimientos contractuales para la adjudicación del contrato BOOMT, y eso, en el derecho colombiano, resulta violatorio de las normas de contratación ya referidas a lo largo de su intervención, lo que configura el delito de Contrato sin cumplimiento de requisitos legales esenciales. El reproche por violación al régimen de contratación especial que hizo la fiscalía, se realizó en el entorno de normas que desarrollaron principios contractuales, no de las normas contractuales propias de la ley 80 de 1993, la ley 1150 de 2007 y sus decretos reglamentarios; y es así, pues esta interpretación que

a la fecha le han dado tanto la Corte Constitucional, el Consejo de Estado y la misma Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, esbozados a lo largo de su intervención.

Que la defensa trajo al estrado a un perito que ratificó dicha teoría, que el contrato BOOMT es un contrato interadministrativo, que se puede contratar directamente, pues en su criterio: *“la contratación directa es el mecanismo general y supletivo de la forma como se celebran los contratos”* de las empresas de servicios públicos, y en su criterio, es una discriminación positiva a favor del estado y por tanto válida, para la contratación del BOOMT.

Al respecto, sobre el concepto de discriminación positiva que refiere el perito, nuestra jurisprudencia ha dicho en sentencia C - 932 de 2007: *“Las acciones afirmativas como género y las medidas de discriminación positiva o inversa como especie, están dirigidas a remover diferencias ópticas que, si bien son reales, no deben continuar en un estado cuya finalidad primordial es conseguir una sociedad más equitativa y justa. Las acciones afirmativas en el derecho norteamericano, surgen como medidas diferenciadoras para privilegiar grupos tradicionalmente discriminados”*. Con la expedición de las leyes 142 y 143 de 1994, el legislador estableció un tipo de discriminación positiva a favor de las empresas de servicios públicos representados en favorecimientos tributarios – artículos 24 numeral 24.2 y 24.3 de servicios públicos -, pero que en consonancia con la intervención del perito, también lo sería la aplicación del derecho privado a sus actos y contratos para favorecer la participación de quienes participan en competencia en el mercado, pero esa discriminación positiva estatal no es absoluta, el mismo legislador la limitó a la aplicación de los fines esenciales del estado, los principios de no discriminación, de libre competencia y la aplicación de los principios generales de la contratación, como garantía de la función pública a cargo de los prestadores de servicios públicos. De ahí que se considere como esenciales, los servicios complementarios los servicios de generación eléctrica, en cuanto se dirigen a garantizar necesidades básicas de los administrados, que no pueden acceder a servicios esenciales a servicios esenciales en condiciones de igualdad. Esos límites el legislador los materializó en los artículos 2, 2.6, 3, 3.8, 3.9, 10, 34, 34 numeral 34.4 de la ley 142 de 1994.

Además, agrega el ente acusador, lo que hizo el perito fue una exposición magistral, no un dictamen sobre el proceso contractual, pues con relación al contrato materia de este juicio, el testimonio del perito no constituye más que un criterio mal

informado sobre lo que realmente sucedió y los actos agotados para la adjudicación y celebración del contrato. Y, que ello es así, porque la Fiscalía le preguntó por los documentos que tuvo a su disposición para rendir su dictamen, y esto fue lo que respondió en el conainterrogatorio – minuto 00.9.18: *“Solo pedí el estatuto contractual, ese, el estatuto contractual de Hidroituango, porque él define el marco jurídico del problema y recuerdo discusiones académicas que tuvimos en su momento, de si debía o no incluirse el contrato, puedo decirle a nivel de detalle, no miré el expediente, no me senté con el contrato, no lo hice, es probable que me hayan mandado la información no, realmente no la recuerdo, pero lo que sí le puedo decir con certeza es que mi opinión jurídica se basó exclusivamente en saberes por fuera del expediente”*. A lo anterior hay que sumar que sobre los demás documentos e información que rodeó este juicio, la fiscalía lo conainterrogó de manera pormenorizada, al punto que el testigo llegó a desesperarse y a pedir a la fiscalía que no los discriminara, que ninguno, así lo señaló: *“Yo creo que la expresión ninguno es universal absoluto negativo”*. El perito es contundente, no conoció más que un estatuto, pero no tuvo en la mano los documentos producidos en la etapa precontractual, ni siquiera el texto del contrato BOOMT, del cual ignora si tiene una o cien páginas. Presupone que la empresa sobre la que recae su concepto, hizo lo legal en su procedimiento contractual. Entonces, cuestiona la Fiscalía si ¿es acaso esa la respuesta que se espera de un perito que supone, presume y no afirma ni concluye en ejercicio de calidad de perito? Que no sabe cómo se contrató y cómo esa decisión la tomó Hidroituango: *“La razonabilidad técnica, la razonabilidad del servicio, lleva a que el administrador tomé su mejor decisión, no a la ciega, no contratar el estado solamente por ser el estado, él vio que cumplía con los requisitos básicos, yo no sé cómo lo hizo, no tengo la necesidad de decirlo, presupongo que lo hizo, que hizo lo que le tocaba hacer y con eso tomó la decisión”* (Minuto 00.40.34).

Lo anterior para reiterar que, la decisión que la decisión de terminación de un procedimiento contractual que ya era obligatorio, no se puede adoptar porque fue su socio, accionista, contratista y asesor la empresa colombiana que calificó de séptima la que va a desarrollar el contrato BOOMT con el criterio de ser única compañía local que cumplió con los requisitos establecidos para el efecto, empresa que además posee una participación accionaria en Hidroituango superior al 40%, unidas a otras circunstancias de carácter regional, como se lee en la Prueba 93 de la Fiscalía.

Continúa enfatizando que, el doctor Carlos Alberto Atehortúa Ríos en realidad no rindió un peritaje sobre el proceso de contratación del BOOMT que fue la pertinencia con la que se decretó. Lo que hizo fue presentar su conocimiento especializado sobre las normas de contratación que rigen las empresas de servicios públicos, nada más. Sus argumentaciones ratifican lo que todos hemos asumido como cierto, y es la naturaleza de las empresas de servicios públicos y el régimen aplicable y eso no tiene discusión.

Que en tales condiciones, de acuerdo a las pruebas practicadas, la fiscalía cumplió con la promesa probatoria que presentó en la apertura de este juicio, esto es, probar más allá de toda duda, que tanto **LUIS GUILLERMO GÓMEZ ATEHORTÚA** como **LUIS JAVIER VÉLEZ DUQUE**, en la celebración del contrato BOOMT, incurrieron en el delito de celebración de contrato sin cumplimiento de requisitos legales que vulneró el bien jurídico de la administración pública; que los acusados actuaron con consciencia y voluntad de suscribir el contrato BOOMT para la construcción, operación, ostentación, mantenimiento y transferencia del proyecto Hidroituango a su propietario, con violación de los requisitos legales esenciales determinantes de los principios de legalidad, transparencia, selección objetiva e imparcialidad, contenidos en el acuerdo 009 de 2010 - manual de contratación de la Hidroeléctrica Pescadero Ituango Hidroituango SA, y la misma Constitución Política – artículo 209. Todo ello, valiéndose de una cantidad de artificios, entre ellos, la misma suspensión de la convocatoria pública internacional, para continuar una negociación directa paralela con uno de los socios mayoritarios, de la cual todos tuvieron conocimiento, llegando a la modificación de los manuales de contratación de Hidroituango – Resolución 005 de 2003, para ajustarlos a las necesidades de quien al final se apoderó del contrato BOOMT, es decir, EPM ESP, quien participó activamente en la expedición del nuevo estatuto contractual – acuerdo 009 de 2010 y bajo esa normativa suscribió el contrato BOOMT.

Insiste en que deben tenerse en cuenta las pruebas sobre las cuales se funda la calidad de cada uno de los acusados al suscribir el contrato. Que no fue un azar su designación en cada caso, fue una decisión pensada, calculada y necesaria para que concurrieran a la firma del contrato en las condiciones en que se celebró. La violación de las normas constitucionales y legales, además en consonancia con el numeral 2º del artículo 5 de la ley 1150 de 2007 y el artículo 2 de la misma norma, en cuanto sus estatutos, los propios de Hidroituango, los obliga a aplicar los

principios de contratación pública, y la entidad optó, primero, por abrir un procedimiento público para la selección del contratista, el cual agotó su etapa de clasificación como se probó, inició la etapa de subasta tornándose obligatoria de acuerdo con su propio ordenamiento, la forma contractual regida por normas privadas fue la que los acusados quebrantaron, sin justa causa, como servidores públicos, con consciencia y voluntad. Que eso fue lo que probó la Fiscalía y por lo cual reclama una sentencia condenatoria.

Finaliza su argumentación señalando que está en manos de la judicatura la decisión judicial más importante en los últimos años en nuestro país en materia de corrupción en la contratación de infraestructura energética tan especial para el adecuado desarrollo de la nación. Pero es importante, no solo porque se trata de la decisión alrededor de la responsabilidad de gerentes de empresas de servicios públicos mixtas, cometidas al régimen privado de sus actos y contratos, sino también de la aplicación de principios generales de la contratación en desarrollo de la función pública, de adecuada planificación de los contratos como expresión del cumplimiento de los fines esenciales del estado del servicio público.

Que el proyecto Hidroituango se contrató mal, se echó por la borda todo un procedimiento público de selección de ofertas, para que finalmente adjudicarlo directamente a EPM, violentando su propio ordenamiento, la ley y hasta la Constitución, lo cual atrasó el cronograma oficial del proyecto que desembocó en la toma apresurada de malas decisiones administrativas y técnicas, que generaron el incumplimiento de la entrada en funcionamiento de la generadora eléctrica en el segundo semestre de 2018. Y lo más grave, en hechos dañosos, notorios, que perjudicaron la entrada en operación del proyecto por lo menos en un año, y la afectación directa de las comunidades aledañas al mismo, casi llegando a la inviolabilidad del proyecto, que aún hoy en día, tiene en vilo su entrada en operación.

Agrega que esta es una de las conductas, la fundamental, la que marcó el inicio en todo lo que significó la ejecución del proyecto, por lo que la Fiscalía continúa en trámite de la indagación desde diferentes líneas de investigación.

Acota que la Fiscalía demostró, que los acusados sin justificación alguna, incumplieron los requisitos esenciales propios del contrato que celebraron, los

requisitos del proceso de selección y por ello, la conducta se concretó en la celebración del contrato, lo que implicó probar que, durante todo el trámite previo, se surtieron una serie de irregularidades y por ello, el acto de celebración tipifica la conducta. Pero además probó, conductas que configuran el desvío de poder de varios funcionarios públicos y por supuesto de los acusados, cuya conducta fue definitiva para concretar el daño, cuyo actuar doloso quedó ampliamente demostrado, lo que en términos de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, constituye adoptar el tipo de mayor riqueza descriptiva, es decir, el del artículo 410 del Código Penal – contrato sin cumplimiento de requisitos legales esenciales - , por cuanto, pretender un concurso con el interés indebido en la celebración de contratos, significaría un concurso aparente de tipos con el previsto en el artículo 409, siendo este el fundamento por el cual la imputación se hizo por el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, bajo la insistencia de que se incumplieron los requisitos legales del proceso de selección y se vulneraron los principios planeación, economía, responsabilidad, transparencia y selección objetiva.

Reitera que dicha precisión respecto del motivo por el cual se imputa, acusa y se pide la condena por el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos en el caso de quienes suscriben el contrato, se fundamenta en la orientación jurisprudencial de la sentencia SP 16891 de 2017 – Rdo. 44.609 del 11 de octubre de 2017.

En tales condiciones, la Fiscalía solicita se profiera sentencia condenatoria contra los ingenieros **LUIS GUILLERMO GÓMEZ ATEHORTÚA y LUIS JAVIER VÉLEZ DUQUE**, como autores responsables del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, a título de dolo, conforme se formuló la acusación y en perfecta congruencia como quedó demostrado a lo largo de su intervención.

Intervención de los representantes de las víctimas:

Previo consenso de quienes representan los intereses de las víctimas en el proceso, en aplicación del principio de igualdad de armas o equilibrio de partes frente a los dos abogados de la defensa, y acatando lo dispuesto en el artículo 340 del C. P. P., conformaron dos unidades para asumir la vocería en su intervención, de cara a los alegatos de cierre. De un lado, el Instituto para el Desarrollo de Antioquia - IDEA - y

la Contraloría General de la República y, por otra parte, la Gobernación de Antioquia y el Distrito de Medellín.

El representante de la Contraloría General de la República. Dr. Fabio Castellanos.

Resalta, que como es bien sabido por todos, la Contraloría de la República, tiene una misión constitucional y legal fundamental, cual es la defensa del patrimonio público de la Nación. Y, en este caso en particular, la Contraloría ha venido realizando una serie de actuaciones encaminadas a tratar de resolver y encontrar la responsabilidad fiscal en hechos que han comprometido en conjunto general, a este gran proyecto de Hidroituango; inclusive la nación conoce con absoluta certeza y claridad, que desde la entidad se constituyó un fallo confirmado en segunda instancia por un proceso resarcitorio desde el punto de vista fiscal que elevó a la suma de \$3.8 billones de pesos, en los cuales demostró el detrimento patrimonial en ese proceso que ha quedado finiquitado, en la medida en que los afianzados, mediante la figura de la póliza de seguros, cubrieron ese fallo con responsabilidad fiscal.

Entonces, frente a estas actuaciones penales, como bien se conoce, especialmente frente al derecho de las víctimas, existen tres pilares fundamentales a los cuales se acude para ejercer y garantizar el derecho de las víctimas – el derecho a la verdad, el derecho a la justicia y el derecho a la reparación y al resarcimiento. Que la Contraloría, en este caso en particular están actuando específicamente en la función de ejercer y lograr el derecho al resarcimiento patrimonial; pero, en esta audiencia en particular, teniendo en cuenta que también hay derecho a la verdad y derecho a la justicia, consideran que es justo y de alguna forma válido, la argumentación que tienen las entidades territoriales de ejercer la vocería en este tipo de audiencias, por lo tanto, la Contraloría bajo esa salvedad en que están participando en todos los procesos macro que se están generando, no solamente en este sino en otro tipo de imputaciones que se vienen realizando de manera más temprana, considera que harían el uso de la palabra, a través del representante legal del – IDEA –, representado en este caso por el doctor Jaime Andrés Cuartas, para que al igual que la representación de la Gobernación de Antioquia, presente sus alegatos de cierre.

Intervención del doctor Jaime Andrés Cuartas – Representante legal del Institución para el desarrollo de Antioquia – IDEA -

Así, el representante para el Instituto del Desarrollo de Antioquia – IDEA – comienza su intervención precisando sobre el rol de las víctimas, haciendo la salvedad muy importante en el sentido de que el Instituto en otro momento, inició con un apoderado buscando en constituirse como víctima y pretendiendo una reparación inclusive, lo que puede verificarse en los autos; criterio sobre el cual disiente la actual administración, pero no solo originado en un cambio de la misma, sino en la experiencia acumulada de estos ya más de cuatro años que se ha venido sorteando con la contingencia surgida desde el año 2018, en la que han argumentado como instituto una serie de procesos judiciales derivadas no de los hechos que aquí se ventilan sino principalmente de la contingencia ocurrida en el mes de abril del 2018, con el proyecto y que es un hecho notorio Colombia.

Dice que el rol de la víctima es fundamentalmente de construcción jurisprudencial porque la norma es bastante escueta. Es la Corte Constitucional la que en un procedimiento hito y luego las diferentes altas cortes han ido construyendo este rol y que dieron la oportunidad de comparecer a los procesos judiciales, que de todas maneras es una figura en construcción y cree que, en este caso, por eso toma mayor importancia la salvedad se hace. Y, es que luego de un examen muy concienzudo se observa que lo que se ventila acá, frente a las pretensiones de la Fiscalía General de la Nación, más que contribuir a una reparación de la víctima, aunque no sea es el único criterio con el que se interviene, terminaría virtualmente afectándola, porque si se dejara como verdad de cosa juzgada que el contrato celebrado entre Hidroituango y las Empresas Públicas de Medellín se hizo con violación a la ley, y si se dejara como verdad de cosa juzgada otras pretensiones de carácter punitivo que se ventilan en torno de esto. contra los funcionarios que han intervenido en el proyecto, lo que se derivaría de allí sería la nulidad de este contrato, y ello sería de verdad sí, altamente inconveniente para la entidad, porque probablemente afectaría los seguros que ampararon el contrato celebrado y afectando también la posibilidad de exigir la responsabilidad del contratista y a la vez, que las Empresas Públicas de Medellín exijan la responsabilidad de las entidades que contrató, eso sí, particulares para ejecutar el proyecto.

Y se dirá, por supuesto, prosigue su intervención – que la representación de la víctima no solo tiene esta finalidad, sino también la de verdad y justicia y, desde luego, que mal haría una entidad estatal con renunciar a ejercer su condición de víctima, solo por la preocupación de que su patrimonio se vea afectado, porque jamás se tendría como víctima a las entidades cuando se involucran como hechos punibles los derivados del ejercicio de la contratación estatal. Pero, en este caso es porque hay algo más de fondo, y es que el IDEA, realmente sin perjuicio de lo que decidan los jueces de la República, y con el respeto y buena fe absoluta que se abona a la Fiscalía General de la Nación y la valoración del enorme trabajo que ha desplegado en este caso – *sostiene el representante del IDEA* -, que ellos no ven la configuración del delito que se está enrostrando a los acusados. Y, para hacer esa precisión, que no se trata de que se renuncie a la condición de víctima solo porque se pueda afectar una póliza de un contrato o la posibilidad de exigir responsabilidad del mismo, sino también porque la entidad, sabiendo que se pone en peligro de verdad su patrimonio, tiene que ponderar esto, frente a la fortaleza que le dé a los argumentos que pregonan la ocurrencia de una conducta penal para la celebración de estos contratos. Por supuesto, dice, que podrían haberse quedado en una posición cómoda, de esperar que decida la justicia e intervenir con meros formalismos y frases estándar como lamentablemente observan en otros procesos a muchos representantes de víctimas, pero cree que este proceso, no sabe sin con la connotación de que como se ha señalado de ser el acto de corrupción más grande en los servicios públicos, porque entre otras cosas, es lo que se va a juzgar si hubo o no corrupción, pero sí advierte importante para la discusión, sobre la viabilidad de que se puedan celebrar contratos interadministrativos entre dos empresas de servicios públicos domiciliarios con capital mayoritariamente público, una herramienta o vehículo que es de trascendental importancia para el desarrollo de la prestación de los servicios públicos en Colombia y en todos los países del mundo. Entonces, afirmaciones de este calibre frente al trabajo que ha hecho la Fiscalía, exigen una mayor carga argumentativa.

Y, el por qué la tesis de que no se ve la configuración del tipo penal. Así, en primer término, se refiere al asunto de la manera como se llegó a la celebración del contrato. Que se ha hablado de la invitación pública internacional y de la contratación directa, lo que ha generado una cantidad de desarrollos y la aportación de elementos materiales probatorios en uno y otro sentido y una serie de explicaciones y de alguna manera, ataques frente a la conducta de los funcionarios,

por el adelantamiento de lo que se ha dicho fueron dos procesos paralelos. Sin embargo, estima que resulta conveniente dejar claro de una vez, que sea lo que fuere de ello, el contrato que nos ocupa se celebró de manera directa entre dos empresas de servicios públicos domiciliarios, y que la invitación pública internacional se celebró también en expresión de un régimen de derecho privado de esos contratos celebramos. Así, sostiene este interviniente procesal, que si se acoge la idea de que esos contratos se rigen enteramente por el derecho privado como lo propone demostrar, se entenderá fácilmente que Hidroituango podía hacer lo que hizo, iniciar un proceso de invitación internacional y mitad del camino evaluar la conveniencia de celebrar un contrato de manera directa, como lo creen en el IDEA que lo permite la ley.

De manera que todos esos reparos frente a la manera que terminó el proceso de invitación pública internacional, que primero se suspendió y que luego se dio por terminado, cree que no tiene cabida en esta discusión, salvo que también se estuviera ventilando como conducta penal reprochable en este proceso el adelantamiento de ese trámite, de lo contrario, que se tendría mucho para decir allí y que han observado en las alegaciones que pueden ser de valía, pero en el ámbito de una nulidad de esas actuaciones, de una responsabilidad de carácter precontractual de la entidad, pero no propias del ámbito del derecho penal, que así suene obvio, hay que recordar que es de *última ratio*, expresión que tiene demasiado contenido, porque para afectar la libertad de las personas, para condenarlas penalmente, no bastan los reproches de cualquier otro tipo sobre la conducta; es una expresión completa del principio de legalidad. Entonces, lo que se adelantó con este proceso, probablemente hubiera podido servir de argumento para pedir la nulidad de esas actuaciones, quizá algunos oferentes internacionales hubiesen podido reclamar responsabilidad patrimonial con Hidroituango, pero no se tiene noticia que así haya sido, y sería inútil detenerse en dicho asunto en este proceso.

Seguidamente se ubica frente a la celebración del contrato directo BOOMT entre Hidroituango y las Empresas Públicas de Medellín, y lo primero que se debe observar es si esto es legalmente posible, para luego descender a lo que se considerado como la violación al estatuto de contratación. Advierte de antemano, que desde ya se llama la atención en el sentido, de que por eso es que el Instituto considera que no hay naturaleza de un delito de este caso, porque no creen que la

celebración de contrato con violación al régimen legal, se configure por la violación a un manual de contratación interna, porque el manual de contratación no es una ley, y no lo puede ser para rellenar el tipo penal en blanco, de por sí delicado y problemático cuando se va a llenar con una conducta, y lo menos que se puede esperar, lo que implica el principio de legalidad es que un tipo penal en blanco sea llenado con una conducta establecida en la ley, no en un manual de contratación. Sin embargo, metodológicamente, les ha parecido importante reflexionar sobre la viabilidad de celebrar ese contrato legalmente hablando y, mucho más, frente al manual de contratación.

Para soportar su tesis, se apoya en la sentencia de Mauricio Fajardo Gómez, bajo el Rdo. 52001233100020050051201 del 1º de marzo de 2008, que en su numeral 12 hace clasificación de los contratos de la administración pública, bastante ilustrativa, incluso para este caso, queriendo llamar la atención al despacho, en que la discusión sobre los contratos celebrados por entidades que siendo estatales son del régimen del derecho privado, no es una discusión nueva, existe en Colombia desde que existen normas especiales para la contratación, aun antes de la Ley 222 de 1983 que rigió hasta la expedición de la ley 80 de 1993, se daba esa discusión, y la clasificación que había era entre contratos especiales o contratos de derecho privado de la administración, se llamaban así desde ese momento. Que siempre ha habido esa posibilidad, pero también esa discusión, y que se diría que de ese tipo de diferenciaciones sutiles viven los abogados, porque esto ha dado pie a muchas controversias sobre todo en materia de la jurisdicción competente, las reglas aplicables a ejecución, a la liquidación, en fin. Pero, lo que debe quedar claro es que una cosa es la naturaleza del contrato y otra muy distinta es su régimen. El contrato que ocupa la atención al proceso es de naturaleza estatal y en eso, dice, le asiste la razón a la Fiscalía, se aplica un criterio organicista, pues si se mira quien celebró el contrato y una de las partes está enlistada en el artículo de la ley 80, el contrato es estatal. Pero, habría que mirar cuál es el régimen de ese contrato, porque esa es la normatividad aplicable, al proceso de escogencia, a su celebración, a su ejecución y a su liquidación. Así que es lo primero que debe precisar: que este es un contrato de régimen especial, pero además con un plus, porque entidades de régimen especial hay varios en Colombia, por ejemplo, las empresas sociales del Estado que en el sector salud les está un régimen de derecho privado, como ciertas entidades del orden financiero, en fin, cualquier otro ejemplo.

Pero en materia de derechos públicos además hay un régimen propio, hay un régimen especial que le entregó la Constitución Política y, a veces se ha caído en un error, de pronto y con todo respeto, porque no solo operadores especializados en derecho público, de creer de que como la Ley 80 se denomina estatuto, eso es sinónimo de Ley estatutaria, y no lo es, porque la Ley 80 es una ley ordinaria y la de servicios públicos, leyes 142 y 143 – sector energía, ambas son leyes ordinarias. Pero eso sí, estas últimas leyes pertenecen al régimen de los servicios públicos domiciliarios que tienen un origen Constitucional y una norma constitucional que los llamó inclusive a que garantizaran la continuidad del servicio, su calidad, a que fueran competitivos, y eso es lo que explica situaciones como estas que nos ocupa, que se pueda contratar de manera directa, así parezca un poco aterrador.

No se desconoce que en Colombia hemos que la corrupción en Colombia siempre se hace en el proceso de selección, cuando las defraudaciones a lo público ocurren en todas las etapas del contrato, pero más en la ejecución y piensa que Hidroituango podrá haber muchas problemáticas, sin que pueda confundirse la problemática que vive el proceso a partir de la contingencia ocurrida por el taponamiento de una galería auxiliar de desviación en el 2008, con la génesis del contrato, pues no tiene que ver lo uno con lo otro, y mal se haría en afirmarse que esa situación de ingeniería y que está por dilucidarse judicialmente, tenga su origen en el hecho de que se había celebrado directamente el contrato entre dos empresas de servicios públicos domiciliarias con capital público. Ese es un asunto capital. En el régimen de servicios públicos existe la contratación directa, y eso no viola norma legal alguna. Se trata de contratos interadministrativos que siempre han sido permitidos por la ley, e inclusive, tanto se ratifica esto, que el Estatuto Anticorrupción lo prohibió para las obras públicas, y ahí sería discutible si aquí lo que subyace es la contratación de una obra pública, aunque la Fiscalía fue persistente en indicar que se trató de un contrato de colaboración empresarial; sin embargo, la ley 1474 en su artículo 92, aclaró y dijo en el literal c) Contratos interadministrativos, o sea que contratos se pueden celebrar directamente: *“Contratos interadministrativos. Siempre que las obligaciones derivadas del mismo tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora señalada en la ley o en su reglamento”* – que para el caso se cumple y, dice la norma que se exceptúan los contratos de obra, suministro, prestación de servicios de evaluación de conformidad respecto a las normas o reglamentos técnicos, encargos fiduciarios y fiducia pública; excepciones que nada tienen para el presente caso. De manera que, si fuéramos inclusive a buscar esa

prohibición, que de no encontrarse era porque se permitía, no aplica para este evento, porque el contrato BOOMT se firmó el 30 de 2011 y la ley 1474 fue sancionada el 12 de julio de 2011 publicada en el diario oficial 40.128. Entonces, en el régimen de servicios públicos domiciliarios la contratación directa existe, y esta contratación directa no se dio como consecuencia de la invitación pública internacional. Que ese es otro proceso, otro problema, reiterando que podría detenerse en ese problema y se estuviera evaluando esa conducta en particular, pero son dos procesos diferentes y que fue insistente la Fiscalía en precisar que lo que se está reprochando es la celebración del contrato BOOMT. Y, si se acude a ello, es claro que fue una contratación directa, y que para ello se ajustaron unos manuales de contratación; lo que le parecería muy sorprendente, si lo estuviera haciendo una entidad pública con un particular a quien después se le va a adjudicar un contrato, o con el que se va a simular en una licitación pública de la cual, él se sabe de antemano que ganará. Pero cree que no se podría llevar a dos entidades públicas buscando un beneficio del interés de que la obra saliera adelante. Incluso, tratándose de un tema subjetivo para los que somos de acá, cree que todos lo recuerdan, todo fue una iniciativa de la república de Colombia, de que se buscara la manera de que ese contrato pudiera ser ejecutado por las Empresas Públicas de Medellín, queriéndose significar muy precisamente es que si se miran esas actuaciones bajo la perspectiva de que violan la ley, claro que suenan muy reprochables, pero se entiende que eso se puede hacer, es muy probable que es lo que ocurre permanentemente entre entidades públicas cuando unen esfuerzos mediante convenios o contratos interadministrativos, ambas figuras por supuesto, con un alcance muy distinto, pero que tienen en común que dos entidades se unen entre sí para celebrar un negocio jurídico y que en todas esas actuaciones están las entidades juntándose – *mire, porque no hacemos esto entre los dos, porque no realizamos esta actividad, usted porque no me ayuda para sembrar árboles en su jurisdicción, porque no construimos el túnel del Toyo entre la Gobernación de Antioquia y el municipio de Medellín* - ; esas cosas entran en unas conversaciones, entonces se dirá, sí ese es convenio interadministrativo, eso está permitido por la ley, porque también es una figura existente en la legislación. Pero dice que es importante hacer una salvedad, que no sabe si eso fue lo que quiso decir el perito, el doctor Carlos Atehortúa, o en otro contexto, o lo explicó mal, pero esas aclaraciones que él hacía, sobre que los actos de gestión de las empresas de servicios públicos son de derecho privado y que lo demás es de derecho público, que hay un régimen de la gestión y un régimen de la prestación, con todo respeto

le diría que eso no da lugar en esta discusión porque son clasificaciones al interior de los actos que realiza ese ente, porque las entidades estatales todas realizan actos, operaciones, contratos y convenios; entonces esa clasificación interna no tiene nada que ver, porque acá se está hablando del régimen del contrato que es de derecho privado, así su naturaleza sea la de un contrato estatal, y eso de que sea un contrato estatal es muy importante por ejemplo, para la jurisdicción que conoce de las controversias, para la aplicación de ciertas figuras como el restablecimiento del equilibrio económico, el análisis de las prestaciones, la manera como se desarrollan los tribunales de arbitramento en la ejecución de estos contratos; es decir, que el contrato sea de naturaleza estatal tiene muchas implicaciones, pero otra cosa es el régimen, que cuando se está frente a éste, se debe considerar que el régimen lo es de derecho, con una normatividad especial que es el régimen de los servicios públicos que es de derecho privado, indicando que con la expresión de derecho privado se queda corto y es impreciso, porque a veces se cometen muchos errores por los servidores públicos, cuando dicen – *yo soy del régimen de derecho privado-*

porque un servidor público en régimen de derecho público o en régimen de derecho privado nunca será igual a un particular en el régimen del derecho privado, porque tiene el artículo 209 de la Constitución Política – los principios de transparencia, de publicidad y el de escogencia objetiva – y, entonces claro, se dirá, precisamente el de publicidad, el de escogencia objetiva, sí, pero es que la ley permite que entre dos empresas de servicios públicos, de capital público, se celebren contratos interadministrativos, como cree el IDEA que fue lo que se hizo en este caso.

Ahora, ya descendiendo al manual de contratación, aduce que lo primero es recordar que la sentencia C – 739 de 2000, en cuanto al principio de legalidad en el estado democrático de derecho dice: *“El principio de reserva legal, implica en el estado democrático de derecho, que el único facultado para crear normas de derecho penal es el legislador, pues además de ser esa su función natural en desarrollo del principio de división de poderes, en este radica la representación popular la cual en la elaboración de todas las leyes, pero muy especialmente en las de carácter penal”*. Así, si se acepta que un manual de contratación que elabora una junta directiva interno en una entidad es ley, se podrían llenar tipos penales en blanco, pero cree que se viola abiertamente el principio de legalidad, porque el contrato sin cumplimiento de requisitos legales – la expresión legal, tiene que ser la

de ley -, e se iría más allá, no en sentido material sino en sentido formal, y que esos manuales de contratación lo que han generado es una cantidad de discusiones, inclusive si como se dijo, hubo que reformarlo para poder celebrar el contrato BOOMT, entonces dicho manual estaba en contravía de la ley, porque si no permitía la contratación interadministrativa con otras entidades estatales, pues estaba impidiendo algo que la ley trae y ese manual, siendo de elemental lógica de la pirámide Kelseniana, está en toda la base de la pirámide porque son actos cumplidos con particulares o aquí por servidores públicos de empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios. Pero adicionalmente, el manual de contratación que regía para el momento en que se celebra el contrato BOOMT, no es el que prohibía celebrar esos contratos, es una reformado. Y, si se considera que modificar un manual de contratación a dedo para acomodarlo que se trae, también con la misma lógica, se puede ver muy reprochable o entender que es una actuación para el bien público, para poder hacer el contrato con otra entidad, pero suponiendo en gracia de discusión que fuera reprochable, el hecho es que es un tema que no puede constituir una conducta penal como la que se está ventilando en este proceso, puede inclusive que tenga implicaciones disciplinarias, recordando el principio de la *última ratio* del derecho penal, es decir, no todo lo reprochable en la gestión pública constituye delito, como no todo constituye detrimento patrimonial, como todo no constituye falta disciplinaria, y que a veces son simples errores o apartamientos leves de la ley, también muchas conductas configuran los tipos de cada materia, penal, disciplinaria y fiscal. Pero, en este caso concreto, el manual ya estaba modificado y lo que se está juzgando no es la modificación al manual de contratación, sino que se está diciendo que éste se modificó, pero el que regía en el momento de celebrarse el contrato BOOMT permitía hacer esto, permitía la contratación directa y así fue como se celebró y es lo que permite la ley, y lo tenía que decir porque no podía ir en contravía de la ley; los manuales de contratación facilitan entendimientos internos para el desarrollo de los actos negociables, pero no pueden constituirse en un obstáculo ni pueden ser constitutivas de conductas punibles.

Se refiere seguidamente al concepto del 19 de noviembre de 2020 No. 22020013000011541 de *“Colombia compra eficiente”*, que ratifica su teoría en lo concerniente a la contratación directa, en el sentido de que, si bien la ley 1150 de 2007 así lo permite, tiene unas excepciones, regla que está condicionada a ciertas tipologías contractuales que sean ejecutadas por entidades estatales allí previstas

y que lo que se reprocha es que se contrate con una entidad que no tenga ese fin, como ha hecho una carrera perversa en Colombia la famosa contratación con asociaciones de municipios y con cooperativas de municipios, donde se crean entidades evidentemente para evadir el proceso de licitación pública y contratar a través de ellas, no siendo el caso que ocupa la atención en este proceso. Quien dudaría que siendo parte del objeto social de las Empresas Públicas de Medellín desarrollara un proyecto como el de Hidroituango, si es que ha desarrollado la mayor parte de la estructura energética colombiana de manera exitosa, salvo esta coyuntura, que repite, nada tendría que ver con la manera como se llegó al contrato BOOMT.

Termina su intervención el representante del IDEA, señalando que por esa razón han fijado esta posición como víctimas y no pueden acompañar la pretensión punitiva esbozada.

El apoderado de la Gobernación de Antioquia. Dr. Leonel Álvarez Giraldo.

A manera de nota preliminar, indica que no existe norma alguna que exija que la representación de víctima se ponga del lado de una de las partes, sino de la verdad como tal, siendo esa la senda que asumirá en sus alegatos finales por parte de la Gobernación de Antioquia para que sean tenidos en cuenta al momento del fallo.

Adujo desarrollar su intervención bajo los siguientes capítulos: síntesis de la teoría del caso por parte de la Fiscalía y de la defensa, problemas jurídicos a resolver en la sentencia, consideraciones y análisis de la prueba documental y testimonial y síntesis o decisiones finales para que sea analizadas por el juzgado.

En este orden de ideas, la teoría del caso de la Fiscalía la resumió de la siguiente manera: “... *La práctica probatoria de este juicio oral, llevará al señor juez al conocimiento más allá de toda duda, que al celebrar el contrato los representantes legales de las empresas contratantes y contratista, inobservaron LOS REQUISITOS LEGALES ESENCIALES de su propio estatuto de contratación y vulneraron los principios de la función pública en un proceso contractual que se desarrolló ...*” (Las mayúsculas son propias del interviniente).

Alega igualmente la Fiscalía en su teoría del caso: *“Con evidencia esencialmente documental, la Fiscalía probará la situación fáctica, la realización de la conducta antijurídica y la responsabilidad de los acusados...”*

Por parte de la defensa, el doctor Jorge Aníbal Gómez, defensor del doctor **LUIS JAVIER VÉLEZ DUQUE**, señala lo siguiente: *“... Consiste en demostrar que la hipótesis planteada por la Fiscalía en la acusación tiene como argumento una equivocada selección, aplicación e interpretación de las normas que rige la contratación de las empresas de servicios públicos domiciliarios ...”* E igualmente, señala: *“... Se probará en este juicio que tanto la sociedad Hidroituango SA ESP como la sociedad EPM Ituango SA ESP, son empresas de servicios públicos mixta, sometidas a un régimen especial prevista en la ley 142 y 143 de 1994, lo que lleva al régimen contractual de tales empresas sea por regla general el del derecho privado y por lo tanto no le son aplicables las disposiciones de la ley 80 de 1993 (...) además se trata de una sociedad cuya naturaleza jurídica es completamente distinta a las sociedades industriales y comerciales del estado ...”*

Señala también el doctor Jorge Aníbal Gómez, que *“con el acuerdo 009 del 24 de noviembre de 2010, mediante el cual la Junta Directiva expide el manual de contratación de la sociedad Hidroituango SA ESP, estableció en el numeral 10 de su artículo 13, que aquellos contratos que la empresa celebre con entidades estatales se someterán al procedimiento de contratación directa o de petición de una sola oferta, razón por la cual no podrá exigírsele al contratante, en este caso, a la empresa Hidroituango SA ESP, que se aparte de lo dispuesto en el manual de contratación...”*

Por otra parte, el doctor Santiago Sierra, defensor del doctor Luis Guillermo Gómez, indica con precisión lo siguiente: *“...El contrato se registrará por las normas del derecho privado (...) La contratación entonces directa, es una contratación legal establecida en la norma especial que rige este tipo de sociedades...”*

En segundo lugar, dice que el problema jurídico a resolver en este juicio, se hace consistir en si en el contrato de investigación penal BOOMT, los procesados estaban obligados a dar aplicación a la ley 80 de 1980 cuando se trata de una empresa de servicios públicos o, **“EL DEBER SER ES LA APLICACIÓN DE LA LEY 142 Y 143 DE 1994 EN EL DESARROLLO DE SUS ACTIVIDADES COMERCIALES Y**

CONTRACTUALES” (El aparte enfatizado en mayúscula, es de autoría del interviniente).

Para resolver este problema jurídico, expone las siguientes consideraciones:

Que existe suficiente material probatorio aportado tanto por la fiscalía como por la defensa frente al tema de lo acontecido. Indica que es deber del juzgado darle el valor legal a cada uno de los documentos aportados, esto es, a los actos, contratos, a actas que deben ser analizados a la luz de la sana crítica y justa valoración de la prueba. En tanto que la prueba testimonial arribaba al proceso, resalta dos declaraciones que en su criterio ofrecen elementos de juicio suficientes sobre la aplicación y que sirven para resolver el problema jurídico planteado.

Así, se tiene la declaración de la doctora María Isabel Vanegas Arias, quien señala cuando es interrogada lo siguiente: *“Doctora, precísele a la audiencia ¿Qué denominación legal o que figura entonces es la que permite que a través de esa figura que esas entidades públicas puedan hacer contratación así directa? Contestó: el estatuto, mire, la ley 142 de 1994 lo faculta, la ley 80 trae la contratación directa entre entidades públicas y el estatuto de Hidroituango trae la contratación directa con entidades públicas”* - minuto 02:27. *“Preguntada: bueno doctora, aquí es muy importante para la ilustración de la audiencia y del señor Juez, que Usted nos explique porqué razón una empresa desde el punto de vista jurídico, y de acuerdo a su conocimiento y de las asesorías que hizo en ese proyecto, cuáles fueron los fundamentos legales por favor de la manera más clara, que se diera, usted ya nos ha descrito que una empresa como era Hidroituango negociara directamente con una empresa como EPM y finalmente EPM ejecutara ese encargo en el proyecto. Explique de manera detallada esos términos. Contestó: La ley 142 de 1994, primero la naturaleza jurídica de Hidroituango es una empresa de servicios mixta a la cual la ley 142 de 1994 le aplica el régimen del derecho privado para el régimen de los actos y contratos, expresión de la ley 142 que está ratificada en la sentencia C - 736 del 2007 de la Corte Constitucional, no haré alusión señoría a los aportes de esta sentencia porque es conocedor el despacho de esa misma sentencia. Sobre eso no hay duda, la Corte Constitucional fue absolutamente clara que las empresas de servicio públicos mixtas no están sometidas al régimen de la contratación pública porque son empresas del régimen especial”* - 01:11:34. *“Esto no se puede olvidar, además es una empresa de energía, además de ser una*

empresa de servicios públicos domiciliarios, lo dice la ley 142 y la ley 143, es específica para que el sector de energía, de generación, transmisión, distribución de energía y comercialización y en específica y expresa en el sentido de que sus contratos están regidos por el derecho privado. Entonces en estas empresas que son sociedades por acciones, ¿quién toma las pautas o las reglas para contratar? Es su junta directiva y la junta directiva de Hidroituango adoptó el estatuto de contratación en el cual existe la contratación directa entre las entidades públicas, es decir, desde el primer día, sin siquiera sacar precalificaciones ni nada, Hidroituango podía salir a contratar con EPM”.

Continúa su intervención el señor representante de la Gobernación de Antioquia, indicando que lo anterior da luces al despacho sobre la naturaleza y la formación de las empresas que gerenciaban los aquí procesados. Que de igual forma hay que resaltar el testimonio del doctor Carlos Alberto Atehortúa, quien fue muy amplio en su declaración y dio elementos muy concretos sobre la vigencia de la ley 142, pero que se limitará solo a una parte para que el juzgado lo tenga presente, cuando el testigo habla sobre las empresas que existen en el estado, las empresas oficiales, las mixtas, las privadas, las oficiales-mixtas y privadas y señala una parte muy importante: *“El constituyente toma la decisión de que fueran una tercera categoría jurídica, y por eso la Constitución dedicó todo un capítulo, el capítulo XII del tema, capítulo V, título II, el tema de los servicios públicos - (Declaración rendida a 016.06) y precisa además, que no cabe dentro de la estructura convencional del estado, ni como un establecimiento público ni como una empresa industrial y comercial ni como una sociedad de economía mixta refiriéndose a las empresas de servicios públicos.*

Que, al ser interrogado dicho testigo por los apoderados de la defensa, preguntándole que por favor informara a la audiencia, si la sociedad contratante y la sociedad contratista tenían la calidad de empresa de servicios públicos, contesta: *“sí, por el objeto”*, es decir, solo basta mirar la existencia y representación legal de cada una de las empresas, los estatutos y allí la voluntad y la vocación de cada una de ellas para identificar la naturaleza y el objeto de las mismas.

En síntesis, puede concluirse que las sociedades Hidroituango SA ESP y EMP SA ESP, son empresas de servicio público cuyo régimen contractual es el previsto en la ley 142 y 143 de 1994, reguladas por el derecho privado, que además se trata de

sociedades cuya naturaleza jurídica es distintas a las sociedades industriales y comerciales del estado, tal como se ha indicado anteriormente. Igualmente se puede concluir que el acuerdo 009 del 24 de noviembre, mediante el cual la Junta Directiva expide el manual de contratación, se convierte en la carta de navegación de la empresa con los actos y contratos a desarrollar, es decir, le da los lineamientos para que ejerza sus actividades comerciales; de donde se concluye, que en cuanto al dolo y la tipicidad habría que indicar, que si bien dichas entidades se rigen por el derecho privado, tal como se ha indicado, no se vislumbra tal conducta por los aquí procesados y por ende, esta sería atípica.

Adicionalmente a lo anterior, continúa el interviniente, la Fiscalía ha basado toda su actuación acusatoria, en que los procesados violaron los requisitos legales esenciales al celebrar el contrato objeto del proceso. Sin embargo, considera que no se han precisado en concreto cuáles fueron esos requisitos que son de la esencia del contrato, es decir, que sin ellos el contrato no existe o no tiene validez o es nulo; pues si se observa, en el expediente no hay prueba sumaria que nos indique que dichos contratos han sido demandados ante un tribunal de arbitramento o han sido demandados ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo a demandar por nulidad por cualquier vicio o irregularidad que se presentara. Al menos en este debate probatorio, en las pruebas aportadas, no existen esos elementos de convicción. No se establece cuál es la disposición normativa que consagra esos requisitos y que fue violada por los procesados, siendo ello, de acuerdo con la reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, requisito para que se configure el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, pues no se puede imputar este delito a partir de alusiones generales y abstractas al eventual desconocimiento de los principios de la contratación estatal. Y, finalmente, no demuestra el conocimiento y la voluntad de los procesados de ejecutar la acción constitutiva del delito, la cual es imprescindible por tratarse de una conducta exclusivamente dolosa.

Remata su intervención señalando que en el ordenamiento jurídico que rige la constatación estatal, no consagra un catálogo explícito de requisitos legales esenciales de un contrato, de tal manera que no sea un ejercicio de fácil aplicación la verificación de estos requisitos por parte de un servidor público que no sea el experto en contratación estatal lo que ocurre en la mayoría de las veces, para lo cual precisamente de acuerdo con la asesoría de expertos en la materia como

ocurrió en el presente caso. Es así, que el contrato BOOMT, contaron obviamente las empresas con la asesoría, acompañamiento, visto bueno de abogados, financieros, ingenieros, expertos en la materia, con la participación de la banca de inversión y que además tuvo un gran despliegue y difusión en los medios de comunicación. Todo esto lleva a la necesidad de concluir que los acusados actuaron bajo el principio de la confianza legítima; principio sobre el cual se tiene una línea de jurisprudencia a través de la sentencia de la C.S.J, Sala Especial de primera instancia. M.P. Ariel Augusto Torres Rojas – Expediente C 00017 del 2021; proceso 18.029 C.S.J. M.P. José Leonidas Bustos Martínez del 5 de noviembre de 2008; proceso 26.061 C.S.J. Sala de Casación Penal – M.P. Julio Enrique Socha Salamanca del 18 de junio de 2008; proceso 14.124 C. S. J - Sala de Casación Penal – M.P. Carlos Mario Mejía Escobar del 21 de marzo de 2002.

Finalmente, enfatiza que el querer de la Gobernación de Antioquia reconocida dentro del proceso como víctima, es que haya verdad y justicia. Si el juzgado después de valorar objetivamente las pruebas que obra en el expediente, concluye que, en efecto, los procesados son responsables de la comisión dolosa del delito por los que se les acusa, por supuesto, se exige por parte de esta representación de víctima, la aplicación estricta de la pena contemplada que corresponde conforme a la ley, pero sí el despacho al adoptar la sentencia correspondiente, concluye que no existe delito en el actuar de los procesados, cree que debe haber un pronunciamiento de igual manera contundente y ejemplar por parte de la judicatura que reivindique no solo el buen nombre de los acusados que han tenido que enfrentar un proceso judicial tan fuerte, una magnitud mediática tal que les ha valido desprestigio ante la sociedad, sino también que reivindique el ejercicio del servicio público que se ve criminalizado a través de estos tipos de procesos.

Que visto lo anterior el caso estudiado, deja al juzgado la decisión de acoger o no los argumentos que presentan las partes, que la sentencia que se dicte sea ajustada a derecho con una justa valoración de las pruebas a través de la sana crítica, buscando siempre la verdad, justicia, reparación y no repetición en favor de las víctimas.

El representante de la Procuraduría Judicial en su condición de Agencia Especial.

Los delegados Procuradores 125 y 349 Judiciales II Penal de Medellín, presentaron a consideración los alegatos de conclusión bajo las siguientes consideraciones:

Luego de referir al principio de congruencia descrito en el 448 del C.P.P, comienza su intervención con los hechos jurídicamente relevantes expresados en la acusación, para luego verificar si se adecúan al tipo penal de contrato sin cumplimiento de requisitos legales consagrado en el artículo 410 del Código Penal, de conformidad con la prueba practicado en el juicio.

Hace una transcripción de los fundamentos fácticos contenidos en el rescrito de acusación que, en esencia, comprenden los ya expuestos en el acápite sobre el acontecer fáctico de este fallo, mientras que los hechos jurídicamente relevantes que fueron recreados por el Ministerio Público, así:

“3.2. El 30 de marzo de 2011, los señores LUIS GUILLERMO GÓMEZ ATEHORTUA Y LUIS JAVIER VELEZ DUQUE, actuando en nombre y representación de HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P contratante- y EPM ITUANGO S.A. E.S.P - contratista, suscribieron el contrato a través del cual se adjudicó el desarrollo Integral del proyecto por un término de concesión de 50 años.

3.2.1. El delito tiene un sujeto activo calificado en la medida en que exige que el mismo ostente la calidad de servidor público: El contrato en mención fue suscrito por los señores VÉLEZ DUQUE y GÓMEZ ATEHORTUA, en calidad de servidores públicos.

Para el mes de marzo de 2011, los señores LUIS GUILLERMO GÓMEZ ATEHORTUA y LUIS JAVIER VÉLEZ DUQUE eran los gerentes generales, de HIDROITUANGO S.A. E.S.P y de EPM ITUANGO S.A. E.S.P, respectivamente.

Dichas empresas contaban con una participación pública superior al 90% y, en consecuencia, se encontraban sometidas al régimen de las Sociedades Industriales y Comerciales del Estado en lo atinente a sus servidores y actividades, de acuerdo con el parágrafo del artículo 97 de la ley 489 de 1998.

Entonces, los señores GÓMEZ ATEHORTUA y VÉLEZ DUQUE ostentaban la calidad de servidores públicos por encontrarse vinculados administrativa o laboralmente a una entidad de esta naturaleza.

Ello, desde la perspectiva del Código Penal, igualmente los involucra, al referirse como servidores públicos a los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

3.2.2. El contrato a través del cual fue adjudicado en concesión el desarrollo integral del proyecto, se celebró sin verificar el cumplimiento de los requisitos legales esenciales:

El contrato que decidieron denominar BOOMT, celebrado entre EPM ITUANGO S.A. E.S.P. e HIDROITUANGO S.A. E.S.P., tuvo por objeto:

(I) Efectuar las inversiones que sean necesarias o apropiadas para la Construcción y Montaje y para la operación y mantenimiento de la Hidroeléctrica y cada parte de la misma, bien sea con recursos propios o a través de la financiación de la misma por terceros;

(II) Realizar cualquiera y todas las actividades que sean necesarias, apropiadas, conexas o complementarias para llevar a cabo la Construcción y Montaje de las Obras, los Componentes y la Hidroeléctrica como un todo y para que ésta y cada uno de los Componentes que lo requieran entren en Operación Comercial en cumplimiento de los Parámetros Técnicos que resulten aplicables, incluyendo, aunque sin limitación: diseñar, planear, construir, adquirir y/o desarrollar todos los Componentes, los Materiales, las Obras y las demás obras materiales o intelectuales requeridas durante la Etapa de Construcción, (...);

(III) Realizar cualquier actividad que sea necesaria o apropiada para que cada una de las Unidades y la Hidroeléctrica como un todo entren en Operación Comercial (...);

(IV) Operar y mantener la Hidroeléctrica en cumplimiento de los Parámetros Técnicos (...);

(V) Restituir, a la terminación de este Contrato (...), los Inmuebles del Proyecto recibidos, (...);

(IV) Revertir a la terminación de este Contrato por cualquier causa, los demás Bienes de Proyecto, (...).

Las sociedades HIDROITUANGO S.A. E.S.P y EPM ITUANGO S.A. E.S.P., son empresas de servicios públicos mixtas, cuyo capital estatal corresponde a un porcentaje mayor al 90%, y, como tales, les son aplicables las normas contenidas en la Ley 142 de 1994. Además, se han definido igualmente como encargadas de actividades complementarias a la prestación de los servicios públicos, esto es, para el caso concreto, de generación, interconexión, transmisión, distribución y comercialización de electricidad en el territorio nacional; por lo tanto, también les es aplicable el contenido de la Ley 143 de 1994.

La contratación del desarrollo integral del proyecto en concesión, por un término de 50 años, término durante el cual el contratista debía financiar, construir, operar mantener y posteriormente retornar la hidroeléctrica a la sociedad HIDROITUANGO S.A. E.S.P., pagándose la inversión con la comercialización de la energía generada, así se le denomine por unas siglas en inglés como BOOMT, debió someterse al proceso de selección señalado en los artículos 55 y siguientes de la Ley 143 de 1994 relativos precisamente a la concesión relacionada con actividades complementarias a la prestación del servicio público de energía, que exige oferta pública para el otorgamiento del contrato conforme al mejor oferente, atendiendo a criterios objetivos, respecto de sus condiciones técnicas, económicas y financieras.¹⁵

13 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%.

Resulta igualmente vinculante el artículo (2 de la ley 1150 de 2007), que indica que la escogencia del contratista se efectuará por regla general a través de la licitación Pública, salvo los casos de selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa que dispone el mismo artículo.

Además, al momento de su suscripción debió verificarse el acatamiento de lo dispuesto en el artículo 13 de la ley 1150 de 2007, esto es, adjudicarse vía proceso de licitación o al menos de solicitud de oferta pública, exigencia igualmente vinculante para entidades no sometidas al estatuto general de contratación en desarrollo de su actividad contractual, tal como lo son las denominadas empresas de servicios Públicos, concretamente, el artículo 209 de la CP.17 18.

Contrario a lo anterior, para el Proyecto Hidroeléctrico Ituango - HIDROITUANGO, se inició un proceso de precalificación en el que participaron varias empresas extranjeras y una nacional. Sin embargo, pese a resultar siete de ellas precalificadas incluida EPM E.S.P., el proceso fue interrumpido abruptamente, con base en la decisión adoptada por la junta directiva de Hidroituango S.A. E.S.P. la cual no tuvo ninguna justificación jurídica, técnica, ni financiera.

Los parámetros objetivos con los que deban cumplir los proponentes para la adjudicación del contrato dejaron de ser determinantes, acudiéndose a otros que, de un lado, no fueron definidos previamente en el proceso de precalificación; y de otro, no pueden ser considerados como objetivos, en la medida en que el hecho de tratarse de la "única compañía local que cumplió con los requisitos establecidos para el efecto, empresa que además posee una participación accionaria en Hidroituango superior al 40%", y "otras circunstancias de carácter regional", no necesariamente implica que ello, genéricamente y por sí solo, pueda beneficiar el desarrollo del objeto contractual. No parecieran ser criterios en clave de interés general, sino en procura de realizar un interés particular.

Mediante la creación de una nueva sociedad, denominada EPM ITUANGO S.A. E.S.P., a través del mecanismo de escisión de Hidroituango S.A. E.S.P., se garantizó que su objeto social correspondiera a la realización de actividades complementarias a la prestación de servicios públicos, como la generación de energía –capacidad jurídica-, pero se dejó de lado los criterios cuya ponderación tendría por objeto el proceso de selección suspendido, esto es, su capacidad operativa, técnica y financiera. Así, se contrató directamente con EPM ITUANGO S.A. E.S.P, una empresa cuya experiencia, en materia de construcción de hidroeléctricas, era la propia de una empresa recién nacida a la vida jurídica; y su capacidad financiera no era diferente a la de HIDROITUANGO S.A. E.S.P al momento de abrir la convocatoria internacional en busca de un inversionista estratégico, pues al ser producto de la escisión de ésta última, sólo le fue transferida en bloque la porción de patrimonio afecto al proyecto, en calidad de beneficiaria.

Calificación jurídica:

*El contrato celebrado el 30 de marzo de 2011 entre HIDROITUANGO S.A. E.S.P. y EPM ITUANGO, a través del cual se entregó en concesión el desarrollo integral del Proyecto Hidroeléctrico Ituango, fue celebrado sin verificar el cumplimiento de los requisitos legales **esenciales**, pues en criterio de la FGN: (I) se omitió el proceso de licitación o al menos el de solicitud de oferta pública para adjudicarlo, al suspender la subasta pública Internacional bajo el único criterio de entregar el proyecto a una empresa de carácter regional que además fuera socia del oferente; y (II) se suscribió de manera directa con una entidad pública, a pesar de la cláusula de residualita que opera frente a contratos de generación de energía.*

Se advierte la afectación al bien jurídico tutelado, esto es, la administración pública, en los términos en los que se ha indicado: una vulneración al principio de transparencia, pues el numeral 1° del artículo 2 de la ley 1150 de 2007 indica que la escogencia del contratista se, efectuará por regla general a través de la licitación pública, salvo los casos de selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa que dispone el mismo artículo.

Igualmente, frente al de selección objetiva se hace énfasis, valga la redundancia, en la "objetividad" de los criterios de selección. Lo anterior, en consonancia con el numeral 2° del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 los proponentes de origen extranjero no pueden ser evaluados en condiciones diferentes de las que se exigen para los proponentes nacionales, dado que ello desequilibraría el proceso de selección y contraria el sub-principio de favorabilidad²⁰ y el principio de libre competencia.

Por último, cabe resaltar lo dispuesto por el Manual de Contratación emitido por la Junta Directiva de HIDROITUANGO S.A. E.S.P/, mediante Acuerdo 009 del 24 de noviembre de 2010, que no solo consagra como marco normativo al artículo 209 de la CP, las leyes 142 y 143 de 1994 y la ley 1150 de 2007; si no que, además, en su artículo 2°, indica que la contratación de la empresa se realizara en un ámbito de libre competencia y estará orientada por los principios de transparencia y selección

objetiva, entre otros; igualmente, dicha normativa desarrolla los postulados mencionados en los artículos 16 (solicitud pública de ofertas cuando la cuantía estimada supere los 1.200 SMLMV); y 22 a 25 (evaluación y aceptación de ofertas y criterios de evaluación y adjudicación). Por lo anterior, para la Fiscalía, en grado de probabilidad de verdad, dicha celebración del contrato denominado BOOMT. En los términos ya indicados, sin que se verificara el sometimiento de la selección de su adjudicatario a un proceso de oferta pública, configura el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales. Y, en virtud de ello, debe acusarse a quienes lo celebraron, en calidad de servidores Públicos, al hacerlo en ejercicio de sus funciones como gerentes de las sociedades HIDROITUANGO S.A. E.S.P y EPM ITUANGO S.A. E.S.P, empresas de servicios públicos de carácter mixto, sometidas al régimen de las empresas industriales y comerciales del estado. Las conductas objeto de acusación les son reprochables penalmente a los señores LUIS GUILLERMO GÓMEZ ATEHORTUA y LUIS JAVIER VELEZ DUQUE, en tanto al momento de la ejecución de las mismas tenían la capacidad de comprender su ilicitud, y la de determinarse de acuerdo con esa comprensión”.

Con tal claridad frente los hechos jurídicamente relevantes, dice que en la práctica probatoria en juicio oral, se presentaron pruebas documentales conjuntas ; independientes, pruebas testimoniales de la Fiscalía y defensa, prueba pericial, informes de entes de control como el de las Contralorías Generales de Medellín y de la República, que revisados éstos y, valorados de acuerdo a las reglas de la sana crítica, le permiten a la Procuraduría apartarse de los argumentos del ente acusador en torno a dichos hechos que consideró jurídicamente relevantes y de la adecuación jurídica que seleccionó; ello, bajo el supuesto de la naturaleza jurídica de las empresas contratantes, esto es, el régimen legal que regula los Servicios públicos domiciliarios, así como la calidad del contratista, socio de la empresa pescadero hidroituango, hoy, Hidroituango S.A. E.S.P., su capacidad económica, financiera, experiencia para desarrollar el proyecto, son fundamentos para considerar que la conducta investigada es atípica, tesis que desarrolla bajo las siguientes consideraciones:

Prima facie, en lo que a los ingredientes que conforman el tipo penal del contrato sin cumplimiento de requisitos legales del art. 410 del Código Penal – *lo transcribe* -, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia determinó éste se estructura, cuando el servidor público desatiende los condicionamientos atinentes a un contrato, específicamente en estos tres eventos i) cuando lo tramita sin cumplir los requisitos de esa fase contractual, ii) cuando lo celebra sin observar los presupuestos necesarios para su perfección o sin verificar el cumplimiento de los requisitos inherentes a la fase precontractual y iii) Cuando liquida el contrato sin

sujetarse a las exigencias requeridas para el efecto.¹; teniéndose que en el subexamine, la FGN, delimitó la fase en el aspecto (ii), es decir, celebrarse, desatendiendo los requisitos pertinentes a la fase precontractual, porque se debió someter a licitación pública o solicitud de oferta pública, siendo en este caso la escogencia del contratista de manera directa.

Aspecto, que en criterio del Ministerio Público no se discute, pues para el día 30 de marzo de 2011, actuando en nombre y representación de HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P - contratante- y EPM ITUANGO S.A. E.S.P -contratista, suscribieron el contrato a través del cual se adjudicó el desarrollo Integral del proyecto por un término de concesión de 50 años y que, para su adjudicación, no hubo una convocatoria pública. Además, la calidad de sujetos activos de la conducta **LUIS GUILLERMO GÓMEZ ATEHORTUA y la de LUIS JAVIER VÉLEZ DUQUE**, cuando suscribieron el contrato, ostentaban las condiciones de Gerente Hidroituango S.A. E.S.P. y Gerente EPM. S.A. E.S.P., respectivamente.

Por otra parte, en cuanto a la composición del capital social de ambas empresas, para los efectos de ley, son las Empresas de Servicios Publicas mixta, en la que existe capital mayoritario del Estado. De ahí que conforme a los artículos 123 de la Carta política, 20 del C. Penal, 51 Ley 80 de 1993, son servidores públicos, condición que fue estipulada y soportada con las hojas de vida, actas de designación de gerentes, contrato laboral y actas de junta directiva que figuran en esas calidades y el contrato BOOMT.

Destaca el Ministerio Público que el tema álgido del debate es determinar, qué régimen se aplica a ese tipo de empresas para efectos de la contratación, si las normas son de derecho público o privado de acuerdo a la naturaleza del contrato y los principios que los gobiernan, para establecer qué ritualidad demandaba el negocio jurídico.

¹ (M. P. Eyder Patiño Cabrera).

Recuerda que el artículo 410 del C. Penal, es un tipo penal en blanco, lo que impone su análisis de conformidad con los ingredientes descriptivos del tipo, las normas a las que debe reenviarse y los elementos de prueba aportados.

Al respecto, se introdujo documentación relativa a la constitución de ambas empresas por parte de los interesados, consistente en el aporte del acta de constitución de la Sociedad Promotora de la Hidroeléctrica Pescadero S.A., constituida mediante escritura pública No. 2309 del 8 de junio de 1998, donde el Objeto General de la Sociedad es “el diseño, construcción y explotación, a nivel nacional y o internacional de la Central Hidroeléctrica Pescadero Ituango, para el desarrollo del mismo, se cumplirán las siguientes etapas:

1ª etapa: actuar como promotora del proyecto y actualizar los estudios realizados por ISAGEN en la década de los ochenta, realizar estudios complementarios de ingeniería, turísticos, recreativos y especialmente ambientales para determinar la factibilidad final del proyecto, celebrar aquellos contratos y acuerdos pertinentes al respecto y en general, para adelantar la elaboración de documentos y obtención de permisos, licencias y aprobaciones que se requieran para permitir que el proyecto pueda proseguir a la segunda etapa.

Firmar un convenio con el Departamento de Antioquia para la participación del ente territorial, en un porcentaje a definir en el convenio, de las ventas brutas de la energía generada, según lo establecido en la ordenanza número 31 del 29 de diciembre de 1997, expedida por la Asamblea Departamental de Antioquia, y en el acta de intención de constitución de la presente sociedad del 31 de diciembre de 1997.

Al culminar esta primera etapa, la sociedad primigenia creará una nueva sociedad paralela de carácter oficial, cuyo objeto sería el desarrollo ambiental, turístico y recreativo de la zona de influencia del embalse.

2ª etapa: actuar como promotora del proyecto y llevar a cabo la ingeniería complementaria, adelantar los trámites legales, administrativos de licencia y permisos para construcción, y los trámites respectivos, para obtener el cierre financiero requerido para la construcción del proyecto.

3ª. Etapa: Efectuar la construcción del proyecto, su operación y mantenimiento y la comercialización de la energía generada.

El capital pagado en la fecha de escritura de constitución es de \$1.807.500.000, accionistas el Departamento de Antioquia, EADE, IDEA, ISAGEN, INTEGRAL y ASIC.

Ingresa EPM S.A. ESP. Inyectando un capital el equivalente de 46.33%, para el desarrollo del proyecto”.

EL 9 de junio del 2010, en reunión de junta directiva de HIDROITUANGO, se decidió por unanimidad, suspender el proceso para explorar conjuntamente con EPM, E.S.P. y EPM otras alternativas de negocio que permitieran el desarrollo del proyecto por EPM.

El 4 de julio de 2010, HIDROITUANGO y EPM. firmaron un acuerdo de voluntades que definía entre otros, los principios de la negociación directa, los términos generales de un eventual negocio y la metodología de trabajo a seguir, para cumplir con lo acordado por la Junta directiva de HIROITUANGO.

El 10 de septiembre de 2010, los accionistas mayoritarios de HIDROITUANGO, el IDEA y EPM celebraron un acuerdo cuyo objeto es establecer los términos y condiciones básicos de la estructura jurídica, económica y financiera, mediante el cual EPM, directamente o indirectamente, a través de un vehículo diferente de HIDROINTUANGO y bajo el control de EPM, mediante un contrato BOOMT, desarrollar integralmente el proceso; es decir, que financiara, construyera, operara, mantuviera, transfiriera y restituyera la Central Hidroeléctrica Hidroituango. El objeto: “se obliga para con Hidroituango a: Efectuar las inversiones que sean necesarias o apropiadas para la construcción y montaje y para la operación y mantenimiento de la Hidroeléctrica y cada parte de la misma, bien sea con recursos propios o a través de la financiación de la misma por terceros.

Realizar cualquiera y todas las actividades que sean necesarias, apropiadas, conexas o complementarias para llevar a cabo la construcción y montaje de las obras, los componentes y la hidroeléctrica como un todo y para que ésta y cada uno de los componentes que lo requieran entren en operación comercial en

cumplimiento de los parámetros técnicos que resulten aplicables, incluyendo, aunque sin limitaciones, diseñar, planear, construir, adquirir y/o desarrollar todos los componentes, los materiales, las obras materiales e intelectuales requeridas durante la etapa de construcción, de confiabilidad con el cronograma director.

Realizar cualquier actividad que sea necesaria o apropiada para que cada una de las unidades y la hidroeléctrica como un todo entre en operación comercial, o antes de la fecha establecida para tal fin, en el cronograma director.

Operar y mantener la hidroeléctrica en cumplimiento de los parámetros técnicos que resulten aplicables para el cual deberá proveer todos los servicios de operación ya mantenimiento usuales, necesarios o apropiados durante la etapa de construcción y la etapa Operación y mantenimiento para que la hidroeléctrica sea revertida e HIDROITUANGO en operación y cumplimiento de los parámetros técnicos y las demás especificaciones previstas en este contrato.

Restituir, a la terminación de este contrato y el contrato de usufructo, por cualquier causa los inmuebles del proyecto recibidos en usufructo.

Revertir, a la terminación de este contrato, por cualquier causa, los demás bienes del proyecto, diferentes de los que deben ser transferidos o revertidos las autoridades gubernamentales, por virtud de las disposiciones aplicables.

Continúa su intervención señalando que conforme a la prueba documental aportada por la Fiscalía, consistente en acta de asamblea extraordinaria de accionistas de fecha 27 de octubre de 2010, se aprobó la escisión de la sociedad Ituango S.A. E.S.P., con el fin de la beneficiaria EPM Ituango S.A. S.P., celebrara con EPM, contrato tipo BOOMT, para la financiación, construcción, operación, mantenimiento y explotación comercial de la Central Hidroeléctrica Pescadero Ituango y le restituya a la Sociedad Hidroeléctrica Ituango S.A. E.S.P., al término del referido contrato. En la misma asamblea se aprobaron los estatutos de la nueva sociedad, se eligieron los integrantes de la jura directiva de manera temporal.

Según acta 1529 del 1° de marzo de 2011, se suscribe acuerdo vinculante entre el Instituto para el Desarrollo de Antioquia (IDEA) y EPM, que permitirá que EPM desarrolle integralmente el proyecto Pescadero Ituango.

Conforme al tema de prueba propuesto por la Fiscalía del acta 1530 del 1° de marzo de 2011, se hizo constar lo concerniente al trámite de no objeción de la Superintendencia de Industria y Comercio y luego se procedería con la firma del contrato BOOMT, que es firmado el 30 de marzo de 2011.

De acuerdo a la prueba documental aportada, la empresa -Hidroituango S.A. E.S.P-, para la fecha que se celebra el contrato, contaba con un capital público, distribuido así: IDEA con una participación de 50.74, la Gobernación de Antioquia con el 2.14% y EPM S.A. E.S.P. con un capital de 46.33%, lo que significa que HIDROITUANGO S.A. E.S.P. con un capital en un porcentaje de 99.217% era público, por lo que, siendo entonces una Empresa oficial de Servicios Públicos domiciliarios se tiene un régimen especial para este tipo de empresas.

De acuerdo a la minuta del contrato BOOMT, celebrado el día 30 de marzo de 2011, contenido en 89 folios, el gobierno nacional través del XM, actuando en calidad de administrador del sistema de intercambio comercial y en cumplimiento de la resolución CREG 071 de 2006 y 031 de 2007 y demás normas regulatorias, adelantó el día 13 de junio de 2008, el proceso de asignación de obligaciones de energía firme para el periodo comprendido entre el primero de diciembre de 2018 al 30 de noviembre de 2038. En virtud de dicho proceso, le fue asignado a Hidroituango el cargo por confiabilidad como contraprestación por el cumplimiento de las obligaciones de energía firme (OEF).

Hidroituango abrió un proceso internacional "el proceso para precalificar los interesados en postularse como inversionistas para desarrollar el proyecto bajo el esquema BOOMT, contrato objeto de estudio en este caso, que permite a "una entidad estatal" prestadora de servicios públicos, acudir a una modalidad de concesión para la explotación de bienes, en la que se faculta a un tercero, para la financiación, construcción, operación, mantenimiento y posterior entrega de una central Hidroeléctrica", esto es, un proyecto de generación de energía que tiene como fundamento el numeral 39.3 del artículo 39 de la Ley 142, autorizar a las entidades oficiales a la celebración de contratos, como el descrito en este punto, que contiene tres elementos que son determinantes para el análisis:

Primero: Los contratos son celebrados por empresas de servicios públicos y no por entidades territoriales.

Segundo: Los contratos no tienen por objeto habilitar la prestación de servicios, sino la "financiación, construcción, operación, mantenimiento y posterior entrega de una central Hidroeléctrica", negocios jurídicos que se dan en el escenario de los prestadores y no de las autoridades y,

Tercero: El contrato celebrado, no corresponde a los que de conformidad con el artículo 57 de la ley 143 y el numeral 7.1 del artículo 7 de la ley 142, ambas de 1994, pueden celebrar los departamentos, pues está referido a la actividad de generación y no a la de transmisión que es en la que en condiciones especiales los departamentos tienen la posibilidad de entregar en concesión.

Ahora bien, dentro del ejercicio de sus facultades y competencias las entidades descentralizadas del Estado, que prestan servicios públicos domiciliarios, de conformidad con sus estatutos, expiden normas que determinan los sistemas de selección de contratistas, de acuerdo a diferentes condiciones y dentro de los mecanismos de contratación directa se ha acogido una modalidad que está prevista en leyes 80 de 1993, 1150 de 2007 y 1474 de 2011, que es acudir al mecanismo de contratación directa cuando las partes contratantes "*son entidades estatales*" tal como se registra en el caso objeto de análisis.

Se sigue de dicho análisis, que cuando se trata de contratos de régimen especial, se integran las normas de este último a los ingredientes normativos del tipo penal definido en el art. 410 del C.P, que, por ser un tipo penal en blanco, la definición de los respectivos ingredientes normativos de la descripción típica ha de precisarse a la luz de la normatividad aplicable a la contratación estatal; lo que comporta, de acuerdo con los arts. 1º y 32 de la Ley 80 de 1993, su integración, por vía de remisión normativa, con el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública y demás normas que lo complementen. Sin embargo, dada la existencia de regímenes contractuales especiales, regulados por disposiciones normativas diferentes al mencionado estatuto, entonces serán aquéllas las llamadas a definir los elementos normativos del tipo, cuando de tipologías o procedimientos de regulación propia se trate.

Respecto del tipo penal bajo estudio - art. 410 del C.P. -, la Sala Penal de la C.S.J. ha precisado, que la violación de los requisitos legales esenciales del contrato tiene que examinarse con remisión o acatamiento de los principios rectores de esta faceta de la función pública que constituye un requisito esencial aplicable, sin excepción, a todos los contratos estatales (CSJ SP 25 sept. 2013, Rad. 35.344), al margen de que se encuentren regulados por la Ley 80 de 1993 o que estén reglamentados por algún régimen especial (CSJ SP 30 ene. 2008, rad. 28.434).

Dice la Procuraduría que, retomando el contrato del 30 de marzo de 2011, el régimen jurídico aplicable conforme a lo dispuesto en el artículo 32 de la ley 142 de 1994, es el de las normas de derecho privado, salvo que la misma ley disponga lo contrario. Pero que esta disposición legal para su interpretación y aplicación para esta especie de contrato debe armonizarse con lo previsto en las leyes 142 y 143 de 1994 y aquellas que la modifican, complementan y adicionen, así como por la regulación expedida por la Comisión de Regulación de Energía y Gas - CREG, que sea aplicable a la relación contractual y, art. 13 de la Ley 1150 de 2007, que así transcribe:

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.*

Para la representación del Ministerio Público, por otra parte, además del marco normativo ya expuesto, el negocio jurídico entre HIDROITUANGO S.A. E.S.P. y EPM S. E.S.P., debe ser considerado dentro de un régimen especial para efectos de la contratación, lo que encuentra asidero en las siguientes legislaciones:

Conforme a ley 489 de 1998, *“Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16*

del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones.", establece en el artículo 84 lo siguiente:

“ARTÍCULO 84.- *Empresas oficiales de servicios públicos. Las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios y las entidades públicas que tienen por objeto la prestación de los mismos se sujetarán a la Ley 142 de 1994, a lo previsto en la presente Ley en los aspectos no regulados por aquella y a las normas que las complementen, sustituyan o adicionen”.*

A su vez, por composición de su objeto social, capital accionario, la voluntad de sus socios expresados en los estatutos sociales y en la denominación de la misma – HIDROITUANGO S.A. ESP.-, por la ley, tiene la naturaleza jurídica de *Empresas Públicas Mixta*, según el artículo 97 de la misma ley 489 de 1998, según la cual:

“Sociedades de economía mixta. *Las sociedades de economía mixta son organismos autorizados por la ley, constituidos bajo la forma de sociedades comerciales con aportes estatales y de capital privado, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas de Derecho Privado, salvo las excepciones que consagra la ley”.*

Para que una sociedad comercial pueda ser calificada cómo de economía mixta es necesario que el aporte estatal, a través de la Nación, de entidades territoriales, de entidades descentralizadas y de empresas industriales y comerciales del Estado o sociedades de economía mixta no sea inferior al cincuenta por ciento (50%) del total del capital social, efectivamente suscrito y pagado.

Las inversiones temporales de carácter financiero no afectan su naturaleza jurídica ni su régimen.

PARÁGRAFO. *- Los regímenes de las actividades y de los servidores de las sociedades de economía mixta en las cuáles el aporte de la Nación, de entidades territoriales y de entidades descentralizadas, sea igual o superior al noventa (90%) del capital social es el de las empresas industriales y comerciales del Estado”.*

Continuando con su intervención, indica que de las características específicas que diferencian entre sí a las empresas industriales y comerciales del Estado y a las sociedades de economía mixta, la principal es que el capital de las empresas industriales y comerciales del Estado está conformado exclusivamente por bienes públicos, mientras que, en las sociedades de economía mixta, hay, además, una participación de los particulares y que, sobre estas características de la composición del capital, existe unanimidad en el derecho administrativo, evidenciándose por demás, una posición pacífica en el tratamiento legal, jurisprudencial y doctrinario. De hecho, es precisamente la composición del capital lo que permite definir e identificar dogmáticamente estos dos tipos de entidades.

Además de la denominación constitucional que cada una recibe, se deduce fácilmente que el constituyente no sólo diferenció entre los dos tipos de entidades, sino que lo hizo precisamente a partir de la composición de su capital, pues mientras en el primer tipo de entidad se puede inferir fácilmente la pertenencia al Estado de tales empresas industriales y comerciales, en el segundo, “*lo que le da esa categoría de ‘mixta’*” es, justamente, que su capital social se forme por aportes del Estado y de los particulares”²

“ARTÍCULO 94.- Asociación de las empresas industriales y comerciales del Estado. Las empresas y sociedades que se creen con la participación exclusiva de una o varias empresas industriales y comerciales del Estado o entre estas y otras entidades descentralizadas y entidades territoriales se rigen por las disposiciones establecidas en los actos de creación, y las disposiciones del Código de Comercio. Salvo las reglas siguientes: (...)”

Norma que se transcribe, como apoyo a la tesis que son los mismos socios de la empresa HIDROELÉCTRICA ITUANGO como son EPM – ISAGEN-, que se afiliaron para constituirse como una empresa para desarrollar el proyecto, lo cual es permitido por ley.

Por otra parte, en cuanto al objeto de la empresa, la actividad que realiza, la voluntad de sus socios expresada en los estatutos sociales y en la denominación de la misma Hidroituango SA ESP, se trata de una empresa de servicios públicos mixta, que por su naturaleza jurídica de sus actos, contratos y servidores, están sometidos a las normas del derecho privado, tal como se deriva del tenor literal de los artículos 31, 32 y 41 de la Ley 142, normas que fueron declaradas exequibles en las sentencias C - 066-97 y C - 318 de 1996.

Agrega que, concretamente su régimen, para los actos de estas empresas, salvo que la Constitución Política o la propia Ley 142, determinen lo contrario, es “*exclusivamente el de las reglas del derecho privado*”, tal como lo indica el texto del artículo 32 de la ley 142, regla que, en los términos de la Ley, se aplica “*... inclusive, a las sociedades en las que las entidades públicas sean parte, sin atender al porcentaje...*”

² Sentencia C-1442/00

La prestación de servicios públicos, no constituye en sí misma el ejercicio de funciones públicas en general, o en particular de funciones administrativas, pues este tipo de funciones tienen como núcleo el ejercicio de potestades propias del poder estatal; conforme a la doctrina constitucional referida en la sentencia C-736-07, reiterada en las C-338-2011 y C-185-2019.

Las empresas de servicios públicos mixtas y privadas con aportes del Estado, son entidades descentralizadas que pertenecen a la rama ejecutiva del poder público, según la C-736-07.

Así, las Empresas de Servicios Públicos, son entidades descentralizadas por servicios y no corresponden al concepto de entidades estatales de orden territorial, reglamentado en leyes especiales y en la Constitución.

Agrega la Procuraduría que, con fundamento en lo anterior, no es dable invocar el artículo 55 de la Ley 143 de 2004, como lo hace la fiscalía – *“Por la cual se establece el régimen para la generación, interconexión, trasmisión, distribución y comercialización de electricidad en el territorio nacional, se conceden unas autorizaciones y se dictan otras disposiciones en materia energética”*, ya que esta disposición normativa, se refiere a entes estatales del orden territorial, mientras que el contrato objeto de censura, se suscribió entre empresas mixtas de servicios públicos domiciliarias que por su capital tienen tratamiento de *sociedades de economía mixta*, es decir, el contrario BOOMT se celebró entre dos empresas de servicios públicos domiciliarios, recordándose que conforme al artículo 2 de la ley 1150 de 2007, invocado por la fiscalía, en su numeral 4 que regula la contratación directa, dispone en el inciso 2 del literal C, modificado por el artículo 95 de la Ley 1474 de 2011, lo siguiente:

“En aquellos eventos en que el régimen aplicable a la contratación de la entidad ejecutora no sea el de la Ley 80 de 1993, la ejecución de dichos contratos estará en todo caso sometida a esta ley, salvo que la entidad ejecutora desarrolle su actividad en competencia con el sector privado o cuando la ejecución del contrato interadministrativo tenga relación directa con el desarrollo de su actividad”.

Texto original de la Ley 1150 de 2007: En aquellos eventos en que el régimen de la ejecutora no sea el de la Ley 80 de 1993, la ejecución de dichos contratos estará en todo caso sometida a los principios de la función administrativa a que se refiere el artículo 209 de la Constitución Política, al deber de selección objetiva y al régimen de inhabilidades e incompatibilidades de la Ley 80 de 1993 salvo que se trate de Instituciones de Educación

Superior Púlicas, caso en el cual la celebración y ejecución podrán realizarse de acuerdo con las normas específicas de contratación de tales entidades, en concordancia con el respeto por la autonomía universitaria consagrada en el artículo 69 de la Constitución Política.

Dice que en los servicios públicos domiciliarios se debe distinguir entre el rol que le corresponde asumir a las autoridades (Nación, Departamentos, Municipios y Distritos), que tienen la obligación de asegurar la prestación eficiente de los servicios, que es sustancialmente diferente al rol que le corresponde cumplir a los prestadores (Entidades prestadoras de servicios públicos en especial empresas de servicios públicos).

En las modalidades de los contratos de concesión, debe distinguirse entre la concesión para la habilitación de la prestación de servicios y otra muy distinta, es la concesión para el uso de bienes que se utilicen para la prestación de servicios.

En forma general, en servicios públicos domiciliarios se eliminaron los títulos habilitantes para la prestación de éstos, la concesión usada como mecanismo para habilitar servicios solo puede celebrarse en casos excepcionales y previa autorización legal, pues por vía general la prestación de servicios ha sido autorizada.

Sobre la prestación del servicio de energía, la Nación, los Departamentos, Municipios, solo pueden celebrar contratos de concesión para la prestación de servicios, en los casos expresamente previstos en la ley. Ello deriva del mandato expreso del artículo 57 de la Ley 143. Esto es, las autoridades solo pueden celebrar contratos de concesión cuando deben actuar como último recurso, para asegurar su prestación y dentro de los límites y condiciones que fija la Ley.

Que no todas las autoridades pueden habilitar a terceros para que se ocupen de las diferentes actividades o etapas en que se descompone la prestación del servicio público domiciliario de energía eléctrica, esto es, (I) generación, (II) transmisión; (III) distribución y (IV) comercialización de la energía, por el contrario, la Ley indica claramente a qué tipo de entidad estatal, le corresponde en casos especiales o excepcionales habilitar a terceros para la prestación de los servicios.

El artículo 57 de la Ley 143, establece claramente el alcance de las competencias de la Nación, los departamentos y municipios en relación con el otorgamiento de concesiones para actividades del Servicio en los siguientes términos:

Artículo 57. La competencia para otorgar contratos de concesión se asigna en la siguiente forma:

A la Nación, los relacionados con la generación, interconexión y redes de transmisión entre regiones; a los departamentos, lo concerniente a las redes regionales de transmisión; y al municipio, lo atinente a la distribución de electricidad. Corresponderá a la Comisión de Regulación de Energía y Gas precisar el alcance de las competencias señaladas.

En el mismo sentido de la norma citada, en el numeral 7.1 del artículo 7° de la Ley 142 de 1994, al asignar competencias a los departamentos en relación con el servicio de energía, las competencias se limitaron exclusivamente a los relacionado con "Asegurar que se presten en su territorio las actividades de transmisión de energía eléctrica, por parte de empresas oficiales, mixtas o privadas".¹⁵

Así entonces de conformidad con lo establecido en el artículo 57 de la Ley 143, los departamentos no pueden otorgar todo tipo de concesiones en servicios públicos en el sector de energía, pues carecen de competencia para intervenir o habilitar operadores que se ocupan de actividades como la de generación.

Diferentes a los contratos de concesión para habilitar la prestación de servicios que pueden celebrar las autoridades, como es el caso de las concesiones a que hacen referencia los artículos 55, 56 y 57 de la Ley 143, sucede con otras modalidades de concesión que tienen como objeto, que las entidades prestadoras de servicios públicos, permitan a terceros el uso de sus redes para la prestación de servicios.

En este caso, se trata de contratos que no son celebrados por la Nación y las entidades territoriales en su condición de autoridad, sino por entidades prestadoras de servicios públicos, tal como se han definido en el artículo 15 de la ley 142, y que se encuentran autorizados para celebrar este tipo de contratos en el numeral 39.3 del artículo 39 de la misma Ley.

Entre los contratos que pueden celebrar las entidades prestadoras de servicios públicos, existe un conjunto de contratos propios del sector, los que aparecen reglamentados bajo la denominación de "*contratos especiales*" en el artículo 39 de la Ley 142, entre los que se incluyen los contratos de concesión, que no tienen por objeto la habilitación para asegurar la prestación del servicio, sino permitir a terceros el uso de sus redes e instalaciones esenciales, que se requieren para la prestación del servicio.

Aunque en el caso materia de análisis, dicho contrato celebrado entre HIDROITUANGO S.A E.S.P. y EPM S.A. ESP, no puede considerarse propiamente como contrato interadministrativo ya que cada uno de ellos se escindió para efectos de crear la nueva empresa promotora del proyecto. Ambos eran accionistas mayoritarios de la empresa matriz respectivamente y EPM S.A. E.S.P. era socio mayoritario de HIDROITUANGO, es decir, que el contrato celebrado el día 30 de marzo de 2011 se celebró entre socios.

Realizado este amplio marco normativo para soportar la teoría sobre la naturaleza jurídica y el régimen que comprende la actividad contractual de las empresas en comento, se ocupa seguidamente del análisis sobre la evidencia testimonial.

Así, aduce que según la declaración de la investigadora líder de la Fiscalía, Dra. RUTH MILENA MENDOZA ORTIZ, la sociedad eléctrica suscribió contrato de colaboración empresarial el 5 de septiembre de 2004, porque el objetivo del mismo era que EPM como socio le aportara esa experiencia, el conocimiento, el desarrollo de proyectos de Centrales Hidroeléctricas, lo concerniente a tecnología, el suministro de personal a nivel técnico, de profesionales, de toda esa diversidad de ingenieros y geólogos que eran necesarios para desarrollar un proyecto de ese estilo, ya que la hidroeléctrica no contaba con esa capacidad y para esos momentos EPM ya había desarrollado proyectos y tenía los proyectos de La Miel y el de Mechó. EPM era el que le iba aportar esos valores agregados, lo que aparece acreditado con las actas de ejecución que fueron introducidas en juicio por la fiscalía, sumada a la prueba documental referida a que EPM reunía los requisitos habilitantes.

Dijo la investigadora de la Fiscalía, que el contrato BOOMT, se había concebido inicialmente para que lo hiciera un tercero, un socio estratégico que tuviera músculo

financiero, de ahí que se dio inicio al trámite de una invitación pública internacional para determinar un potencial socio estratégico con capacidad técnica y financiera, que podían ser nacionales o internacionales, amparados en la resolución 003 de 2005, el 17 de noviembre de 2009 se abre la invitación pública internacional para saber qué empresas a nivel internacional tenían la capacidad financiera, técnica y de experiencia para desarrollar el proyecto.

Para el 2 de febrero de 2010, se toma la decisión No. 015, de trece (13) que se presentaron, se precalifican siete (7) empresas que cumplían los requisitos. Se subieron a la página de internet de la sociedad Hidroituango el 18 de marzo de 2010, para que los precalificados iniciaran el proceso de selección y se publicaron oficialmente los pre-plegos y luego se decidió por parte Hidroituango, no seguir adelante con el proceso de subasta. Se introdujo con dicho testigo la fiscalía la documentación atienten a la enunciada decisión 015 del 2 de febrero de 201, con la lista de las empresas precalificadas – ya conocidas desde el contexto de los hechos.

Entre diferentes actas de la Junta Directiva introducidas por la Fiscalía, está la relacionada con la subasta para seleccionar el inversionista encargado de la financiación, construcción y operación de la Central. Se menciona convocatoria pública internacional. En el acta del 27 de enero de 2010 se acredita que se cierra la etapa de precalificación en el proceso que se adelanta para selección del inversionista que financiará, construirá y operará el proyecto Hidroeléctrico Ituango.

En el acta del 24 de febrero de 2010, se registra que ya no sería el 21 de mayo de 2010 que se seleccionaría el inversionista, sino el 30 de julio del mismo año y que de las trece (13) firmas que se inscribieron, siete (7) precalificaron.

El 18 de marzo de 2010, se hizo publicación de los preplegos en la página oficial en Internet de Hidroituango, se suspende el proceso y se da por terminado lo que denomina la Fiscalía como el proceso de subasta, el 9 de junio de 2010.

En criterio de la representación del Ministerio Público, as actas aportadas por la Fiscalía no son suficientes para considerar que esta invitación a precalificar sea producto de un proceso de una etapa propiamente de licitación pública.

Como soporte a esta postura, trae a la audiencia la sentencia de Unificación de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, Sección Tercera, Consejero ponente: ALBERTO MONTAÑA PLATA, del tres (3) de septiembre de dos mil veinte (2020), Rdo. 25000-23-26-000-200900101(42003) Referencias: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES, en materia de la etapa precontractual **en tratándose de las Empresas de Servicio Público domiciliario**, donde señaló lo siguiente:

“Salvo las excepciones expresamente establecidas en la ley vigente, los actos precontractuales de los prestadores de servicios públicos domiciliarios no son actos administrativos y se rigen por la normatividad civil y comercial, así como, de resultar aplicables, por los principios que orientan la función administrativa”. Prosiguiendo, la naturaleza privada de este tipo de actos y su consecuente régimen jurídico, civil y comercial, no obsta, para que, de conformidad, con lo dispuesto en el artículo 13 de la ley 1150 de 2007, deban observarse de manera compatible con lo anterior, los principios que orientan la función administrativa. Tal observancia, como lo pone en evidencia la redacción de esta disposición, no desnaturaliza el régimen jurídico descrito y, por ende, en los términos expuestos, la naturaleza de sus actos.

“OFERTA / EFECTOS JURÍDICOS DE LA OFERTA / EVALUACIÓN DE PROPUESTAS:
En la decisión en cita, se indica:

“En el caso en estudio, como primera medida, debe analizarse si la invitación ISG- 325-2008, que fue realizada por la EAAB, se trató de una oferta (gobernada por el artículo 860 del Código de Comercio) o si, por el contrario, la etapa precontractual en este caso correspondió a una invitación a presentar ofertas, modalidad de formación del contrato en la que no es dable predicar los efectos de la oferta, Principalmente su carácter irrevocable. Para estos efectos, debe resaltarse que la diferencia más significativa entre una y otra figura, según la Corte Suprema de Justicia, radica en que la oferta, como propuesta completa de negocio jurídico que se presenta a terceros, debe contener los “elementos esenciales del negocio” (artículo 844 del Código de Comercio). Para la Corte, “la oferta como acto unilateral se instituye en fuente obligacional y (...) en el evento del retracto injusto se está frente a un acto ilegal que compromete la responsabilidad”. En contraste, la invitación a presentar ofertas carece de ese rasgo distintivo, “de suerte que la conformidad del destinatario no podría implicar celebración” del contrato. Al respecto, el máximo tribunal de la Jurisdicción Ordinaria ha sostenido que un anuncio puede contener una verdadera propuesta de contrato o, simplemente, tratarse de una invitación a emprender negociaciones [...]. [...] De estas consideraciones se entiende que, en ocasiones, “la verdadera oferta es la presentada por el concursante, y en cuanto tal debe contener los

elementos esenciales del convenio, propuesta que una vez aceptada por quien abrió el concurso, perfeccionará el negocio jurídico”.

Así, continúa la Procuraduría, según este precedente de tribunal de cierre y teniendo en cuenta lo aportado por la fiscalía respecto al tema en comentario, y los artículos 845 y siguientes del Código de Comercio, se puede concluir que la HIDROELÉCTRICA ITUANGO E.S.P. no realizó una oferta pública propiamente dicha, sino una invitación a precalificar, para conocer la capacidad técnica, financiera, de experiencia en quien pudieran desarrollar el proyecto de construcción de la Hidroeléctrica. De hecho, frente a una pregunta complementaria del Ministerio Público, la investigadora líder de la fiscalía indicó que no hubo demanda por parte de los demás precalificados, a quienes se les devolvió el aporte hecho para el acceso al cuarto de datos, donde se encontraba toda la información sobre el proyecto.

Luego, entonces, con base en lo consagrado en los artículos 863 y 871 del Código de Comercio, de los hechos y de la normatividad aplicable al caso, se desprende que el actuar desplegado por los acusados no constituyó un incumplimiento del deber de lealtad y de buena fe precontractual.

Acota que los referentes jurisprudenciales expuestos, le permiten desvirtuar una de las hipótesis de la fiscalía, consistente en catalogar la invitación pública internacional a calificar que hizo HIDROITUANGO S.A. E.S.P., El día 17 de noviembre de 2009, como etapa de la subasta, sin tener en cuenta que estos actos se regían por el derecho privado, código de comercio, según se desprende de los actos aportados por la fiscalía y la defensa.

Resalta que la Fiscalía ha considerado como un contrato externo de naturaleza pública, el denominado contrato BOOMT de 2011, cuando lo que se hizo a través de éste, fue la delegación del proyecto en uno de los socios mayoritarios de Hidroituango, facultado para hacerlo a través de sus estatutos y que había precalificado, tal consta en el acta de precalificados, que fueron siete. Y, se da cuenta que EPM S.A. E.S.P., reunía requisitos habitantes que miden la aptitud del proponente para participar en un Proceso de Contratación como oferente, referidos a su capacidad jurídica, financiera, organizacional y su experiencia; que la finalidad de los requisitos habilitantes, es la de establecer unas condiciones mínimas para los proponentes, de tal manera que la entidad estatal sólo evalúe las ofertas de

aquellos que estén en condiciones de cumplir con el objeto del Proceso de Contratación; presupuestos que fueron entregados por trece (13) proponentes que aceptaron la invitación, precalificando 7, siendo uno de ellos EPM., dejando claro que los requisitos habilitantes siempre se refieren a las condiciones de un oferente, pero nunca de la oferta.

Por otra parte, asevera que de conformidad con el artículo 410 del Código Penal, en tratándose de una empresa de servicios públicos domiciliarios, ha de entenderse como requisitos esenciales en la celebración de contrato, los contenidos en el artículo 1.261 del Código Civil, esto es, capacidad jurídica, ausencia de vicios del consentimiento, licitud en el objeto, motivo o fin, consentimiento manifestado en la forma que la ley establezca. Que la fiscalía no enunció vicios en estos elementos, refiriendo a los principios de la función pública, que vinculan a los contratos de la naturaleza del acá analizado; igualmente aludió a los estatutos expelidos de la ley 80 de 1993, a los que se les impone el deber de dar cumplimiento a los principios de la función administrativa consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política, así como aquellos establecidos para la gestión fiscal en el artículo 267, como también alude al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto para la contratación estatal; todo, para indicar su naturaleza mixta, en tanto se enmarcan en un régimen especial, el derecho privado combinado con principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, y el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, que es de naturaleza pública.

Bajo estos presupuestos argumentales, contrario a la tesis de la fiscalía, estima que no es aplicable el artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, que dispone lo siguiente:

4. **Contratación directa.** *La modalidad de selección de contratación directa, solamente procederá en los siguientes casos:*

*c) Contratos interadministrativos, siempre que las obligaciones derivadas del mismo tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora señalado en la ley o en sus reglamentos. **Se exceptúan** los contratos de obra, suministro, prestación de servicios de evaluación de conformidad respecto de las normas o reglamentos técnicos, encargos fiduciarios y fiducia pública cuando las instituciones de educación superior públicas **o las Sociedades de Economía Mixta con participación mayoritaria del Estado**, o las personas jurídicas sin ánimo de lucro conformadas por la asociación de entidades públicas, o las federaciones de entidades territoriales sean las ejecutoras. Estos contratos podrán ser*

ejecutados por las mismas, siempre que participen en procesos de licitación pública o contratación abreviada de acuerdo con lo dispuesto por los numerales 1 y 2 del presente artículo. - Inciso 1o. modificado y adicionado por el artículo 92 de la Ley 1474 de 2011, publicada en el Diario Oficial No. 48.128 de 12 de julio de 2011. Decreto 1510 de 2013; Art. 76 Decreto 734 de 2012; Art. 3.4.2.1.1 Inc. 2o. (Decreto derogado por el Decreto 1510 de 2013; Art 163)

Texto original de la Ley 1150 de 2007: c) *Contratos interadministrativos, siempre que las obligaciones derivadas de los mismos tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora señalado en la ley o en sus reglamentos. Se exceptúan los contratos de obra, suministro, encargo fiduciario y fiducia pública cuando las instituciones de educación superior públicas sean las ejecutoras. Estos contratos podrán ser ejecutados por las mismas, siempre que participen en procesos de licitación pública o de selección abreviada de acuerdo con lo dispuesto en los numerales 1 y 2 del presente artículo. **En aquellos eventos en que el régimen aplicable a la contratación de la entidad ejecutora no sea el de la Ley 80 de 1993, la ejecución de dichos contratos estará en todo caso sometida a esta ley, salvo que la entidad ejecutora desarrolle su actividad en competencia con el sector privado o cuando la ejecución del contrato interadministrativo tenga relación directa con el desarrollo de su actividad.** - Inciso 2o. modificado por el artículo 95 de la Ley 1474 de 2011, publicada en el Diario Oficial No. 48.128 de 12 de julio de 2011. Decreto 734 de 2012; Art. 3.4.2.1.1 Inc. 3o. (Decreto derogado por el Decreto 1510 de 2013; Art 163) Texto original de la Ley 1150 de 2007: En aquellos eventos en que el régimen de la ejecutora no sea el de la Ley 80 de 1993, la ejecución de dichos contratos estará en todo caso sometida a los principios de la función administrativa a que se refiere el artículo 209 de la Constitución Política, al deber de selección objetiva y al régimen de inhabilidades e incompatibilidades de la Ley 80 de 1993 salvo que se trate de Instituciones de Educación Superior Públicas, caso en el cual la celebración y ejecución podrán realizarse de acuerdo con las normas específicas de contratación de tales entidades, en concordancia con el respeto por la autonomía universitaria consagrada en el artículo 69 de la Constitución Política. En aquellos casos en que la entidad estatal ejecutora deba subcontratar algunas de las actividades derivadas del contrato principal, no podrá ni ella ni el subcontratista, contratar o vincular a las personas naturales o jurídicas que hayan participado en la elaboración de los estudios, diseños y proyectos que tengan relación directa con el objeto del contrato principal. Estarán exceptuados de la figura del contrato interadministrativo, los contratos de seguro de las entidades estatales; Ley 80 de 1993; Art. 24 Núm. 1o. Lit. C.*

Dice que es en el artículo 39 de la Ley 142, donde legalmente se habilita a "entidades oficiales" para celebrar contratos, que implican, no la habilitación para prestar servicios, sino la transferencia o el uso de sus bienes a terceros, y tal como

lo indica el párrafo del mismo artículo, los contratos a que hace referencia el numeral 39.3 del artículo 39 se someten al derecho privado. En efecto en la norma citada se indica, lo siguiente:

"ARTÍCULO 39. CONTRATOS ESPECIALES. Para los efectos de la gestión de los servicios públicos se autoriza la celebración, entre otros, de los siguientes contratos especiales:

39.3. Contratos de las entidades oficiales para transferir la propiedad o el uso y goce de los bienes que destina especialmente a prestar los servicios públicos; o concesiones o similares; o para encomendar a terceros cualquiera de las actividades que ellas hayan realizado para prestar los servicios públicos; o para permitir que uno o más usuarios realicen las obras necesarias para recibir un servicio que las entidades oficiales estén prestando; o para recibir de uno o más usuarios el valor de las obras necesarias para prestar un servicio que las entidades oficiales estén prestando; o para pagar con acciones de empresas los bienes o servicios que reciban.

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 párrafo 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.

Para concluir, el régimen jurídico fue detallado en el artículo 19 de la ley 142 de 1994, bajo el siguiente los siguientes parámetros:

ARTÍCULO 19. Régimen Jurídico de las empresas de servicios públicos. Las empresas de servicios públicos se someterán al siguiente régimen jurídico:

19.1. El nombre de la empresa deberá ser seguido por las palabras "empresa de servicios públicos" o de las letras "E.S.P."

19.2. La duración podrá ser indefinida.

19.3. Los aportes de capital podrán pertenecer a inversionistas nacionales o extranjeros.

19.4. Los aumentos del capital autorizado podrán disponerse por decisión de la Junta Directiva, cuando se trate de hacer nuevas inversiones en la infraestructura de los servicios públicos de su objeto, y hasta por el valor que aquellas tengan. La empresa podrá ofrecer, sin sujeción a las reglas de oferta pública de valores ni a las previstas en los artículos 851, 853, 855, 856 y 858 del Código de Comercio, las nuevas acciones a los usuarios que vayan a ser beneficiarios de las inversiones, quienes en caso de que las adquieran, las pagarán en los plazos que la empresa establezca, simultáneamente con las facturas del servicio.

19.5. Al constituir la empresa, los socios acordarán libremente la parte del capital autorizado que se suscribe.

19.6. Serán libres la determinación de la parte del valor de las acciones que deba pagarse en el momento de la suscripción, y la del plazo para el pago de la parte que salga a deberse. Pero la empresa informará, siempre, en sus estados financieros, qué parte de su capital ha sido pagado y cual no.

19.7. El avalúo de los aportes en especie que reciban las empresas no requiere aprobación de autoridad administrativa alguna; podrá hacerse por la asamblea preliminar de accionistas fundadores, con el voto de las dos terceras partes de los socios, o por la Junta Directiva, según dispongan los estatutos. En todo caso los avalúos estarán sujetos a control posterior de la autoridad competente.

19.8. Las empresas podrán funcionar, aunque no se haya hecho el registro prescrito en el ARTÍCULO 756 del Código Civil para los actos relacionados con la propiedad inmueble, relacionados con su constitución. Es deber de los aportantes y de los administradores emplear la mayor diligencia para conseguir que se hagan tales registros, y mientras ello no ocurra, no se tendrán por pagados los aportes respectivos. Quienes se aprovechen de la ausencia de registro para realizar acto alguno de disposición o gravamen respecto de los bienes o derechos que sobre tales bienes tenga la empresa, en perjuicio de ella, cometen delito de estafa, y el acto respectivo será absolutamente nulo.

19.9. En las asambleas los socios podrán emitir tantos votos como correspondan a sus acciones; pero todas las decisiones requieren el voto favorable de un número plural de socios.

19.10. La emisión y colocación de acciones no requiere autorización previa de ninguna autoridad; pero si se va a hacer oferta pública de ellas a personas distintas de los usuarios que hayan de beneficiarse con inversiones en infraestructura se requiere inscripción en el Registro Nacional de Valores.

19.11. Las actas de las asambleas deberán conservarse; y se deberá enviar copia de ellas y de los balances y estados de pérdidas y ganancias a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. La Superintendencia tendrá en relación con los balances y el estado de pérdidas y ganancias las facultades de que trata el artículo 448 del Código de Comercio. También será necesario remitir dichos documentos a la entidad pública que tenga la competencia por la prestación del servicio o a la comisión de regulación cuando alguna de ellas o un socio lo soliciten.

19.12. La empresa no se disolverá sino por las causales previstas en los numerales 1 y 2 del artículo 457 del Código de Comercio, o en el evento de que todas las acciones suscritas lleguen a pertenecer a un accionista.

19.13. Si se verifica una de las causales de disolución, los administradores están obligados a realizar aquellos actos y contratos que sean indispensables para no interrumpir la

prestación de los servicios a cargo de la empresa, pero darán aviso inmediato a la autoridad competente para la prestación del servicio y a la Superintendencia de servicios públicos, y convocarán inmediatamente a la asamblea general para informar de modo completo y documentado dicha situación. De ninguna manera se ocultará a los terceros con quienes negocie la sociedad la situación en que esta se encuentra; el ocultamiento hará solidariamente responsables a los administradores por las obligaciones que contraigan y los perjuicios que ocasionen.

19.14. En los estatutos se advertirá que las diferencias que ocurran a los asociados entre sí o con la sociedad, con motivo del contrato social, han de someterse a la decisión arbitral; las decisiones de los árbitros estarán sujetas a control judicial por medio del recurso de anulación del laudo o del recurso extraordinario de revisión, en los casos y por los procedimientos previstos en las leyes.

NOTA: Numeral declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-242 de 1997.

19.15. En lo demás, las empresas de servicios públicos se regirán por las reglas del Código de Comercio sobre sociedades anónimas.

19.16. La composición de las Juntas directivas de las empresas que presten servicios públicos domiciliarios se regirá únicamente por la ley y sus estatutos en los cuales se establecerá que en ellas exista representación directamente proporcional a la propiedad accionaria.

19.17. En el caso de empresas mixtas, cuando el aporte estatal consista en el usufructo de los bienes vinculados a la prestación del servicio público, su suscripción, avalúo y pago, se regirán íntegramente por el derecho privado, aporte que, de acuerdo con lo dispuesto en el Código de Comercio, incluirá la regulación de las obligaciones del usufructuario, en especial en lo que se refiere a las expensas ordinarias de conservación y a las causales de la restitución de los bienes aportados”.

“En materia de contratación de entidades estatales que prestan los servicios públicos de que trata la ley 142, el legislador vedó su sujeción al Estatuto General de la Contratación Pública y, salvo disposición contraria de la Constitución Política o de dicha ley, previó que la constitución y todos sus actos de la empresa de servicios públicos, incluyendo los requeridos para su administración y el ejercicio de los derechos de quienes sean sus socios, se rigen exclusivamente por las reglas de derecho privado (art. 31 y 32 ibídem), esa regla se aplica, **INCLUSIVE A LAS SOCIEDADES EN LAS QUE LAS ENTIDADES PÚBLICAS SON PARTE**, independiente del porcentaje que representen sus aportes dentro del capital social, y de la naturaleza del acto o del derecho que se ejerce sólo están excluidos los contenidos en el artículo 39.1 de la Ley 142, fueron expresamente excluido del régimen del derecho privado. Evento que no aplica al caso bajo examen.

Además de tales empresas, la norma faculta a las personas naturales o jurídicas que produzcan para ellas mismas, o como consecuencia o complemento de su actividad principal, los bienes y servicios propios del objeto de las empresas de servicios públicos (art. 125 de la Ley 1450 de 2011), a

Todo este espectro normativo, para resalta que el régimen contractual aplicable a HIDROITUANGO SA ESP, es el derecho privado y que en desarrollo de sus competencias estatutarias la empresa expidió la Resolución 009 de 2010, que contiene su estatuto contractual, el cual en el numeral 10° del artículo 13, previó que los contratos que la empresa celebre con entidades estatales, se someten al procedimiento de contratación directa, o de selección con la petición de una sola oferta.

Llama la atención la Procuraduría, que para el caso de Hidroituango, en sus reglamentos vigentes al momento de celebrar el contrato objeto de análisis, el numeral 10 del artículo 13 de su estatuto contractual contenido en el Acuerdo 009 de 2010, establecía el tratamiento diferencial para las entidades estatales en los procesos de contratación, previendo que se somete al proceso de contratación directa, o de selección con la petición de una sola oferta.

Son dicho soporte argumentativo, considera que no se pretermitieron los principios esenciales en la celebración del precitado contrato, hubo acato a los presupuestos que demanda el acto de cara al régimen que lo contiene, así como los principios constitucionales contenidos en el artículo 209 de la constitución y los de la función pública.

Para la Procuraduría sería especular sostener que al celebrar el contrato BOMT, primó el interés particular sobre el general, por cuanto lo que se pretendió fue la generación de energía con uno de los socios mayor accionista que se encontraba habilitado para desarrollar el proyecto, respaldado por la empresa matriz, todo daba cuenta que se encontraba en capacidad de ejecutar el proyecto de manera eficiente y eficaz. Que haya fallas en la ejecución, no hacen parte de las etapas que traza el tipo penal 410, por el cual se acusó.

Y, por último, aduce que si hubo marcado interés de la empresa Hidroituango en delegar el proyecto a uno de sus accionistas, (reformando sus estatutos), en su criterio, se estaría frente a la hipótesis delictual de Interés indebido en la celebración de contrato, tipificado en el artículo 409 del Código Penal, trayendo a colación algunas consideraciones de la Corte Constitucional en la sentencia C- 128 de 3003, para significar que en el presente caso, tampoco están sentadas las bases fácticas para variar la calificación jurídica; elucubraciones sobre las que no advierte este fallador la necesidad de mencionar para los fines de la decisión, máxime que no fue tema objeto de debate.

La defensa:

Intervención del abogado Santiago Sierra Angulo, apoderado del acusado, doctor LUIS GUILLERMO GÓMEZ ATEHORTÚA.

Después de referirse a la intervención amplia y detallada de la representación del Ministerio Público quien le antecedió, en torno a los presupuestos típicos, antijurídicos y de culpabilidad sobre los cuales tenía la carga la Fiscalía con miras a demostrar la responsabilidad penal respecto a su representado, adujo que limitaría su intervención en algunos puntos atinentes a la normatividad descrita de manera juiciosa y pertinente por su preopinante en torno a esos elementos extrapenales que completan la descripción del tipo penal que nos convoca, esto es, la celebración de un contrato sin cumplimiento de requisitos legales esenciales, que es la teoría de la Fiscalía.

Que la pretensión punitiva, se advierte clara para todos. La Fiscalía ha planteado que el señor Guillermo Gómez Atehortúa en el ejercicio en su función como representante de legal de Hidroituango Sociedad Anónima, Empresa de Servicios Públicos, celebró un contrato de las características de BOOMT con la sociedad EPM Hidroituango Sociedad Anónima de Servicios Públicos, presuntamente, según la hipótesis acusadora sin verificar el cumplimiento de los requisitos legales de ese contrato.

En este orden de ideas, se ocupó seguidamente de hacer algunas precisiones de índole dogmáticas frente al tipo penal del asunto como referente de la pretensión punitiva de la Fiscalía.

Así, dice que el artículo 410 del Código Penal – de la celebración del contrato sin cumplimiento de requisitos legales esenciales, tiene una configuración particular, en tanto permite determinar la valoración objetiva del peligro para el bien – La Administración Pública –, de carácter necesariamente abstracta, es decir, que esa valoración objetiva del tipo implica necesariamente un lesionamiento presunto al bien jurídico de carácter abstracto, en tanto la criminalización de la falta de observancia en los regímenes propios del régimen de la contratación pública, no es otra cosa en este tipo penal, que una anticipación que hace el legislador en torno a la prevención de riesgos para la administración pública. De tal manera, que esta configuración normativa, de la contratación sin cumplimiento de los requisitos esenciales, implica una preponderancia del elemento subjetivo de determinación de la norma sobre el elemento objetivo de valoración, lo que quiere decir, que como toda norma jurídico-penal está conformada por un elemento subjetivo de determinación, es decir, el deber que a partir de ese mandato normativo se quiere determinar en el sujeto activo de la conducta. Las normas jurídicas penales en general están configuradas para determinar un comportamiento; una concepción imperativa de la norma y derecho penal sí que más, implica que la norma está dirigida a determinar ciertos comportamientos en los sujetos. Pero, paralelamente a ese componente subjetivo de determinación que hay en la norma, también y particularmente nuestros principios jurídico-penales, se han cuidado en que esa norma también tenga un componente objetivo, es decir, que la norma además de determinar un comportamiento, además de establecer un deber de cumplimiento para los sujetos, tiene la finalidad de protección de un bien jurídico.

En este tipo penal en particular, encontramos que la configuración normativa implica que hay una preponderancia del elemento subjetivo de determinación de la norma, es decir, que la norma tiende más a la imposición de un deber que a la protección de un bien jurídico concreto; esto implica en principio, que no se está hablado de un tipo penal de resultado sino de mera conducta, si se quiere un tipo penal de mera desobediencia, donde lo que se pretende proteger en la legalidad de la contratación estatal. El objeto que se agota en esa prescripción del deber que se imponga al servidor público de tramitar, celebrar y liquidar un contrato, en cumplimiento de los requisitos esenciales del mismo.

Dice que, de manera muy juiciosa, el Ministerio público plateó la consecuencias de la adecuación típica de una configuración normativas de estas calidades, es decir, un tipo penal en blanco que necesariamente hay que acudir a una norma extrapenal para complementar ese supuesto de hecho para poder entender cuál es la conducta prohibida y que determinación de conducta está mandando ese tipo penal, hay que acudir necesariamente a una normatividad extra penal, pero además de ser un tipo penal en blanco, en esa preponderancia del elemento subjetivo de determinación, es un tipo penal de peligro abstracto. De tal manera que, necesariamente, con miras a limitar esa amplitud que puede generar un tipo penal configurado desde esa naturaleza, una amplitud de adecuabilidad de un sinnúmero de comportamientos, hay que hacer una hermenéutica que limite la aplicación de un tipo penal de esa naturaleza. Ello, necesariamente para garantizar un principio de última ratio, para justificar si es que es justificable, la criminalización de la conducta que describe ese tipo penal, sin que pueda olvidarse que este es uno de los tipos penales que la doctrina ha planteado que es un ejemplo de huida hacia el derecho del penal, es decir, el derecho administrativo huye hacia el derecho penal criminalizando comportamientos exclusivamente de cumplimiento de deberes contractuales, recordando la defensa que si se compara este tipo penal con el que existía en el Código Penal anterior, en el Decreto 100 de 1.980, se eliminó ese componente subjetivo donde implicaba necesariamente que el incumplimiento de esos requisitos legales contractuales, se hacía con un interés ilícito, con una intención espúrea, elemento subjetivo que fue suprimido por la codificación actual.

Así que, prosigue el señor abogado defensor, esta hermenéutica de este tipo penal, dirigida por el principio de trascendencia, de última ratio, debe limitar una adecuación típica abiertamente indeterminada y caprichosa que puede ser usada en el ejercicio del ius poniendi, generando, como aquí lo han planteado juiciosamente los delegados de la Procuraduría, una inseguridad jurídica para los servidores públicos, en tanto un mero incumplimiento de formalidades contractuales al justificar el ejercicio del ius poniendi puede ser direccionado por intereses meramente políticos, por intereses extrajudiciales.

La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, ha sido consciente del riesgo de la violación del principio de estricta legalidad y tipicidad que puede generarse en el ejercicio de adecuación del tipo penal establecido en el artículo 410 del Código Penal, por esos elementos particulares de los que ha venido hablando, en tanto en

el conjuga un tipo penal en blanco, además de la configuración de ese tipo penal de peligro abstracto, razón por la cual la jurisprudencia ha realizado unos esfuerzos hermenéuticos para la delimitación de dicha conducta prohibida. Y uno de esos mojones, de esos límites que jurisprudencialmente se han establecido y que reiteran pacíficamente en cada de las sentencias de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia frente a un tipo penal de esta naturaleza, es el de establecer que no se configura la violación al deber determinado por la norma, con la mera alusión genérica de transgresión normativa y ello en particular cuando dicha transgresión se atribuye al desconocimiento de un principio de la función pública consagrado en el artículo 209 de la Constitución Política, exigiéndose con ello, la demostración de la vulneración del principio, a través del desconocimiento doloso de una norma particular cuyo fin es la preservación y desarrollo del principio de la función pública, lo que quiere decir que diferente a como lo ha planteado el despacho fiscal en este juicio, los principios de la función pública no son per sé elementos esenciales del contrato estatal, no, porque los principios de la función pública lo que hacen es a través de esa imagen rectora del interés general, fundar, orientar, las reglas de la contratación pública, es decir, que hay que contrastar, confrontar la aplicación de las normas de la contratación pública a través del lente de esos principios constitucionales establecidos en el artículo 209 de la Constitución Política.

Lo antes dicho, continúa la defensa, lo dice de manera particular la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, ya mencionada en otras intervenciones, la sentencia SP 7.322-2107 del 24 de mayo de 2017.

De conformidad con el análisis normativo del tipo y su prevalencia de ese aspecto subjetivo de determinación sobre el objetivo de valoración, la Fiscalía, le enrostra, le atribuye, le imputa al señor **LUIS GUILLERMO GÓMEZ ATEHORTÚA** el supuesto incumplimiento de un deber como concreción de ese tipo penal, es decir, que el doctor Luis Guillermo se comportó en la verificación de los requisitos legales del contrato BOOMT con la Sociedad Anónima de Empresas de Servicios Públicos EPM Ituango, de manera intencional, violentando, incumpliendo un deber contractual. El mandato normativo de celebrar en representación de la sociedad Hidroitango Sociedad Anónima Empresa de Servicios Públicos el contrato BOOMT para la Central Hidroeléctrica Pescadero Ituango José Tejada Sáenz, celebrado con la sociedad EMP Ituango SA ESP; contrato que bajo la hipótesis que ha planteado

la Fiscalía se realizó sin el cumplimiento de los requisitos legales esenciales. Para lo cual, la Fiscalía tenía la carga de explicar a la audiencia, cuál fue la omisión del deber de observación de los requisitos legales esenciales imputada al doctor **LUIS GUILLERMO GÓMEZ ATEHORTÚA**, cuáles son esos requisitos legales esenciales sobre los cuales el representante de la sociedad contratante tenía el deber legal de verificar su cumplimiento en el momento de celebrar el contrato BOOMT y que, intencionalmente, y el conocimiento de que estaba incumpliendo del deber normativo celebró ese contrato.

De tal manera que los deberes para el señor Luis Guillermo Gómez, en su condición de representante legal Hidroituango Sociedad Anónima Empresa de Servicios Públicos, establecidos por normas extrapenales dentro del tipo de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, variarían si nos encontramos frente a un contrato regulado por el derecho privado o si, por el contrario, este contrato es considerado de carácter estatal, regido por un estatuto contractual de derecho público. Y, desde la acusación sea advierte que la Fiscalía no tenía claridad sobre cuáles eran las normas extrapenales que completaban el supuesto de hecho en el tipo penal en blanco que nos ocupa, generándose con ello, de una manera muy clara una violación al principio de tipicidad o estricta legalidad, al atribuir elementos normativos impertinentes, inadecuados, que no integraban legalmente la norma prohibida que subyace en ese tipo penal, la norma que dice que el doctor Luis Guillermo Gómez – servidor público en el momento de suscribir y celebrar un contrato, debe verificar si el mismo cumple con los requisitos legales esenciales; observándose de manera particular con el procedimiento de la Fiscalía una subsunción inversa, es decir, que no se está adecuando en ese ejercicio de imputación la conducta de un tipo penal, sino que el tipo penal, el molde, se pretende subsumir forzosamente en la conducta particular y concreta que se le atribuye a su asistido. Que la Fiscalía no se preguntó si la conducta contractual se adecuaba al tipo penal, en cambio, lo que se preguntó fue, cómo acomodaba el tipo penal a esa conducta, lo que lleva a la defensa a hacer alusión a esa diferenciación entre una pretensión punitiva sustentada en el poder y una pretensión punitiva sustentada en el conocimiento. Dice que, en este caso, se está de manera clara en un puro acto de poder, no de un acto cognoscitivo donde la Fiscalía haya adecuado de manera razonable, ponderada, objetiva, una conducta al tipo penal por el que se acusa. Y ello, es causa explicativa a las sucedáneas modificaciones que ha tenido la fundamentación de la pretensión de la Fiscalía.

Así, dice que, en el escrito de acusación, como referencia a las normas extrapenales que regulan el contrato BOOMT realizado entre la sociedad Hidroitungo Sociedad Anónima de Servicios Públicos y EPM Ituango Sociedad Anónima Empresa de Servicios Públicos, escrito que ese escrito de acusación que, complementado con la intervención oral en la respectiva audiencia de acusación, es el marco de la pretensión punitiva, de ahí no puede salirse la Fiscalía si quiere mantener una congruencia entre su pretensión y la decisión que aspira obtener judicialmente. Que en el escrito de acusación la Fiscalía dice lo siguiente: que dichas empresas, o sea Hidroitungo y E.P.M. Ituango, contratante y contratista contaban con una participación pública superior al 90% y, en consecuencia – *llama la atención la defensa* – se encontraban sometidas al régimen de las sociedades y comerciales del estado en lo atinente a sus servidores y actividades, de acuerdo con el parágrafo del artículo 97 de la ley 489 de 1998. Posteriormente, en el mismo escrito, con abierta contradicción a lo anteriormente manifestado, dice que las sociedades Hidroitungo Sociedad Anónima Empresa de Servicios Públicos y EPM Ituango Sociedad Anónima Empresas de Servicios Públicos, son empresas de servicios públicos mixta, cuyo capital estatal corresponde a un porcentaje mayor al 90% y como tales, les son aplicables las normas contenidas en la ley 142 de 1994, dice que además se han definido como encargadas de actividades complementarias a la prestación de los servicios públicos, esto es, para el caso concreto, transmisión, distribución, comercialización en el territorio nacional, por lo tanto, también les son aplicables el contenido de la ley 143 de 1994. Entonces, destaca como esas normas extrapenales son la ley 489 de 1998, que regula la sociedad industrial y comercial del estado, y así mismo dice que son aplicables las leyes 142 y 143 de 1994, pero luego dice en el mismo escrito que su régimen de contratación está regulado por la ley 1150 de 2007, particularmente por sus artículos 2, 5 numeral 2 y 13, entendiendo que esa ley 1150 de 2007, es una ley complementaria, modificadora del estatuto general de la contratación pública y, finalmente, pese a referirse que estas sociedades se rigen por la ley 1150 de 2007, como regulatoria para las empresas de servicios públicos, lo compagina con los requisitos legales del propio estatuto de contratación de estas sociedades.

Resalta que se observa de manera clara, objetiva, que la Fiscalía realiza un “*popurrí*” de regímenes para configurar los supuestos deberes que le asisten al doctor **LUIS GUILLERMO GÓMEZ ATEHORTÚA** al momento de contratar. Ya,

desde esa hipótesis fáctica, con relación al referente normativo que debía tener el ingeniero Luis Guillermo Gómez para determinarse conforme el mandato del tipo, se ve que la Fiscalía ha planteado que el acusado tenía que determinarse por una normatividad que era claramente excluyente, contradictoria, le dice que debe regirse por la ley que regula las empresas industriales y comerciales del estado, le dice que también debe regirse por las leyes que regulan las empresas de servicios públicos, que también debe regirse por el régimen de contratación estatal la ley 1150 y que además, debe tener en cuenta el estatuto de contratación particular de esa sociedad.

Así que, la Fiscalía está planteando un mandato de determinación imposible de cumplir para el sujeto pasivo del mandato y el sujeto activo de la conducta. No podía entonces completarse ese supuesto de hecho que configura el artículo 410 del Código Penal, a partir de esas normas extrapenales abiertamente contrarias; por lo cual, se hacía necesario distinguir de ese plexo normativo cuáles realmente son los deberes y las facultades en la contratación de las empresas de servicios públicos, y por eso, era necesario la práctica de una experticia, como fue la de escuchar al doctor Carlos Alberto Atehortúa Ríos, porque la Fiscalía desde el momento de la imputación misma lleva a no identificar con claridad cuáles eran las normas extrapenales que establecen los deberes de contratación para el representante de la sociedad Hidroituango, y luego de escuchar al doctor Carlos Alberto Atehortúa, no quedó duda de que las empresas de servicios públicos tienen un régimen propio, establecido por las leyes 142 y 143 de 1.994.

Y con todo, la Fiscalía en sus alegatos lo expresó con toda claridad, que no había ninguna duda que ese era el referente normativo para estas sociedades de servicios públicos, pero no en el escrito de acusación, y lo manifiesta ante la claridad y como bien lo adujo la señora fiscal, ante la exposición magistral del doctor Carlos Alberto Atehortúa, pues sería tozudo, temerario plantear algo distinto. Así mismo quedó claro que de acuerdo con ese régimen legal propio de la ley 142 de 1994, se establecer tres formas de empresas de servicios públicos. Hay un tipo de empresas de servicios públicos conocidas como oficiales, establecidas en el artículo 14 numeral 5, las mixtas – artículo 14 numeral 6 y las privadas. Distinción que evidentemente está condicionada por si solo esas sociedades están configuradas por capital público, o en torno a las mixtas esa composición de sociedades de carácter público con sociedades de carácter privado y las privadas como su nombre

lo indica, exclusivamente constituidas con accionistas de carácter privado. Entonces, dice que se impone hacer un trabajo de pulimiento de ese escrito de acusación, un trabajo de distinción para ver que queda jurídicamente relevante para sustentar la presente acusación de responsabilidad penal.

La primera distinción, la sociedad Hidroituango, Sociedad Anónima de Servicios públicos, es una empresa de servicios públicos Mixta, más del 90% del capital es público, los accionistas, capital público, son la Gobernación de Antioquia, el Instituto para el Desarrollo de Antioquia – IDEA – y Empresas Públicas de Medellín. Esa concepción especial de empresas de servicios públicos mixta, no puede ser confundida como lo hace la Fiscalía en el escrito de acusación, con una empresa industrial y comercial del estado de capital mixto regulada por la ley 489 de 1998. Y no es su experticia entrar a plantear las diferencias entre una empresa de servicios públicos mixta y una empresa industrial y comercial del estado de capital mixto, pero si hay unas diferencias claras en torno a que algunos actos de esas empresas industriales y comerciales del estado se rigen por el derecho privado, y otras en torno al desarrollo de su objeto, se rigen por el derecho público, algo muy distinto a lo que ocurre con estas empresas de servicios públicos mixta que se rigen exclusivamente por el derecho privado.

La segunda distinción, es que las empresas de servicios públicos, oficiales, mixtas o privadas, no están sujetas en cuanto al régimen de contratación, a las disposiciones del estatuto general de contratación de la administración pública, rigiéndose exclusivamente por el derecho privado – artículos 31 y 32 de la ley 142 de 1994 y el párrafo octavo de la ley 143 de 1994. Son muy claros en establecer que los deberes contractuales para el representante legal de una empresa de servicios públicos están en la fuente legal del derecho privado; razón por la cual aquí, segundo yerro del escrito de acusación, no se aplica la ley 1150 de 2007, y esa no aplicación, está en la misma ley 1150 de 2007, inciso del numeral 4 del artículo 2º, en el cual ratifica la presente distinción – *En aquellos eventos en que el régimen de la ejecutora no sea la ley 80 de 1993, la ejecución de dichos contratos estará en todo caso sometida a los principios de la función administrativa a que se refiere el artículo 209 de la Constitución Política, el deber de selección objetiva, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de la ley 80 de 1993 -;* normatividad que fue modificada según lo explicó muy bien el Ministerio Público, que tuviera alguna relevancia si se quisiera acudir a un principio de favorabilidad por aplicación

retroactiva de una nueva norma extrapenal que modifica la anterior y que resulta ser más benéfica para el procesado, la cual dice la defensa, no será que sustente su teoría; sin embargo le da lectura a dicha modificación – “ *En aquellos eventos en que el régimen aplicable a la contratación de la entidad ejecutora no sea la ley 80, la ejecución de dichos contratos estará en todo caso sometida a esta ley, salvo que ña entidad ejecutora desarrolle su actividad en competencia con el sector privado, o cuando la ejecución del contrato interadministrativo tenga relación con el desarrollo de esa actividad*”. En dicha modificación normativa estaría el horizonte que guía la actuación de un representante legal de una sociedad de servicios públicos. Se rige por el sector privado, por las normas del derecho privado o si realiza un contrato interadministrativo; ajeno entonces al estatuto de contratación general.

Prosigue la defensa del doctor Luis Guillermo Gómez, indicando que queda claro que la ley 1150 de 2007 como normatividad complementaria de la ley 80 de 1993, no rige la contratación de las empresas de servicios públicos, las cuales se rigen por el derecho privado como ha quedado establecido en el juicio, y como de manera particular, se dejó claro en el contrato BOOMT en la cláusula 3.02. numeral 3º y 11, dispone: *La celebración de este contrato y el cumplimiento de las obligaciones a su cargo contenidas en el mismo, no contraviene ninguna disposición aplicable, autorización, estatuto ni ningún contrato, acuerdo o instrumento que obligue a Hidroituango ...*” Y, dice el numeral 11: “*El contrato está regido por el derecho privado colombiano, y por tanto Hidroituango no tiene la potestad bajo las leyes aplicables para terminar, modificar, enmendar, el contrato de manera unilateral, ni a decretar su caducidad*”. Así que, Hidroituango como empresa de servicios públicos no está aduciendo su potestad estatal para poner, imponer, cláusulas exorbitantes por ejemplo al contratista, porque se está rigiendo por el contrato privado en un nivel de igualdad, en un procedimiento bilateral de construcción de un acuerdo, de un contrato que va a regir la construcción y desarrollo de la Hidroeléctrica.

La tercera distinción, es que las normas de reenvío que establecen los deberes para la celebración del contrato de las empresas de servicios públicos se encuentran en el régimen del derecho privado – Código Civil, Código de Comercio, Manual de Contratación (para el caso, el acuerdo 009 del 24 de noviembre de 2010, emitido por la Junta Directiva de Hidroituango) –, Y finalmente, los principios de la gestión pública prescritos en el artículo 209 de la Constitución, en tanto, las empresas de

servicios públicos mixta, tienen y administran recursos públicos al servicio del interés general, por ende, es natural, obvio que esas reglas del derecho privado que determinan los deberes contractuales, deber ser interpretadas, orientadas, en esos principios constitucionales de la función pública, establecidos en el artículo 209 de la Constitución Política. Esta distinción de las normas que determinan los deberes que debían ser cumplidos en acatamiento del mandato normativo que subyace en el tipo penal del artículo 410, deberes ciertos y estrictos, conforme al principio de legalidad y no los que se represente caprichosamente un funcionario judicial, acomodando el tipo al hecho y no adecuando la conducta al tipo.

Teniendo claridad sobre el plexo normativo extrapenal que completa el supuesto de hecho descrito en el tipo, el contrato sin cumplimiento de requisitos legales, una vez establecidas a partir de ellos las reglas jurídicas que determinan el contenido de los requisitos legales esenciales que debían cumplirse en la celebración del contrato BOOMT; requisitos legales esenciales del contrato que no fueron objeto de análisis por parte de la Fiscalía, requisitos regulatorios de todo contrato público o privado, que son los mismos aunque varíe su contenido, sea el contrato regido por una normatividad de derecho público o por el derecho privado; recordando que esos elementos la voluntad contractual, el consentimiento, el objeto, la causa, la solemnidad en el contrato, tienen que ser interpretados por los principios de la función pública, en tanto, las prestaciones derivadas de este contrato entre empresas de servicios públicos implican el manejo de dinero público.

Y, ese primer requisito jurídico esencial para cada contrato, la voluntad contractual lícita, dice que a pesar de que la Fiscalía finalmente admite que este contrato se rige por el derecho privado, esa aceptación no derivó en las consecuencias lógicas que debe generar una expresión la voluntad contractual dirigida por el derecho privado, y el primer elemento que surge necesariamente de una voluntad contractual es la autonomía de las partes para convenir las formas, las reglas que van a orientar la ejecución de un contrato en particular; esa autonomía comercial para atender unos intereses de las partes siempre limitados por una función social de la propiedad y por un interés general sobre el uso del patrimonio público. La necesidad de que la prestación de los servicios públicos se establezca a través de una libre distribución y asignación de servicios propia de las relaciones privadas, llegó a la necesidad de que el legislador tomara la decisión, y como de manera clara, profunda y extensa nos lo explicó el perito doctor Carlos Alberto Atehortúa, eso solo podía lograrse a

través de una regulación de derecho privado, que dejó una intervención subsidiaria de la potestad del estado, pero que se hacía necesaria para estimular la intervención del capital privado en los servicios públicos que fueran regulados por el derecho privado, porque de esa manera se garantizaba un elemento esencial de la autonomía negocial, el poder de iniciativa, que es algo que se ha obviado de la imputación fáctica y jurídica que se hace al comportamiento del doctor Luis Guillermo Gómez.

Dice que el contrato no viene de la imposición de un deber legal, sino de una libre iniciativa de una empresa de servicios públicos domiciliarios que tenía como objeto el desarrollo de una central hidroeléctrica; olvidar que como consecuencia del derecho privado hay una autonomía negocial, es para la defensa, la etiología del error en la pretensión punitiva de la Fiscalía. La voluntad del servidor público que representa una sociedad anónima que se rige por el derecho privado, esa voluntad del servidor público, tiene que estar estimulado por el derecho privado, y ante esa dualidad de referentes normativos que presenta la Fiscalía en el escrito de acusación, la autonomía privada limitada por los principios de la función pública, implicaba, porque esa labor no se hizo probatoriamente como carga de la Fiscalía, si realmente el ejercicio de esa autonomía privada limitada por los principios de la función pública, había pretermitido, desconocido, los deberes esenciales en ese contrato BOOMT. El desarrollo de la Hidroeléctrica Pescadero Hidroituango José Tejada Sáenz, el objeto social de la sociedad, no es sino la expresión de una iniciativa, la voluntad de garantizar la prestación de un servicio público, la producción de energía eléctrica, una voluntad contractual al servicio de los intereses generales de la nación colombiana. Se pregunta la defensa, si ¿se puede obviar esa realidad?

Que, a raíz de esa iniciativa, de esa libre autonomía del representante legal de esta sociedad, obviamente estimulada, determinada por sus socios, por los accionistas de generar 2.400 MW de energía eléctrica, va dirigida al cumplimiento de la razón de ser de la sociedad y lo cual no es otra cosa que satisfacer el interés general de Colombia, que esos 2.400 MW diarios de energía eléctrica no eran para satisfacer un interés local, sino la necesidad de la seguridad energética que no fue direccionada por el estado central, no, que provino de la autonomía negocial estimulada por el derecho privado, de la libre iniciativa de esta empresa de servicios públicos; libre iniciativa que de manera prejuiciosa, tendenciosa, se califica como

torticera, como que esa libre iniciativa de generar 2.400 MW diarios de energía para la nación colombiana tenía una intención torticera, mezquina, como se llegó a decir por la Fiscalía. Dice, que francamente sorprende este sesgo en esta pretensión.

El segundo requisito contractual, el consentimiento, sabiéndose que el contrato BOOMT es producto de un acuerdo de voluntades, consentido lícitamente de manera pública y transparente, lo que no es una aseveración de la defensa, sino que queda expresamente plasmado en el mismo contrato. En el acápite de consideraciones, en el folio primero del contrato se establece que para la celebración del contrato las partes han tenido en cuenta las siguientes consideraciones (las lee desde el número 6 hasta la 15):

“6. Hidroituango abrió un proceso público, internacional, para precalificar a los interesados en postularse como inversionistas que desarrollaran el proyecto bajo un esquema BOOMT. 7. En reunión de junta directa de Hidroituango del 9 de junio de 2010, se decidió por unanimidad suspender el proceso para explorar conjuntamente con Empresas Públicas de Medellín otras alternativas del negocio que permitiera el desarrollo del proyecto por parte de Empresas Públicas de Medellín. 8. El 4 de julio de 2010, Hidroituango y EPM firmaron un acuerdo de voluntades que definía, entre otros, los principios de la negociación directa, los términos generales de un eventual negocio y la metodología del trabajo a seguir para cumplir con lo acordado por la Junta Directiva de Hidroituango. 9. El 10 de septiembre de 2010, los accionistas mayoritarios de Hidroituango, el Instituto para el Desarrollo de Antioquia – IDEA- y EPM celebraron un acuerdo cuyo objeto 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 Hidroituango y bajo el control de EPM, mediante un contrato BOOMT, desarrollara íntegramente el proyecto, es decir, que financiara, construyera, operara, mantuviera, transfiriera y restituyera la Central Hidroeléctrica a Hidroituango. 10. En el literal e) de la cláusula quinta del acuerdo, condiciones especiales, metodología y mecanismos para la definición de la remuneración periódica, se pactó que Hidroituango y EPM discutirán de buena fe los términos y condiciones del contrato BOOMT no regulados expresamente en este acuerdo, bajo el entendido de que dichos términos y condiciones serán los que usual y comúnmente se utilizan en la contratación internacional para contratos BOOMT que sean aplicados a la estructura acordada. 11. La asamblea general de accionistas de Hidroituango en su sesión extraordinaria

del 27 de octubre de 2010, aprobó la escisión de Hidroituango para que esta sociedad sin disolverse, escindiera parte de su patrimonio para crear la sociedad EPM Ituango Sociedad Anónima Empresa de Servicios Públicos y en consideración a la experticia en el desarrollo de proyectos hidroeléctricos y la capacidad financiera de EPM ratificó su intención de que EPM desarrollará el proyecto a través del contratista, sociedad de propósito especial que se creó en virtud de la escisión bajo la condición que EPM mantuviera su contrato”. (Resalta la defensa que puede verse como en este numeral claramente se está expresando de manera genérica, que luego se verá como en un acápite especial se motiva con mayor especificidad las razones por las cuales se considera adecuado, recomendable, objetivamente necesario contratar con EPM, considerando la experticia en el desarrollo de proyectos hidroeléctricos y la capacidad financiera. Continúa con el numeral 12: “Hidroituango efectivamente escindió su patrimonio con destino al contratista constituido inicialmente con la participación de los mismos accionistas y de los mismos porcentajes de la sociedad escidente, es decir, Hidroituango. 134. Teniendo en cuenta lo anterior, la experiencia relevante de Empresas Públicas y la capacidad financiera suficiente para que, de manera autónoma, directa o a través de una sociedad proyecto EPM financiera, construyera, operara, mantuviera, transfiriera y restituyera la Hidroeléctrica” Así que, Hidroituango inició el proyecto de contratación directa con EPM con el mencionado objetivo y concluyó de manera satisfactoria a los intereses de las partes, cuyo objeto, alcance y mecanismos de la relación se plasman en el presente contrato.

En virtud del acuerdo, después de la firma de este contrato, EPM directa o indirectamente se comprometió a adquirir la totalidad de las acciones de propiedad del IDEA en el contratista. Destaca lo siguiente como hecho importante: *“Por medio de la comunicación 10164158009000 de fecha 15 de marzo de 2011, la Superintendencia de Industria y Comercio, comunicado que aparece bajo el anexo a) del presente contrato manifestó que la operación de venta de acciones y la celebración del presente contrato, no ameritaba objeción de su parte”.* Resalta el doctor Santiago Sierra Angulo, defensor del doctor **LUIS GUILLERMO GÓMEZ ATEHORTÚA** que, de manera transparente, leal, objetiva, en el mismo contrato se hizo la transcripción de la línea de tiempo que presentó la Fiscalía a través su testigo como una prueba de la supuesta configuración del tipo penal del contrato sin cumplimiento de requisitos legales. De esta transcripción, reitera, transparente y objetiva, se infiere que aquí no había ningún ánimo soterrado, ningún interés

espúreo, como la Fiscalía ha interpretado a partir de una mera sospecha, porque no hay ningún elemento objetivo que permita calificar que este acuerdo de voluntades iba dirigido de manera intencional a desconocer la ley, a satisfacer intereses particulares en contra del interés general como era su deber.

Continúa exponiendo el señor abogado defensor, que de dicha lectura queda claro ese consentimiento que fue determinado por el máximo órgano decisorio de la Sociedad Anónima, la Asamblea de Accionistas, no fue una decisión caprichosa, oculta, torticera por parte del representante legal de la sociedad, fue una decisión consentida por el órgano máximo decisorio de la sociedad – la Asamblea de Accionistas, lo que es importante porque hubo una recomendación muy clara en este sentido por una de las firmas de abogados contratadas por Hidroituango, que en tanto se iba a contratar con uno de los socios de la sociedad, era necesario que esta decisión fuera avalada por esa Asamblea de Accionistas, como se hizo.

Estas consideraciones que se encuentran expresadas en la parte preliminar del contrato BOOMT, permiten conocer que el contrato es el producto de un convenio entre accionistas públicos, oficiales de Hidroituango, en consonancia con su función administrativa al servicio de los intereses generales. Entes estatales que dirigieron sus esfuerzos y recursos al cumplimiento de un servicio público, la generación de energía eléctrica. Es un convenio entre entidades estatales para el cumplimiento de su función prestadora de servicios públicos. Por ello, agrega, le ha parecido muy loable, muy leal, la intervención de los representantes del IDEA y de la Gobernación de Antioquia, al expresar que aquí no pueden ser considerados víctimas porque aquí no hay ninguna conducta punible, porque aquí lo que hubo fue una contratación dirigida al desarrollo del objeto social de estas entidades, sabiéndose que el IDEA es la institución encargada de desarrollar proyectos en pro de la gobernación, sea que estaba dentro de su objeto, propiciar, estimular, determinar que se construyera una central hidroeléctrica, como bien lo ha dicho la Fiscal, la más grande de Colombia, de las más grandes de Latinoamérica, que a pesar de esos inconvenientes muy desafortunados, no está en vilo como lo ha planteado la Fiscalía, su entrada en funcionamiento se ha retardado, pero es un hecho que esta Central Hidroeléctrica va a empezar a funcionar este año, a producir energía para el beneficio del país, gracias a esa voluntad, a la iniciativa de estas sociedades, que hoy iniciativa y voluntad, desafortunadamente se criminalizan.

En tal sentido, reitera que bienvenida la posición planteada por el IDEA y la gobernación de Antioquia, en tanto nadie puede válidamente alegar contra sus propios actos, lo que es un principio del derecho, no pueden plantear que esos actos dirigidos en pro de un beneficio general, la construcción de una hidroeléctrica, los haya victimizado, simplemente porque se está ejerciendo una pretensión punitiva frente a quien fue representante legal de una sociedad en la cual ellos son accionistas. Si es muy reprochable, incomprensible – *creo que es el término* – que Empresas Públicas de Medellín, contratista y además accionista de Hidroituango, beneficiaria del contrato, según la hipótesis de la Fiscalía, esté planteando que tiene un interés como víctima y plantea que es que hay un daño reputacional, pero este daño es el contrato y se pregunta: ¿el contrato generó un daño reputacional para las Empresas Públicas? ¿La oportunidad de desarrollar la Central hidroeléctrica más importante de Colombia y de las más importantes de Latinoamérica, eso genera un desprestigio para Empresas Públicas? ¿O lo que genera un daño reputacional es la persecución penal? O sea, que no es el contrato, sino la acusación de la Fiscalía; acusación que es muy grave para el contrato porque la hipótesis de la Fiscalía es que ese contrato tiene una causa ilícita, porque se realizó y se convino, violentando las leyes contractuales y entonces, el daño reputacional que se está generando para EPM, frente a esa hipótesis de causa ilícita del contrato, su riesgo que está generando para el contrato mismo, porque muy factible, cualquier empresa aseguradora pueda manifestar que entonces, si ese contrato, que se está asegurando tiene una causa ilícita, pues ya está siniestrado y por ende, unilateralmente lo terminan, e igualmente, las entidades financieras. Imagínense que se conociera esta pretensión punitiva en los medios de comunicación donde se estuviera planteando que esta negociación tiene una causa ilícita, cuáles son las consecuencias financieras para empresas públicas - una causal de aceleramiento para el pago, un incremento como mínimo de las tasas de interés de los empréstitos. Las consecuencias son nefastas y que no son del contrato, sino de la acusación –, lo que debe tener en cuenta el apoderado que representa al Distrito de Medellín, como propietario de Empresas Públicas. Es que afirmar que es víctima del contrato le genera es un daño reputacional, no el contrato, sino el afirmar ser víctima del contrato, cuando como contratista se ha beneficiado de él legítimamente en torno a ese equilibrio prestacional, en esa repartición sinalagmática de deberes y derechos del contrato.

Que el tercer elemento, como requisito contractual es el objeto, entendiéndose éste, tanto su prestación como el conjunto de reglas para del cumplimiento de esta prestación. El objeto del contrato entre la Sociedad Hidroituango Sociedad Anónima y EPM Ituango Sociedad Anónima Empresa de Servicios Públicos, es la financiación, construcción, operación, mantenimiento, transferencia y restitución de la Central Hidroeléctrica Pescadero Ituango José Tejada Sáenz, el cual se alcanza a través de unas reglas contenidas en el cuerpo del contrato, las cuales se rigen por el derecho privado; estableciéndose en ellas un equilibrio contractual diseñado técnicamente, de manera muy específica por las bancas de inversión de cada una de las partes y una tercera que actuó como mediadora en la ponderación de los intereses de cada una de las partes. Que, a propósito de estas bancas de inversión, intervención de las mismas, solo de ellas se puede inferir razonablemente la objetividad del contrato; si de acuerdo con la hipótesis planteada por la Fiscalía, todo esto es una *“mise en scene”*, un escenario fraudulento configurado para beneficiar a Empresas Públicas, si ello fuera así, para qué haberse tomado el trabajo de contratar cada una de las partes una banca de inversión; y no solo eso, sino contratar una tercera,

Agrega que, Hidroituango en el diseño de este contrato, venía con la asesoría de BNP Paribas, contrato que se renueva ya propiamente, para la asesoría de cada una de las cláusulas que se expresan en el contrato. A su vez, la banca de inversión del Banco Santander representaba a Empresas Públicas. Pero, debe observarse la transparencia, la búsqueda de un equilibrio contractual, la labor objetiva. Y, es que no bastaba que cada una tuviera una banca de inversión, sino la necesidad de una tercera banca que sirviera y actuara como mediadora en la ponderación de los intereses de cada una de las partes. Por eso lo dijo el testigo, señor Juan Gonzalo Álvarez, que ese trabajo tomó alrededor de ocho o nueve meses, la construcción de cada una de estas cláusulas que conforma el contrato BOOMT. Que aquí no hubo, como dice de manera peregrina la Fiscalía, que todo fue un montaje, desde la misma selección del doctor Luis Guillermo Gómez como representante como Hidroituango, todo fue un montaje dirigido a satisfacer los intereses de las Empresas Públicas, si eso fuera así, qué papel jugaron estas bancas de inversión.

Instrumentos útiles para ese juego torticero, hipotético, que la Fiscalía fantasiosamente ha contado en su intervención final; entidades muy serias, que no se prestan para ello, cada una cumplió su rol buscando un equilibrio contractual que

garantizara un interés general, la construcción de una hidroeléctrica, su puesta en funcionamiento, la generación de energía para el beneficio del país, la generación de ingresos para Hidroituango, cada KW vendido implicaba un dinero para la Hidroituango pero también para las Empresas Públicas de Medellín, que no es una empresa local, como mal lo ha entendido la Fiscalía, tal vez la señora Fiscal residiendo en Bogotá no ha dimensionado lo que es Empresas Públicas de Medellín, que no puede ser equiparada con el Acueducto de Bogotá, Empresas Públicas de Medellín lejos está de ser una empresa local. Aquí claramente se demostró que ha comprado múltiples empresas electrificadoras, la de Caldas, la de Quindío, de Santander; todas, por contratación directa, ninguna a través de oferta pública. Hoy, es la encargada en buena parte de la energía eléctrica de la costa –Caribe Colombiana. Así que se está hablando de una empresa de los colombianos, cuyo éxito es un beneficio público.

Por lo que, siendo el objeto del contrato el desarrollo del deber funcional de las partes contratantes, cuyas prestaciones se explicaron minuciosamente y técnicamente en el contrato BOOMT, de manera tal que la Fiscalía nada reprocha frente al contrato, según su introducción, que ella nada tenía que decir del contrato. La supuesta celebración del contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales esenciales no se sustenta en el objeto del contrato ni en las prestaciones en el convenidas, porque es un desatino y contrario a lo indicado por la Fiscalía, que el contrato se hizo para beneficiar a Empresas Públicas en contravía de intereses de Hidroituango, no es cierto.

El cuarto elemento esencial del contrato, la causa como condición de validez del contrato, diferente a la causa de la obligación, entendiéndose aquella como los motivos que determinaron a los contratantes a comprometerse, esa motivación bilateral, la forma de selección del contratista conforme la determinación legal, una contratación directa. ¿Obró entonces, el doctor Luis Guillermo Gómez en contravía de las reglas que regulan ese contrato, esa contratación directa? ¿Violentó los principios de la función pública, al contratar de manera directa con un vehículo empresarial de empresas públicas, es decir, EPM Ituango SA ESP?

Claramente esa selección del contratista fue conforme a la determinación legal, se cumplió ese elemento subjetivo de determinación de la norma, en tanto, la contratista reunía con suficiencia las condiciones objetivas para ser seleccionado

para el desarrollo del objeto contractual, cumplía con las condiciones técnicas y financieras para el desarrollo del objeto del contrato BOOMT. Hay una selección objetiva, una actuación con transparencia en cumplimiento de la función de los intereses generales.

Precisa la defensa que puede advertirse, como se reúnen tanto los elementos subjetivos de determinación de la norma, se selecciona a quien reúne las condiciones objetivas, técnicas y financieras para el desarrollo de ese contrato. No se pone entonces en riesgo la Administración Pública. No hay una violación del principio de legalidad. Se cumple entonces con ese elemento objetivo de valoración, el cumplimiento de la función al servicio de los intereses generales.

Esa contratación directa está desde la regla básica de la pirámide normativa que regula esta relación contractual, está en el estatuto de contratación, tanto en el estatuto de contratación anterior, la Resolución 005 de 2003 – artículo 19, numeral 9 – solicitud privada de única oferta. *Los contratos que han de celebrarse con entidades estatales. Contratación directa interadministrativa.* Sorprende que la Fiscalía al valorar este estatuto de contratación, haya acudido a una normatividad o a unas reglas que eran aplicables al caso concreto y haya obviado, haya encubierto la existencia de esta regla, y es que, desde el mismo estatuto de contratación, estaba facultado Hidroituango a contratar de manera directa con otra entidad estatal. De manera entonces razonable se observa un cumplimiento en las reglas de la contratación prescritas por una entidad de servicios públicos complementarios, como los de la generación de energía.

El doctor Luis Guillermo Gómez, como representante legal de la sociedad Hidroituango Sociedad Anónima Empresa de Servicios Públicos, determinó su comportamiento de conformidad con ese mandato normativo básico, el estatuto de contratación de Hidroituango. No realizó el representante legal ninguna conducta prohibida por la Ley. La génesis del contrato entre entidades públicas regulado por el derecho privado fue un convenio interadministrativo. Ese acuerdo marco realizado entre el IDEA y EPM, ese acuerdo para la realización de la Central Hidroeléctrica Pescadero Ituango. Y, es que esto es muy importante, agrega el señor abogado defensor, porque su asistido era el gerente de Hidroituango, pero el señor **LUIS GUILLERMO GÓMEZ ATEHORTÚA** no podía determinar, ni impedir, ni entrometerse a la libre autodeterminación de accionistas de Hidroituango que

convinieran en su libre albedrío conforme al derecho privado a desarrollar la central Hidroeléctrica Pescadero Ituango. Eso es un acuerdo entre accionistas, no determinado por el doctor Luis Guillermo Gómez, al contrario, es ese acuerdo de accionistas, el IDEA como accionista mayoritario y EPM como el accionista que de manera secundaria tenía mayores paquetes de acciones después del IDEA determinaron, convinieron la realización de esa central Hidroeléctrica; un convenio que era general y que implicaba irlo aterrizando, acercándose a esa materialización, que podría no ser alcanzable y ello es importante, y es que a pesar de esos acercamientos de los accionistas de Hidroituango, el IDEA y EPM para convenir la realización de la Central Hidroeléctrica, Hidroituango como sociedad no podía sujetarse a que ese acuerdo se finiquitara o no, se materializara, llegara a buen puerto. Por ende, era necesario hacer esa actividad exploratoria como bien lo explicó el testigo Juan Gonzalo, que significó esa etapa precalificatoria. Era necesario saber si comercialmente era viable desarrollar esa central hidroeléctrica, si había otros interesados en el desarrollo de la misma, que capacidad económica tenían, que experiencia técnica y porque era importante hacer esa convocatoria precalificatoria, invitar a precalificar para el desarrollo de una central hidroeléctrica, y como ha quedado muy claro, desde la misma invitación, se establecía la ausencia de un compromiso por parte de la sociedad Hidroituango de hacer una oferta pública, como mecanismo para la selección del contratista. Expresamente se dice en la convocatoria porque es que apenas se estaba analizando si había un público para desarrollar ese proyecto, y además había expectativa de que los mayores accionistas de Hidroituango llegaran a un acuerdo para que Empresas Públicas se comprometiera al desarrollo de este proyecto.

Por ende, no es cierto que se haya omitido el proceso de licitación, al menos el de solicitud de oferta pública, como requisito legal para la selección del contratista, pues no había prohibición legal para contratar directamente entre dos entidades públicas, sin que pueda caerse en ese liberalismo extremo que implica que el estado se retire de su función principal como prestador de servicios públicos, en aras de mantener un equilibrio en las expectativas en los partícipes de orden privado, la función principal del estado como prestador de servicios públicos no puede limitarse, no puede el estado sustraerse a esa función pública. Que hay unas tendencias, unas políticas, unas presiones internacionales para que se deje en libre concurrencia para la prestación de los servicios públicos, inclusive al estado mismo. Ese liberalismo del siglo XIX y que hoy pretende ser revivido por el neoliberalismo,

en torno a la prestación de servicios públicos no fue acatado por nuestro constituyente. La constitución del 91 establece que es una función principal del estado, la satisfacción de los servicios públicos. Entonces, a través de esos convenios interadministrativos el estado puede satisfacer ese interés general, prestando el servicio público. Eso no obsta para que, si el estado tiene limitaciones para su prestación, permita que a través de una libre concurrencia los privados entren a competir en la prestación de esos servicios. Pero exigir hoy la Fiscalía, que el estado no pueda contratar consigo misma, para prestar servicios públicos, es un despropósito, es ir en contra de la función pública, ese si es ir en contra de los principios de la función pública establecida en el artículo 209 de la Constitución Política.

Exigir que el interés general, decline a favor del interés particular, eso es lo que la Fiscalía está diciendo que debió haber hecho el doctor Luis Guillermo. Su autonomía contractual para satisfacer los intereses de los particulares. Se le reprocha que haya acudido a la contratación de una entidad pública para satisfacer un interés general, un despropósito – reitera la defensa – La contratación administrativa en la forma de la materialización de las políticas públicas del estado, la contratación debe hacerse con sujeción al interés público. El interés general constituye el punto de partida y columna vertebral de carácter material en las relaciones contractuales del estado. De tal manera que el concepto de bien jurídico de la Administración pública objeto de protección del derecho penal, entraña necesariamente el principio del interés público, que es el elemento sustancial que da fundamento a los requisitos esenciales del contrato. Pero establecer como exigencia normativa, como exigencia jurídico-penal la pretensión de que se debió haber contratado a través de una oferta pública, la presión de que se debió haber contratado a través de una oferta pública, en detrimento de los intereses generales representados en un interés generales representados en un interés público. Es una pretensión por fuera del derecho, ajena al principio de legalidad, es una pretensión subjetiva de la Fiscalía al establecer un deber normativo extraño al tipo penal, que el doctor Luis Guillermo Gómez como gerente y representante legal de Hidroituango debía de haber iniciado un proceso de oferta pública para la selección del contratista luego de haber culminado la invitación pública precalificatoria.

Dice que la Fiscalía ex post, quiere coadministrar con retrovisor, pues considera que habría sido mejor, para ella, bajo sus conceptos administrativos, que hubiera sido

mejor haber contratado a través de una oferta pública, así fuera que a través de esa oferta pública se hubiera contratado a una empresa privada foránea y que se hubiere beneficiado no el interés general sino esta empresa con las utilidades de la prestación contractual derivada del BOOMT. Puede que eso hubiere sido mejor para la fiscalía, pero esa representación subjetiva no puede presentarse en los estrados judiciales como un deber legal configurador del tipo penal, lo que ya ha explicado con claridad la Procuraduría. La selección objetiva del contratista se satisfacía eligiendo a cualquiera de los siete precalificados por cumplir las condiciones habilitantes, condiciones financieras y técnicas, y satisfecha esa selección objetiva, porque nadie puede negar en esta causa, que Empresas Públicas no tiene las condiciones financieras y técnicas para el desarrollo del proyecto, muy a pesar de que el Distrito de Medellín esté constituido como víctima; Empresas Públicas con creces, y lo ha demostrado en su historia, porque esta no es la primera central hidroeléctrica que construye, satisfacía esos intereses generales. De tal manera que esa objetividad, esos principios de la función pública, determinaron al doctor Luis Guillermo en su facultad de contratar, contrató determinado conforme al mandato normativo, cumpliendo las reglas de contratación, mismas que para la fiscalía pudieron ser aplicadas otras que consideraba mejor, pero la configuración normativa del tipo, no sea construye conforme el parecer de un mejor deber ser extranormativo establecido de lege referenda. El servidor público no puede dirigir su comportamiento contractual a partir de la opinión ex post de un órgano de control, es a partir de las normas jurídicas vigentes que determina su comportamiento.

Que entonces, tenía la facultad de contratar directamente con una entidad pública, acuerdo 009 del 24 de noviembre de 2010, manual de contratación de Hidroituango, artículo 3 numeral 10, leído ya por la Procuraduría; sin que deje de ser extraño para la defensa del Doctor Luis Guillermo Gómez el por qué la Fiscalía omitió la existencia del mismo, no siendo leal en la valoración de la regla de contratación establecida en ese manual, artículo 13: *“Solicitud privada de una oferta. Se podrá solicitar directamente cuando se trate de (...) numeral 10. Los contratos que hayan de celebrarse con entidades estatales”*. Porqué entonces, agrega la defensa, a través de galimatías acudir a normas que no complementan el reenvío de ese tipo penal en blanco para justificar la pretensión punitiva y sustentar supuestas violaciones al deber contractual. Se pregunta: ¿qué motivación puede haber detrás de esa pretensión punitiva, tan poco objetiva, tan caprichosa. Que prescinde de leer el estatuto de contratación anterior, la Resolución 005 de 2003 de la Junta Directiva,

porque en su artículo 19 numeral 9 dice exactamente lo mismo, no fue modificado; así que no había ningún interés torticero en la modificación que la Fiscalía plantea que se hizo al Estatuto porque las normas que ella aduce que modificaron, no eran las normas que habilitaban jurídicamente la contratación entre estas dos entidades públicas, ahí estaba el artículo en el estatuto anterior, el mismo que se encuentra en el actual; por ende, la motivación de la modificación del estatuto de contratación, en ningún momento tuvo como determinación facilitar el contrato BOOMT. Un contrato con una entidad pública como EPM que objetivamente tenía las condiciones financieras y técnicas para el desarrollo del objeto contractual, recordando la declaración de Juan Gonzalo Álvarez – Gerente de estructuración financiera del contrato BOOMT – en cuanto a las estrictas condiciones técnicas y financieras por la banca internacional banco BNP Paribas para reunir esos requisitos habilitantes para posiblemente contratar con Hidroitango el desarrollo de esa central Hidroeléctrica y Empresas Públicas fue seleccionada. Y fue seleccionado porque era, además de cumplir esos requisitos técnicos y financieros habilitantes, la entidad que mejor conocía el proyecto, venía trabajando en el como contratista años atrás, conocía su región, su idiosincrasia, las condiciones de seguridad; por eso generaba garantía del cumplimiento del desarrollo del objeto, siendo ese precisamente, el interés general que debía buscar al doctor Luis Guillermo Gómez, en ese contrato directo, la entidad que garantizara con mayor probabilidad el desarrollo del proyecto.

Y, eso, continúa la defensa, se motivó en el mismo contrato, en el artículo 3.01 numeral 11, respecto del contratista EPM Ituango: *“EPM conoce y está familiarizado con las condiciones prevalecientes en Colombia, incluyendo, aunque sin limitación las siguientes: la seguridad del país* (enfatisa la defensa - EPM tiene experiencia sobrada en el desarrollo de megaproyectos, en el manejo sociológico, de las comunidades, sus reacciones, sus intereses, sus pretensiones en el desarrollo de estos megaproyectos) y continúa: *“ la seguridad del país - tal vez la Fiscalía no conoce, que los antioqueños sí lo conocemos muy bien, los problemas de seguridad del municipio de Ituango, su ubicación geográfica estratégica, la convergencia de múltiples grupos criminales subversivos, paramilitares, narcotraficantes; lo que no era fácil, en términos prácticos y reales, que una empresa foránea privada pudiera manejar esa situación, representarse realmente lo que podía generar un desarrollo de esta magnitud en una región tan conflictiva. La seguridad de los inmuebles del proyecto, ya se había vivido en proyectos anteriores, procesos de invasión masiva*

en los inmuebles que iban a ser objeto de embalsamiento, con miraras a buscar indemnizaciones, compensaciones en el momento de requerirse su desarrollo. El conocimiento de la forma y naturaleza del sitio, años llevaba Empresas Públicas estudiando ese cañón, el lugar exacto donde debía ser embalsado, la forma y naturaleza del sitio, los inmuebles del proyecto, las zonas trazadas para las vías incluyendo sus condiciones físicas, estacionales, climáticas, meteorológicas que predominan en el sitio y en las zonas de trazados para las vías, su topografía y accesibilidad, la hidrología imperante en el río Cauca, en sus afluentes, la disponibilidad de mano de obra, condiciones sindicales, materiales, suministro de energía eléctrica, agua y demás recursos necesarios, así como los servicios disponibles de transporte y hospedaje. Así que, no había un contratista más propicio, con las condiciones técnicas y financieras para el desarrollo del proyecto que Empresas Públicas de Medellín, la selección es completamente objetiva, satisface el interés general.

De tal suerte que, prosigue el doctor Santiago Sierra, no quisiéramos en análisis hipotéticos causales pensar, qué hubiera podido ocurrir, de haberse contratado alguna de las otras empresas con el desconocimiento de todas estas condiciones; cuánto se demoraría una empresa foránea privada, en conocer todas esas condiciones particulares que Empresas Públicas ya venía estudiando, trabajando., interviniendo desde muchos años atrás. Entonces, plantear que aquí fue una selección caprichosa, amañada, parcializada, dirigida a satisfacer intereses locales, cuando lo que aquí se buscaba era satisfacer el interés general de Colombia, garantizando la ejecución de una obra pública.

Por ende, entonces, ni las reglas contractuales que determinan el comportamiento del doctor Luis Guillermo Gómez, ni además la asesoría jurídica recibida, ni los análisis que se alcanzaron a hacer tanto por un órgano de control como fue la Personería de Medellín, como lo hizo la Superintendencia de Sociedades que avalaron el contrato BOOMT, le permitían representarse al doctor Luis Guillermo que esa forma de contratación de manera directa, una sociedad filial de EPM, fuera una contratación contraria a derecho y menos de carácter delictivo.

Esta tesis última esbozada, dice la defensa, que se ocupará de manera somera, amén de que, en la práctica probatoria en el momento de la introducción de estos medios de prueba, se hizo una lectura en extenso de los conceptos jurídicos que

recibió el doctor Luis Guillermo Gómez. Y, el primer concepto fue de la firma de abogados “Prieto y Carrizosa” del 13 de octubre de 2009, donde claramente establecía que tratándose de empresas de servicios públicos mixta su régimen jurídico era el privado, que se regulaban conforme al artículo 29 de la ley 142 de 1994; régimen de derecho privado que perfectamente y conforme a la ley regulaba el contrato BOOMT. Ninguna referencia se hace en este concepto jurídico, sobre la obligación de contratar a través de oferta pública, de licitación o subasta o formas de escogencia propias del derecho privado y excepcionales de este derecho en el Código de Comercio y menos en el Derecho Civil.

Y al respecto, sostiene que la afirmación tan categórica del despacho fiscal, en torno a que el doctor Luis Guillermo Gómez desistió de la asesoría de la firma de abogados Prieto y Carrizosa, que, porque dicha sociedad lo compelía, le recomendaba que tenía que contratar necesariamente a través de un sistema de oferta pública, eso no dice en ninguna parte, lo que es una representación fantasiosa de la Fiscalía, pues ahí se tienen los conceptos de Prieto y Carrizosa, en ningún momento dicen que esta contratación necesariamente y exclusivamente, se tiene que satisfacer a través de una oferta pública. Que hubo unas desavenencias, sí, natural, con el equipo jurídico de Hidroituango, las hubo y quedaron plasmadas esas desavenencias en las actas con toda transparencia. Pero las mismas no son producto, como peregrinamente, inopinadamente lo plantea la Fiscalía, de que precisamente Prieto y Carrizosa se oponía a que el contrato BOOMT se realizara de manera directa con Empresas Públicas de Medellín. En el concepto de mayo 18 de 2010, sobre el marco jurídico aplicable, dice que – *en los contratos que celebren las entidades que prestan servicios públicos a los que se refiere esta ley, no están sujetos a las disposiciones del Estatuto General de la Contratación de la administración pública. El legislador en el uso de la facultad constitucional consagrada en los artículos 365 y 367 de la Carta, expidió en el año de 1994 la ley 142 y entregó a las normas que regulan conductas particulares la forma de actuar y contratar de las empresas prestadoras de los servicios públicos tantas veces citadas, sin transgredir con ello la normatividad superior*”.

Que, posteriormente, una oficina de igual categoría, la de Brigard & Urrutia, porque agrega, que sí aquí se hubiese querido avalar un acto torticero, ilegal, contra derecho, pues entonces se hubieran conseguido, instrumentalizado a un abogado que se hubiera prestado para ello y que hubiera avalado esos actos antijurídicos,

pero ni la sociedad, ni la oficina de abogados Prieto y Carrizosa, ni la Brigard & Urrutia, se iban a instrumentalizar para esos intereses que la Fiscalía se imagina, y por ende entonces, nada más transparente que sustituir una empresa reconocida a través latinoamericano por otra de igual categoría o más, que ratificó los conceptos ya dados por Prieto y Carrizosa. El 6 de septiembre de 2010 presentaron un importante concepto jurídico frente al potencial conflicto de intereses que pudiera existir, por el hecho de la sociedad Hidroituango contratar con un socio, para lo cual recomendó que, para subsanar cualquier causal de impedimento o inhabilidad, que se realizara esa autorización de contratar con un socio, acudiendo a la asamblea de accionistas, con miras a que fuera el órgano de máxima representación de los socios quien autorizara dicha contratación, autorización que quedó plasmada en el acta de Asamblea de accionistas del 27 de octubre de 2010, en su página 14. Igualmente, el concepto de la Oficina Jurídica Brigard & Urrutia en septiembre de 2010, concepto que ratifica el régimen privado de la contratación, el cumplimiento de los principios consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política y la facultad de contratar directamente con EPM el contrato BOOMT.

Está igualmente un concepto expresado por la Personería de Medellín, en un expediente de vigilancia que fue abierto antes de la suscripción del BOOMT y fue antes de la suscripción, porque este contrato fue suficientemente publicitado, como bien lo decía el abogado apoderado de la gobernación de Antioquia; lo que no se hizo de manera encubierta, subrepticia, a espaldas de la sociedad y de los órganos de control. Ello llevó a que la Personería de Medellín planteara la necesidad de analizar la legalidad del contrato BOOMT, conforme que implicaba inversiones, usos de dineros públicos de una entidad objeto de vigilancia por dicha Personería, que era Empresas Públicas de Medellín. Entonces concluyó en ese expediente de vigilancia GPCNEGO 6572 del 2010, la legalidad del contrato BOOMT conforme al régimen de derecho privado que aplica para las entidades contratantes, legalidad de la contratación directa, legalidad de la participación de un accionista de la sociedad contratante en una oferta pública. De tal manera que, adicional a este concepto está el ya manifestado de la Superintendencia de Sociedades; conceptos que estudiaron el contrato BOOMT antes de la suscripción, la modalidad del contrato y la modalidad de la contratación directa entre estas dos entidades de servicios públicos.

Por manera que, la representación mental del doctor Luis Guillermo Gómez frente a la legalidad del contrato, conociendo el estatuto que permitía la contratación directa entre las dos entidades públicas, conociendo los conceptos jurídicos que así lo avalaban, conociendo el informe de la Personería que hablaba de la legalidad de esa forma de contratación directa, de la legalidad del contrato BOOMT, de la legalidad de la participación de un accionista de la sociedad contratante en el contrato; porqué iba a tener inquietudes, dudas, frente a una forma distinta de determinarse, acorde con toda esa información que le decía la legalidad de su actuar. Esta legalidad que también estaba confirmada por múltiples actuaciones precedentes, recordando que en la práctica probatoria hizo la defensa una relación de los diferentes contratos directos realizados por Empresas Públicas con otras empresas del sector eléctrico. Se introdujo como prueba los documentos que sustentaban contrataciones directas con la CHEC - Hidroeléctrica de Caldas, con la empresa eléctrica del Quindío, con la empresa eléctrica de Santander. Todas, contrataciones directas, interadministrativas. Sobre ellas nunca existió un cuestionamiento, como tampoco frente a las múltiples contrataciones que Hidroituango, en esa potestad de contratación directa realizó con las Empresas Públicas para el inicio de ejecución de las obras complementarias a la Central Hidroeléctrica, es que antes de esta contratación directa, Hidroituango no había estado manicruzado esperando a ver a quién podía contratar, porque ya venía desde años atrás en ese paulatino desarrollo del proyecto, las vías, los estudios técnicos, ambientales. Todo eso lo había realizado con un socio estratégico –EPM, especializado en el sector eléctrico, con esa experticia, experiencia y capacidad.

Así que, para la defensa, se torna en una ironía lo planteado la señora representante del ente acusador, y es que un accionista estratégico que lo quisiera cualquiera otra sociedad, dedicada al ramo de la producción de energía, tener a EPM como socio, se devolvió, conforme a la representación presentada por la Fiscalía, un problema para el representante legal en su momento, doctor Luis Guillermo Gómez, y es que no podía contratar con él, según la Fiscalía. Que contratar con ese socio estratégico, con el llamado natural para el desarrollo de ese proyecto, como lo explicó el doctor Juan Gonzalo, que les decían algunas de las empresas habilitadas en esa precalificación: *“Hombre, pero ustedes por qué no contratan directamente a Empresas Públicas de Medellín, si es que mientras nosotros accedemos a esa información del cuarto de información, la valoramos, ya Empresas Públicas la conoce, la maneja”*. Lo que ocurre es que hay un tema de tiempo – agrega la

defensa- y es que Empresas Públicas estaba desarrollando un proyecto con antelación, que era Porce VI, para finalmente concentrarse en la Central Hidroeléctrica Hidroituango, cuando manifiesta su interés, esa disposición y por eso es que ahí se hace necesario conforme a los principios de la función pública, en pro de un interés general, innecesario acudir a una oferta pública, porque se tenía al contratista natural, a quien garantizaba precisamente ese interés general a Empresas Públicas y así se hizo.

Continúa con su argumentación la defensa del señor Luis Guillermo Gómez, que también hubo una valoración ex post, que resulta importante para demostrar la posición insular de la Fiscalía con relación a la legalización del contrato, posición insular en el sentido de que es la única que ha manifestado que ese contrato es ilegal. Se refiere a la Contraloría General de Medellín, quien hizo un control a los desembolsos de Empresas Públicas de Medellín en virtud del contrato BOOMT, teniendo en cuenta que EPM es una empresa de servicios públicos que se vinculó a través de EPM Ituango, y determinó la legalidad del contrato, no vio ningún detrimento patrimonial, ningún daño potencial por la contratación directa en estas dos entidades de carácter público.

Por otra parte, el informe de actuación especial de la contraloría General de la República que, si bien es sumamente extenso, riguroso y sustentó una responsabilidad fiscal en alrededor de veinticinco funcionarios, cuando analizó en el acápite particular, al cual se le dio la debida lectura omitiendo reincidir en la misma, con relación al contrato BOOMT, no encontró ninguna violación a los principios de la función pública ni ninguna causa determinadora en dicho contrato, frente al daño ocurrido ocho años después, la destrucción de ese tercer túnel de desagüe.

Refiere la defensa que se ve abocado a tocar un punto que, si bien la Fiscalía no lo hizo en su alegato de cierre, sí está en el escrito de acusación. Y es que además de plantearse esa presunta violación del régimen contractual, en particular, ese desconocimiento de los principios de selección objetiva y transparencia, se plantea sin mucho desarrollo en la acusación, otra hipótesis fáctica, otro hecho jurídico relevante y es que dice la Fiscalía que ese contrato, realizado de manera directa con la entidad pública, violentó una cláusula de residualidad que opera frente a contratos de generación de energía. Tal vez por la magistral exposición del perito doctor Carlos Alberto Atehortúa, la Fiscalía omitió en su alegato de cierre hacer

mención a dicho cargo, ante las explicaciones suficientes, convincentes del perito en torno al desentrañamiento de los artículos 56 y 57 de la Ley 143 de 2004; un supuesto de hecho normativo que no se adecúa a la conducta objeto de análisis, en tanto, primero, el contratante no es una entidad territorial, que tenga algún monopolio que adjudicar a través de una concesión, que esa cláusula de residualidad indique una subsidiaridad, sólo en aquellos en los cuales, como resultado de la libre iniciativa de los distintos agentes económicos en un contexto de competencia, no exista ninguna entidad dispuesta a asumir, en igualdad de condiciones, la prestación de esas actividades. Entonces ahí sí le toca al Estado intervenir de manera subsidiaria y realizar una concesión para garantizar la prestación del servicio, pero esa cláusula residual no tiene aplicación al caso que nos convoca. Agrega que no puede olvidarse que el principio de legalidad, como sustento del estado de derecho, establece que no hay facultad sino está previamente otorgada por la ley. Por ende, Hidroituango como empresa de servicios públicos está facultada para concesionar, es una entidad territorial y para el tema de generación de energía es la nación. Por ende, esa cláusula de residualidad no es un requisito esencial del contrato BOONT, por lo cual no era un deber ni una facultad del doctor **LUIS GUILLERMO GÓMEZ ATEHORTÚA**, concesionar la actividad de generación de energía, en tanto Hidroituango, no tiene ningún monopolio sobre la misma. Una ostensible atipicidad objetiva. Esa normatividad no tenía ninguna aplicación en el contrato BOOMT. De manera que éste se realizó cumpliendo los requisitos legales que lo regían. El doctor **LUIS GUILLERMO GÓMEZ ATEHORTÚA** obró en la celebración de este contrato en su condición de representante legal de la sociedad, conforme a derecho.

La intrascendencia para el derecho penal el derecho penal de la conducta acusada, para la defensa, expresa de manera evidente, un exceso en la Fiscalía General de la Nación, en ese ejercicio de la pretensión punitiva; exceso que se evidenció en la intervención final, en el alegato de conclusión. Esa imagen rectora en la acusación de la Fiscalía lo fue que el contrato BOOMT, fue una desviación del poder público para el beneficio privado. Que todo fue una escenografía puesta a disposición de Empresas Públicas para que accediera de manera irregular como contratista. Que los accionistas actuaron dolosamente al facilitar esa contratación directa y ese beneficio irregular, ilícito para Empresas Públicas.

Y, para sustentar esas aseveraciones se observaron unas diapositivas utilizadas en power point, donde la Fiscalía se dedicó a buscar en múltiples actas aseveraciones que, interpretadas de acuerdo a su interés, a su amaño, supuestamente sustentaban esa desviación del poder público en beneficio de un particular, que sustentaban esa irregular entrega del contrato a Empresas Públicas, que sustentaban la dolosa confabulación de los accionistas para entregarle el proyecto a Empresas Públicas. Dijo que era un acto calculado, dolosamente dirigido, en tanto, no tiene otra explicación para la Fiscalía el que se haya mantenido dizque dos procesos contractuales paralelos, y esa situación le permite a la Fiscalía inferior que aquí existió esa confabulación, de manera muy desafortunada como se verá en esa interpretación de las actas.

Que el papel del doctor Luis Guillermo Gómez, estaba determinado a *“calmar las aguas”*, como se lee en las actas, y que eso necesariamente tiene que interpretarse como que el doctor Luis Guillermo Gómez fue elegido, seleccionado con el torticero interés de facilitar el contrato a EPM y que la muestra es que el doctor Luis Guillermo, a una pluralidad de exfuncionarios de EPM. Que entonces todos tenían el propósito, único, exclusivo de direccionar el contrato BOOMT para EPM, y dice que no otra cosa puede interpretarse de esa aseveración que hace el doctor Luis Guillermo Gómez cuando dice que hay que abordar ese acuerdo de accionistas con *“audacia y realismo”*, que eso no puede interpretarse distinto a una manera inescrupulosa para facilitar a Empresas Públicas la contratación de este BOOMT.

De ahí que para la defensa se hace necesario, aunque fatigoso, tener que mirar cada una de estas actas para darles el contexto real, para mirar que hay una valoración sesgada, caprichosa por parte de la Fiscalía en contra de su función jurisdiccional, porque esa valoración iba inducida a inducir al juzgado en error, a que de pronto sí creyera que realmente sí existía una confabulación, que es eso tan horrible, como es eso tan horrible, que todas estas personas entonces de acuerdo a lo que se expresa transparentemente en las actas, estuvieran confabulados para velar la ley, para satisfacer un interés particular, es decir, un interés local, regional, para que la ciudad de Medellín entonces tuviera más recursos, solo la ciudad de Medellín, ignorando entonces el papel protagónico en la generación de distribución de energía de Empresas Públicas de Medellín en el estado Colombiano, la nación, en el territorio.

Pasó seguidamente la defensa del acusado, doctor **LUIS GUILLERMO GÓMEZ ATEHORTÚA**, al análisis de las actas que sirvieron de apoyo a los alegatos de su contraparte, para señalar que la valoración que de ellas hizo la Fiscalía, va en contra de una sana crítica y que, de esos contenidos que quedaron en esas actas, no puede inferirse razonablemente la configuración de una conducta delictiva y menos la de una celebración de contrato sin cumplimiento de requisitos legales esenciales.

Que la Fiscalía empiece a sugerir, que la contratación del doctor Luis Guillermo Gómez, tenía un propósito torticero, que ese propósito era exclusivamente ser el garante de esa contratación directa, ser el vehículo de un contrato realizado sin una selección objetiva donde entonces de manera parcializada, se iba a contratar a Empresas Públicas a través de la Sociedad EPM Ituango. Y para ello, trae la Fiscalía un recuento de diferentes actas y plantea de lo manifestado se deriva por ejemplo del acta 91 – prueba No. 56 de la – Fiscalía, sobre la que refiere que: *“Se deduce de manera clara que la intención de contratar al doctor Luis Guillermo Gómez, no era otra que, una persona que garantizara el acuerdo de accionistas en las mejores condiciones”*. A lo que hay que darle un contexto para poder entender que es lo que se está planteando. Resulta que, puntualiza la defensa, antes de darse los inicios del estudio y la preparación de las condiciones para la configuración de un contrato que permitiera el desarrollo de la Central Hidroeléctrica y decidir que el contrato más adecuado era el BOOMT, hubo una disputa accionaria entre dos accionistas de la sociedad Hidroituango. Al parecer, antes del 2008 había un acuerdo de una paridad accionaria entre los dos accionistas mayoritarios, es decir, el IDEA y Empresas Públicas de Medellín. El cambio de Gobernación parece que implicó la intención de la gobernación a través del IDEA de asumir el control societario, accionario de Hidroituango, y ello llevó a que el IDEA adquiriera una serie de accionistas mayoritarios y con ello lograra obtener composición accionaria superior al 50% de las acciones de Hidroituango y con ello, tener una posición dominante en las decisiones que se tomaran en dicha sociedad.

Tal comportamiento del IDEA fue calificado por Empresas Públicas de Medellín como una toma hostil y como un incumplimiento de ese acuerdo tácito, implícito de la paridad accionaria entre estos dos accionistas y hubo una confrontación, que llegó inclusive a la presentación de varias acciones judiciales; lo que obviamente estaba perjudicando el desarrollo del objeto social de Hidroituango, porque una disputa tan álgida entre los dos mayores accionistas de Hidroituango impedía el

desarrollo normal del proyecto. Para eso y conscientes los accionistas, necesitaban un líder, un gerente que lograra construir esos ánimos, que lograra construir una relación armónica entre los accionistas y reorientar nuevamente a la sociedad al propósito común del desarrollo de generación energética. Y, es eso lo que se observa en dicha acta 91 - Prueba 56 de la Fiscalía. Lee algunos párrafos de la página 11 de la misma: *“El doctor Álvaro Vásquez interviene para manifestar sobre lo expresado por el doctor Villegas que tanto el doctor Villegas como el doctor Sergio Betancur, no son funcionarios de la administración departamental y esos los convierte en el fiel de la balanza como el doctor Villegas ha hecho referencia, que se logren unos acuerdos al interior de la Junta, cree que deberían ir más allá y ser unos acuerdos totales. NO encuentra sentido que a la junta se llegue a unos acuerdos, mientras que por fuera sea sigan dando ataques en medios y en los tribunales por parte de otro socio del proyecto, indica que ha sido acusado como delincuente y se habla de cinco intentos fallidos por parte de EPM intentando volver la negociación a su estado original. Se pregunta entonces, que posibilidades concretas hay de poder llegar a tener un acuerdo”*. Este es el acuerdo de accionistas de mejores condiciones y aquí no se está hablando de una contratación directa entre Hidroituango y EPM para el desarrollo del contrato. Para el momento no se tenía como elemento prioritario para ser considerado en la Junta. Había una situación de fragmentación y lucha entre dos potísimos accionistas que era necesario armonizar. Ese es el acuerdo al que se está refiriendo el acta.

Dice que, en la referida acta, en el párrafo siguiente de la misma página 11, se lee:” *Este tema lo ha conversado directamente con el señor gobernador que ha estado particularmente molesto y ofendido por lo que considera una clara deslealtad de EPM. Alude a las declaraciones de funcionarios de EPM en los medios de comunicación que ya tienen documentadas, además de lo que ha sido fundamentalmente la coadyuvancia de la acción popular que colocaron los señores Botero en contra del IDEA, solicitando unas medidas cautelares, que en el fondo buscaban congelar el ejercicio de los derechos que se desprenden para el IDEA en las acciones que adquirió en junio y agosto (acciones a las que se refirió en donde había adquirido esa posición mayoritaria dentro de la Junta). La última conversación telefónica que sostuvo con el doctor Federico Restrepo, de que las intenciones de aplazar la realización de asamblea primero y luego la junta, si iban en dirección de buscar que la negociación volviera a las circunstancias accionarias del 14 de julio (es decir, cuando había la paridad de estos accionistas mayoritarios), orden que él*

había recibido de su junta directiva, de implementar todas las acciones que la ley permitiera para volver a la situación anterior. Insiste que mucho sentido en que en el interior de la junta se intente ponerse de acuerdo en unos términos parciales si en lo que no se hace claridad para donde van, manifiestan que se encuentran en una guerra jurídica y acepta esos términos, pues no tiene otra alternativa. Por eso ratifica que debe llegarse a un acuerdo global”.

Resalta el señor abogado defensor, la situación de confrontación que había entre el IDEA y Empresas Públicas, como accionistas principales de Hidroituango. Por eso no puede inferirse razonablemente, va en contravía de una sana crítica, pretender que, a través de esta acta, lo que se permite inferir es que se había contratado al doctor Luis Guillermo Gómez para garantizar una contratación directa entre Hidroituango y EPM para el desarrollo de la Hidroeléctrica. Situación que, si fuera así, pues no sería delictiva, por lo que se ha mencionado con antelación en torno a ese ámbito de libertad contractual que tienen dos entidades de carácter público y entidades donde objetivamente su selección garantiza ese interés general.

De manera entonces que, ese estado de confrontación no puede permitir inferir que ya había un acuerdo, en que la presa y la central Hidroeléctrica iba a ser desarrollada por las Empresas Públicas y como lo manifiesta temerariamente el despacho fiscal, que se pretendió llevar una oferta pública aparente, es decir, que todo esto fue una mise en scene, una puesta en escena falsa, un sainete, para encubrir esa circunstancia ya subjetiva, de haber un compromiso del acuerdo directo entre la hidroeléctrica y EPM; situación que nada tenía de criminalidad, pero no es cierta por las circunstancias fácticas que se estaban dando en ese momento. Lejos estaban de llegar a un acuerdo Empresas Públicas e Hidroituango para el desarrollo de la Hidroeléctrica con esta circunstancia de beligerancia, de confrontación entre los accionistas IDEA y EMP. De tal manera que de la prueba 56 presentada por la Fiscalía General de la Nación, es decir, el acta No 91 no puede inferirse ninguna situación de carácter dolosa, esto es, que se tuviera la intención y el conocimiento de incumplir las reglas jurídicas de la contratación pública para beneficiar a Empresas Públicas de Medellín.

De igual manera, el acta 87 del 18 de septiembre de 2008 – prueba 52 presentada por la Fiscalía, donde se plantea que desprende de esa prueba el dolo. En la página tercera se lee: “*Se expresa con relación a algunas dificultades del último año de la*

sociedad, por ausencia de capacidad administrativa, se aportará lo necesario para superarlo, se espera que el gerente se pueda dedicar a sacar adelante el cronograma de la sociedad. Igualmente le indican que tendrá la oportunidad de dirigir la sociedad en su parte más apasionante, la de la realización del proyecto, como se podrá visualizar en el informe que se presenta a los funcionarios de EPM en la presente reunión". Terminando indicando que para el Junta es un orgullo contar con él, con el doctor Luis Guillermo Gómez, en la gerencia de hidroeléctrica y ratifican la confianza que tienen todos en él. El doctor Luis Carlos Rubiano se suma a las expresiones del presidente de la Junta Directiva y agrega que desde EPM hay una tranquilidad inmensa con su presencia en la gerencia y de su parte y de sus compañeros ofrece su aporte como soldados en la tarea de la gestión de la sociedad. El doctor Álvaro Vásquez expresa la complacencia de la administración departamental como proponente su nombre para la gerencia de la sociedad ya que es una garantía para el éxito del proyecto, el no haberse presentado ninguna discordante en su nombre, habla claramente de que fue la decisión correcta, le reitera que puede contar con el apoyo en todo lo que requiera para que pescadero Ituango sea un éxito para todos".

Infiere entonces la fiscalía, que, de ese ánimo consensual, de que no haya existido ninguna voz discordante frente al nombramiento del doctor Juan Guillermo, ya eso es sospechoso, que porque entonces eso lo que está indicando es que sea buscaba a una persona que satisficiera los intereses de Empresas Públicas. Lo que, para la defensa, va en contravía de la dinámica real, del ejercicio de una empresa, de una sociedad anónima donde naturalmente se busca es a un representante legal, a un gerente que satisfaga a todos los miembros de junta, a los accionistas y que vaya en pro del desarrollo del objeto social. Y lo que se buscaba precisamente, era natural frente a ese ánimo de confrontación que existía entre el IDEA y Empresas Públicas, era una persona que mediara, que concertara y que fuera del agrado de estos dos accionistas que estaban en disputa, porque había prevención del uno o del otro frente al gerente, pues difícilmente podría llegarse a un clima de armonía en la junta, y poder tomar las decisiones en pro del interés general, del desarrollo de una central hidroeléctrica para el beneficio del país. Acá se refleja toda la descripción de la aquiescencia de los accionistas frente al nombramiento del doctor Luis Guillermo Gómez, haciendo una invitación a que se lean esos párrafos. De donde, no puede entonces inferirse razonablemente un ánimo torticero en ese consenso de los accionistas frente al doctor Luis Guillermo Gómez.

Respecto del acta No. 95 presentada como prueba 59 de la Fiscalía, dice ésta en la página 5: *"Él doctor Álvaro Vásquez informa sobre la variación propuesta del orden del día por su viaje a Bogotá y deja la siguiente constancia: presenta la inconformidad de la gobernación de Antioquia y el IDEA frente a la forma como Empresas Públicas ha querido que avance la relación de accionistas de Pescadero Ituango desde julio del año pasado, cuando adquirieron la mayoría accionaria de la sociedad, específicamente porque el doctor Álvaro Villegas ha reiterado el interés para que se llegara a un acuerdo por caminos de entendimiento que permitieran que de manera armónica y coordinada se pudiera realizar actividades de la junta, pero una cosa es lo que se dice en la junta y otra es lo que se vive en el exterior, sea refiere específicamente a la nueva tutela que interpuso EPM contra el Juzgado Quince Administrativo del Circuito de Medellín y en el Tribunal Administrativo, donde reiteradamente les han inadmitido las medidas cautelares que buscan congelar el ejercicio de los derechos que el IDEA adquirió en la compra de las acciones a mediados del año pasado"*. De manera que es claro, que para el 25 de febrero de 2009 ese ánimo de confrontación continuaba, que no había ninguna connivencia entre EPM y el IDEA, entre la sociedad Hidroituango y uno de sus accionistas EPM, para que éste, de manera torticera, ilegal, realizara y desarrollara un contrato que todavía ni siquiera se había configurado en sus especificaciones técnicas, cuál era forma de desarrollar este proyecto.

Dice la Fiscalía que de esta misma acta se deriva la intención del doctor Luis Guillermo Gómez de contratar a ex empleados de EPM, con el único ánimo de favorecer a esta empresa como futura contratista del contrato BOOMT. En su página 6 de esta acta, se dice: *"Entre tanto el doctor Luis Guillermo Gómez presenta al doctor Juan Gonzalo Álvarez quien ha comenzado a trabajar en la sociedad, en el área de Estructuración Financiera, egresado de la EAFIT, con especialización de economía internacional, lleva 20 años en el ejercicio de su profesión en el área financiera, trabajó diez años en Empresas Públicas, fue subgerente en gestiones de capitales y ha trabajado con compañías multinacionales en el área de gestión financiera"*. Este es el único elemento objetivo de la Fiscalía para inferir que por el hecho de haber trabajado en EPM, ya había una contaminación de este funcionario de Hidroituango para favorecer a Empresas Públicas de Medellín. Agrega el señor abogado defensor, que lo que ocurre aquí debe entenderse en el contexto de la búsqueda de los funcionarios más capacitados para el desarrollo de este proyecto

de tan magna entidad. Y, es que el doctor Luis Guillermo Gómez con una vasta experiencia que tenía en el sector público y en la administración de entidades públicas, sabía que no podía entrar a ensayar con funcionarios neófitos en estos temas, y necesariamente, la escuela que ha dado experiencia a los funcionarios en temas de energía es Empresas Públicas, como lo es también ISAGEN, y por ello, de manera inteligente el doctor Luis Guillermo cogió a las personas que tenían suficiente experticia en estas dos empresas. La mayoría entonces de los empleados de Hidroituango provienen de Empresas Públicas y de ISAGEN. Lo que no es ningún pecado, ni indicio de conducta delictiva, ni el elemento subjetivo del tipo penal del contrato sin cumplimiento de requisitos legales. Es simplemente producto de la experiencia del gerente de buscar a las personas más capacitadas para el desarrollo del proyecto.

La interpretación que le da la Fiscalía, desde una sana crítica se desprende como sesgada, caprichosa, subjetiva, porque no puede considerarse que ese elemento de ser ex empleado de Empresas Públicas, pueda ser una prueba o un indicio de ese actuar doloso en contravía del principio de legalidad que debe regir en la contratación de la hidroeléctrica Hidroituango.

Dice que es claro que, en estos procesos judiciales, el objeto de conocimiento se centra en la conducta imputada, objeto de conocimiento que está ya deslindado en el escrito de acusación y cada una de las partes busca darle a conocer al fallador, de acuerdo con sus intereses, si ese objeto de conocimiento es una realidad histórica o no, a partir de las pruebas. Ese interés de las partes en conocimiento de ese objeto hace que se muestren unas perspectivas del objeto, de acuerdo con el interés de la parte. La defensa entonces, le muestra al juzgado una perspectiva del objeto y la Fiscalía muestra otra perspectiva. Pero que esas perspectivas que se construyen epistemológicamente a partir de unos medios de prueba, tienen que ser razonables, derivarse desde una valoración de una sana crítica del medio de prueba, pero aquí, todas esas disquisiciones que ha planteado la Fiscalía como hallazgos de elementos subjetivos del dolo, en la configuración del tipo, no son perspectivas objetivas acordes con el interés de la parte, sino que son caprichosas, subjetivas.

Destaca lo que del acta 97 – prueba No. 61, dice la Fiscalía, donde en la página 6 se lee: *“El pasado domingo el doctor Juan Gonzalo Álvarez gerente de*

estructuración financiera de Hidroituango (quien según la Fiscalía fue traído por el aquí acusado con la intención de facilitar contratación directa con Empresas Públicas de Medellín) *tuvo reunión con representantes de una misión rusa en Bogotá, para presentar el proyecto y respondió a las diferentes inquietudes que le presentaron, es interesante este acercamiento porque el presidente Álvaro Uribe viajará en junio a Rusia*". Entonces si realmente había sido llevado con ese único propósito, estos actos desmienten, de plano, ese supuesto interés torticero de favorecer exclusivamente a Empresas Públicas en contra del principio de selección objetiva.

Y, en la página No 7 se plantea: *"Informe de contrato banca de inversión, estructuración de la subasta. Informa el doctor Luis Guillermo Gómez que del 2 de abril se suscribió un contrato interadministrativo entre Hidroituango y el IDEA, para que ésta última entidad desarrolle el proceso de contratación de la banca de inversión que realizará la subasta, y después de la firma se han efectuado reuniones para definir la estructura de los pliegos por los que se contratará la banca de inversión"*. Que es importante este párrafo porque demuestra cómo operaba, como funcionaba la sociedad Hidroituango a través de unos accionistas que tenían la capacidad financiera y técnica de ejecución de diferentes actividades que eran objeto de la sociedad Hidroituango. Esta que era conformada por muy pocos funcionarios y poca capacidad financiera; entonces hacía estos contratos interadministrativos con sus socios para ir avanzando en ese propósito común, la configuración de unos elementos necesarios para construir un contrato y a través de él desarrollar el proyecto de la Central Hidroeléctrica. Para ello entonces, la sociedad Hidroituango contrata al IDEA para que esta entidad, a través de toda su capacidad técnica y financiera, pueda hacer un proceso de selección y contratar a la banca de inversión adecuada para asesorarlos en la configuración de ese contrato, que sería el que permitiera el desarrollo de la central hidroeléctrica.

Y, la Fiscalía considera que es una prueba del incumplimiento de los requisitos legales del contrato, porque dice, se tercerizó la selección de la banca de inversión. Se pregunta la defensa, el por qué para la fiscalía ello permite objetivamente inferir que eso una de las pruebas del incumplimiento de los requisitos esenciales del contrato, cuando es un medio o instrumento ordinario, cotidiano, en el ejercicio de una sociedad en el desarrollo de su objeto social, buscar que sus socios estratégicos desarrollen ciertas actividades, además, que la selección de una banca

de inversión, contrario ahí, en desconocimiento de un principio de selección objetiva, va en pro, precisamente de la satisfacción de ese principio, porque una banca de inversión internacional lo que iba a realizar y efectivamente realizó es todo un trabajo técnico y financiero de cuáles serían esos requisitos para búsqueda de ese contratista, cuál es el contratista ideal, cuál sería el valor de ese proyecto, eso no es fácil llegar a esa cifra, todas las variables que hay que tener en cuenta para poder cotizar y establecer el valor de una central hidroeléctrica, las etapas de ese proceso de construcción de esa central. Todas esas variables era lo que iba a estructurar esa banca de inversión, en pro del principio de planeación y de selección objetiva.

Por ende, esa llamada tercerización de la banca de inversión es una acción cotidiana, un obrar conforme a derecho en el ejercicio de una actividad empresarial de una sociedad anónima como la de Hidroituango.

En la página 9 de esa misma acta, se lee: *“Con miras a la transparencia que debe tener este proceso, plantea el doctor Álvaro Vásquez, la necesidad de hacer una invitación oficial a los entes de control, Contraloría, Procuraduría, al zar anticorrupción, para hacer un acompañamiento a este proceso y propone que la administración explore que instancia o institución internacional podría ayudar a legitimar el proceso entendiendo que los invitados serán extranjeros”*. Sin ninguna dificultad acá se advierte que no había ninguna confabulación dolosa parte de los accionistas de Hidroituango en realizar un contrato ilegal, por el contrario, con toda lealtad y transparencia se deja en el acta la intención de buscar estos medios de control con miras a garantizar el uso de esos dineros públicos.

Plantea la señora Fiscal que esta acta también da cuenta la intención de modificar el estatuto de contratación con la finalidad de adecuarlo, amañarlo a los intereses del contratista, es decir, de las Empresas Públicas, dice en la página 11, punto No. 7: *“Consideración estatuto de contratación. Puesto a consideración de la Junta el proyecto estatuto de contratación para Hidroituango que se remite previamente y después de una discusión sobre el tema, se aprueba que se da inicio a un proceso de aprobación de un nuevo estatuto de contratación. Inicialmente hay consenso en la forma del encabezamiento del artículo 18 del actual estatuto de contratación que en la actualidad reza: Para la selección del contratista se acogerá a la solicitud privada o pública de ofertas o cotizaciones las que se formularán de acuerdo con lo siguiente y quedará de la siguiente forma – artículo 18: para la selección del*

contratista se acogerá la solicitud privada o pública, ofertas o cotizaciones de acuerdo con las circunstancias o necesidades particulares, la junta directiva podrá autorizar excepciones o adoptar otras modalidades de selección de contratistas de conformidad con las normas establecidas en el Código Civil y en el Código de Comercio, así mismo la junta directiva autorizará diferentes formas de asociación y celebración de empréstitos tendientes al desarrollo del proyecto”.

Para el 29 de abril de 2009, estaba todavía lejano el análisis y la forma de selección del contratista que iba a desarrollar el proyecto. En ese momento se estaban realizando unas contrataciones importantes, se estaba contratando a la banca de inversión, se estaba contratando unos estudios de diseño estructural de vías. Entonces era importante adaptar ese estatuto para que le diera mayor movilidad a la sociedad conforme al derecho privado en este tipo de contrataciones. Pero aquí todavía estaba lejos de plantearse el tema de contratación quien iba a construir la presa y la central Hidroeléctrica.

En ese mismo análisis de la modificación del estatuto contractual, trae la fiscalía la prueba No 64 que corresponde al acta No 100 de la Junta directiva de la Hidroeléctrica, donde en la página 5 se dejó consignado: *“Resalta la doctora María Isabel Vanegas (que indica la Fiscalía que también fue llevada intencionalmente por el gerente de Hidroituango con el ánimo de facilitar esa componenda ilícita para contratar con EPM, en tanto la doctora María Isabel también había sido funcionaria de Empresas Públicas) que la Hidroeléctrica tiene un estatuto de contratación en el que rigen los principios de transparencia, moralidad, publicidad, eficiencia, economía y eficacia. Le corresponde aplicar en sus procesos la selección objetiva y la igualdad por la que se debe garantizar la misma información que sea relevante, necesaria o útil para que todos estén en igualdad de condiciones. No puede haber ningún hecho de información que le represente a EPM una ventaja con relación a los demás y se debe garantizar que el tiempo del que disponen los inversionistas sea suficiente para que puedan analizar oportunamente y en condiciones de igualdad la información”.* Esto, destaca la defensa, es bajo el esquema que se pretendía realizar una contratación a través de un sistema de oferta pública.

Destaca lo que dice esta declarante, que Empresas Públicas tiene que sujetarse a esos principios y que con ellos se garantiza la igualdad entre los precalificados en el momento en que se llegare a esa situación de que se abriera una subasta pública.

De tal manera que, aquí no había ninguna intención de que la doctora María Isabel Beneficiara a Empresas Públicas. Antes acá, se está imponiendo unas cargas para mantener una igualdad en la información en el caso que se materializara esa oferta pública.

Dice en la página 6 del acta: *“El doctor Federico Restrepo gerente de Empresas Públicas destaca que es inevitable que de alguna manera en este tipo. De procesos se pueda tener información con mayor antigüedad que otros, como en el caso de Integral en las licitaciones de Ituango. Informa que EPM enviará a la gerencia de Hidroituango una carta suscrita por los representantes de EPM en la Junta, el señor Alcalde, el doctor Alfonso Salazar, el doctor Federico Restrepo y el doctor Jesús Aristizábal, sobre su participación y conocimiento previo de información y sobre la posible información que se pueda entregar a la junta y que pueda considerarse información restringida o que privilegie de alguna forma. A continuación, se da lectura a la carta que se anexa a la presente acta. En este punto el doctor Álvaro Vásquez anota que desde el departamento del IDEA ven de forma positiva la participación de EPM en el proceso y consideran que lo enriquece el tener un jugador de esas calidades, pide a quienes representen a la sociedad en la banca de inversión que den total claridad en ese sentido a los posibles interesados”*; es decir, hay un ánimo de transparencia frente a los demás posibles interesados, precalificados, en una posible futura oferta pública. Así que aquí no hay ninguna animosidad, ninguna intención de privilegiar a Empresas Públicas, por el contrario, se está buscando de manera clara que haya una competencia en el caso de que se diera, objetiva, equitativa, en torno al manejo de la información, y por eso, como se ha acreditado en este proceso, se dio esa posibilidad de participación en el cuarto de datos para que todos adquieran la información que ya Empresas Públicas de suyo tenía.

En el acta 102 – prueba No. 66, que según la Fiscalía también indicaría la intención de favorecer a Empresas Públicas. Frente al Estatuto de Contratación para la sociedad se dice en la página 5: *“Con relación a lo expuesto por Empresas Públicas, en la comunicación sobre el estatuto de contratación expresa el doctor Federico Restrepo que básicamente son dos los puntos que plantearon, dados los topes que se tienen en la propuesta del estatuto, la mayoría de los procesos de contratación serían por contratación directa y ellos afirmaron que debían ser por licitaciones o contratación pública, de acuerdo a lo establecido en el estatuto de contratación de*

EPM y a lo que también se rige en el régimen de contratación privada de acuerdo con la ley 142. Presentaron esa observación por coherencia con su estatuto de contratación”. Que infiere la Fiscalía de esta acta que el estatuto de contratación de Hidroituango, se modificó que para asimilarse al de Empresas Públicas, que de ahí sea infiere, que lo que se quería era, con violación a las reglas propias de la contratación pública, con violación al principio de objetividad en la selección, se quería favorecer exclusivamente a Empresas Públicas. Pero, contrario a lo que infiere la Fiscalía, lo que de este documento se desprende es que Empresas Públicas está exigiendo mayor rigurosidad en ese estatuto de contratación de Hidroituango, planteando que la mayoría de contrataciones que deban hacerse por parte de Hidroituango en el desarrollo de su objeto social, sean a través de contratación pública.

En el acta No. 110 – Prueba 72 de la Fiscalía en la página 11: *“Finalmente el doctor Juan Gonzalo Álvarez expresa que por recomendación de 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 esa publicación no habrá negociación directa entre estas dos entidades”* . Se trató de una propuesta del doctor Juan Gonzalo Álvarez, persona que supuestamente, según la hipótesis de la Fiscalía, tenía como misión facilitar de manera ilícita una contratación entre Hidroituango y EPM. Contario a lo que manifiesta la Fiscalía, de aquí lo que se desprende, es que el doctor Juan Gonzalo sugería que se pusiera en la publicación de los prepliegos, que a partir de ese momento ya no había posibilidad de ninguna contratación directa; propuesta que como se observa en la lectura continua del acta, no fue admitida o aceptada, pues allí se lee: *“Después de un amplio debate el doctor Federico Restrepo reitera que en el entendido que se está adelantando un proceso de negociación entre el IDEA y EMP, la publicación de los prepliegos se debe suspender hasta tanto se dé un proceso de convergencia en la negociación directa o esta fracase. Finalmente se concluye, después de algunas reflexiones sobre la conveniencia de suspender el proceso de subasta y darlo a conocer a la opinión pública, los elementos sustanciales de una negociación directa, la estructura jurídica y el plazo para llegar a acuerdos sin publicar prepliegos, losa miembros de la junta acuerdan que se continúe con el trámite de la negociación directa entre el IDEA y EPM, y una vez se tenga una decisión, se convocará nuevamente a la junta para tomar las decisiones*

que corresponden sobre la suspensión, terminación o continuación de un proceso de subasta, publicación de prepliegos, información de la opinión pública”.

Sobre esta última prueba, acota la defensa que sobra manifestar que de ella no puede derivarse, como lo ha expresado de manera reiterada la Fiscalía, que había una concurrencia de los procesos contractuales y que ello implicaba una falta de transparencia, una deslealtad frente a unas expectativas creadas para unos agentes internacionales precalificados. Que aquí no había ningún proceso contractual paralelo, había un proceso apenas precalificatorio dirigido primero a conocer, como bien lo explicó el testigo Juan Gonzalo Álvarez, si había personas jurídicas interesadas en este proyecto, cuántas, qué capacidad financiera tenían, qué capacidad técnica, para que, a partir de ese conocimiento, mirar la viabilidad o no de abrir una oferta pública. Que al respecto la Fiscalía ha planteado que los prepliegos, implicaban ya necesariamente una vez publicados, realizar una oferta pública para la contratación de este proyecto; lo que va en contravía de una lógica objetiva de la forma de trámite de una oferta pública. La oferta obliga, es un principio, un derecho comercial, pero la oferta no se puede materializar lógico-objetivamente en una comunicación de prepliegos. Nadie quiere obligarse a partir de unos prepliegos, porque como su nombre lo indica, es apenas un proceso de construcción de una oferta. A partir de esa comunicación de prepliegos, que como bien lo manifestó el doctor Juan Gonzalo Álvarez, ellos evidenciaron que esa construcción de los prepliegos con los diferentes concurrentes en una oferta pública les iba a tomar demasiado tiempo porque implicaba negociar con cada uno de los habilitados para una futura oferta pública, esa construcción de un pliego, donde cada uno de ellos iba a presentar alternativas distintas en la forma de participación en el desarrollo de esta central hidroeléctrica y había que tener en cuenta cada una de esas posturas para poder garantizar la presencia de ellos en la oferta pública.

Los prepliegos, entonces, prosigue la defensa, nunca y jurídicamente menos, pueden ser equiparados a una oferta que genere obligaciones, solo unos pliegos ya definitivos, constituidos, luego de esa relación bilateral con cada uno de los oferentes en esa precalificación, podrá ya hablarse de una oferta jurídicamente comercial. De tal manera que eso nunca ocurrió. Que esos prepliegos alcanzaron a hacer anunciados, pero posteriormente, en el ámbito de libertad jurídica que tenía Hidroituango con el derecho privado y conforme a la potestad de contratar de manera directa con otra entidad pública que cumplía con todos los requisitos

técnicos y financieros para el desarrollo de este proceso y con ello garantizar el interés general. De tal manera que no existió una oferta comercial que obligara frente a los demás precalificados.

Dice la Fiscalía que se configuró el contrato BOOMT de manera tal, que se acomodó a las necesidades de EPM, con violación a la transparencia y a la selección objetiva, y que ello se desprende del acta 118 – prueba No. 79 de la Fiscalía, donde se demuestra que Hidroituango, a través de esa contratación directa, despojó de toda responsabilidad a Empresas Públicas en este contrato, que eso se desprende de la página 6, conforme a lo que dice el doctor Luis Guillermo Gómez, donde adujo: *“el doctor Luis Guillermo Gómez señala que cuando se adelantó el proceso de subasta, la supervisión fue motivo de mucho análisis con los equipos de trabajo y cuando el proceso varió a la contratación directa con EPM, se miró con mucho detenimiento la forma como se acomodaría a esa negociación (donde está hablando de la supervisión que Hidroituango debía revisar sobre el contratista) En esta negociación surge variación en los elementos esenciales como los riesgos, que en la subasta los asumía en su mayoría el subastador, (o sea, Hidroituango, agrega la defensa) y en la negociación con EPM la situación es diferente por cuanto Hidroituango asume ese riesgo, **solo en la construcción**, (enfatisa el señor defensor); eso solo implica que se debe hacer un mayor control sobre el costo final del proyecto lo que se refleja en la propuesta que se ha planteado. De otro lado, expresa que para la administración Hidroituango ha sido complejo en ubicar las negociaciones con EPM en cuanto con ellas se tiene tres posiciones claras, como socio de la empresa, como miembro de la junta y la otra como contratista de BOOMT, lo que significa escenarios diferentes; por eso han considerado que EPM no debe tomar partido en la definición de la forma como se ha de ejercer la supervisión, sino que lo debe hacer la sociedad de forma independiente, determinando el alcance de esta supervisión para lo que se deben tener claras las diferencias legales que existen contratista y contratado”*.

Aduce la defensa, que resulta claro, que se quería mantener ese equilibrio obligacional en el contrato y mantener la supervisión del contrato por medio de Hidroituango, lo cual se hizo y así quedó establecido en el contrato BOOMT para transparencia y objetividad en el desarrollo de ese contrato.

Y, sobre este mismo tema, destaca lo que plantea para el momento el gerente de EPM, señala que *“se están exigiendo garantías que ni el BID ni la Banca Multilateral exigirían, el negocio de EPM no es construir la central, empresa, sino operarla, procurando lo que menos cueste, cumpliendo con su funcionalidad. Por esta razón ellos serán los exigentes controladores de que quien construya está sometido a las máximas condiciones de diseño y técnica con el menor costo posible cumpliendo las exigencias contractuales por lo que se adjudique el proceso”*. Entonces, recaba la defensa, cuál es la ilícita actitud de favorecimiento frente a EPM, si el mismo gerente dice que se le están imponiendo unas cargas superiores a las que normalmente se imponen por parte de la Banca Internacional. No hay entonces en dicha acta, prueba de que se configuró un contrato para acomodarse a las necesidades de Empresas Públicas.

En la misma página 7, el doctor Francisco Beltrán agrega que *“para el departamento la sociedad Hidroeléctrica Ituango es una joya, por las expectativas inmensas que se tiene en el gobierno departamental en ella. Entiende la posición del doctor Restrepo en su doble condición de ser socio y contratista o concesionario en ese proceso, pero también debe entender la realidad del IDEA como uno de los socios de Hidroituango que tiene la obligación de hacer la supervisión y se debe buscar una posición justa para las partes que no talle tanto, que incomode, pero que realmente permita a Hidroituango cumplir con la tarea que le corresponde como responsable de administrar los intereses de los socios”*. Dice la Fiscalía, que del acta 110 de la Junta Directiva de Hidroituango se deriva claramente que el aquí acusado, doctor Luis Guillermo Gómez, no permitió que la firma de abogados Prieto y Carrizosa continuara, en tanto, para esta oficina de abogados, era contrario a la legalidad realizar la contratación directa. Esto expresó al respecto, en la prueba 70 de la Fiscalía, acta 108 del 24 de febrero de 2010: *“Informa el doctor Luis Guillermo Gómez que para la próxima reunión de la junta presentarán el avance económico de estos 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 entidad de naturaleza pública como Hidroituango, y ha sido muy difícil que los abogados externos acepten asuntos sobre estos puntos. Esto ha llevado a que finalmente se ha desechado opiniones de ellos que para la administración son inadmisibles, lo que ha provocado un desgaste en el desarrollo del proceso de subasta. Reconoce que son excelentes abogados en el tema*

comercial, pero percibe vacíos en cuanto al derecho administrativo de esencial importancia en este proceso. El doctor Wilson expresa que se han presentado diferencias conceptuales como consecuencia de lo expresado por el doctor Luis Guillermo Gómez. Coincide en la fortaleza de Prieto y Carrizosa en procesos de project feimans y en propiciar mecanismos para facilitar la llegada de inversionistas, pero a criterio de los abogados Hidroituango, se aprecia debilidad en la aplicación de normas de derecho público, esenciales para la defensa de los intereses de una sociedad, que como Hidroituango tiene más del 99% proveniente de Empresas 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 la reforma al objeto social que provocó el desgaste de la asamblea extraordinaria, dos reuniones con accionistas, al igual que la propuesta de una sociedad 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 iniciada con la estructura clásica de BOOMT, que sucesivamente cambiaron por la de usufructo de acciones, cuentas de participación y negociación competitiva. Todo lo anterior en contravía de los conceptos de los integrantes del equipo jurídico de Hidroituango, que coincidían en que la más conveniente para los intereses de la sociedad, es la concesión privada o BOMT clásico. Todo esto implicó, además de diferencias conceptuales un desgaste innecesario en tiempo y en esfuerzo en el desarrollo del proceso de la subasta. Agrega que, en razón de las normas legales y estatutarias, el líder natural de todo proceso y quien debe tomar la decisión de estas disyuntivas es el gerente de la sociedad”.

Argumenta la defensa que del contenido del acta no se desprende objetivamente ninguna inferencia en torno a que para la oficina de Prieto y Carrizosa era contrario a la legalidad que se realizara una contratación directa. Al contrario, lo que se manifiesta es que su experticia era precisamente en mecanismos de contratación directa a través del derecho comercial y las falencias se observaban en el conocimiento del derecho administrativo, que para los abogados de Hidroituango naturalmente era importante. O sea, que es falso, contrario a la realidad, plantear que se cambió la firma de abogados de Prieto y Carrizosa, para poder facilitar la contratación directa entre Hidroituango y EPM.

Los anteriores son los análisis que hace la defensa del doctor Luis Guillermo Gómez frente a la valoración de las actas presentadas en los alegatos de conclusión por parte de la Fiscalía, donde se desmiente, con una inferencia razonable, con una sana crítica, la valoración de estos medios de prueba, como indiciarios de una actitud dolosa por parte del doctor Luis Guillermo Gómez en la intención y conocimiento de realizar un contrato contraviniendo los deberes de la contratación establecidos en la ley.

Plantea la Fiscalía que el doctor Luis Guillermo Gómez tercerizó la selección de la banca de inversión y finalmente no atendió las recomendaciones de la banca Internacional. Sin embargo, dice, no hay ningún medio de conocimiento que permita afirmar que el doctor Luis Guillermo Gómez no atendió dichas recomendaciones. El contrato BOOMT es la expresión de todo el análisis técnico de la banca internacional en compañía de una firma de abogados, que tenía como labor vaciar todas esas recomendaciones técnicas de la banca internacional ya en una semántica jurídica y en unos criterios legales conforme a la legislación colombiana. Estima la Fiscalía que se desatendió los conceptos y la asesoría de la banca internacional porque se contrató de manera directa. En ningún momento la banca internacional exigió o estableció que esto tenía que realizarse a través de la oferta pública. Agrega que, la Fiscalía interpreta la posición del doctor Juan Guillermo en torno a que no era necesario continuar con la banca internacional para la negociación directa, lo cual no es atendido por la junta y ésta precisamente, buscando esa objetividad en el contrato BOOMT, la necesidad de mantener una asesoría con la banca BNP Paribas, para poder intercambiar en esa relación bilateral con la banca internacional de Empresas Públicas. Y, además de ello, se contrata a una tercera banca – Inverlink, dirigida a mediar cada una de las cláusulas para mantener ese equilibrio económico entre las partes.

Continúa la defensa arguyendo que, con clara violación al principio de congruencia, se advierte que, en la intervención final de la Fiscalía, se le amplía los cargos, la acusación al doctor Luis Guillermo, porque por primera vez, se plantea que en esa presunta violación de la ley en la contratación directa con EPM, violó el principio de planeación, en tanto que hubo la necesidad de contratar nuevamente a la banca Internacional ya para esta negociación privada. Que en la dinámica de estas relaciones contractuales –explica la defensa-, esas variaciones son normales, por el contrario, de ir en contra de los principios de la función pública, van precisamente

a garantizar los principios de planeación y de selección objetiva, porque toda esa asesoría de la banca internacional iba era en pro del interés general, de lograr la configuración de un contrato que satisficiera el interés general, el logro del desarrollo de esa central hidroeléctrica.

También plantea la Fiscalía que esa discriminación positiva a favor del estado es inaceptable y trae la sentencia C 932 del 2010, que realmente nos habla de unas discriminaciones positivas distintas a las contractuales del sector público; refiere a la discriminación positiva de género, lo poco tiene que ver con lo que acá se viene planteando, pues lo que ha sostenido la defensa es que el estado en ejercicio de su función, la satisfacción de la prestación de servicios públicos para la comunidad; no está obligado a entrar en una libre concurrencia con en el sector privado, porque es su función, pues ya se había dicho que es un exceso del liberalismo económico limitar al estado en ejercicio de su función natural para que decline a favor de los entes privados. Las entidades públicas que intervinieron en esta contratación privada, lo hicieron en ejercicio de esa función estatal, el deber de garantizar la prestación del servicio público de energía, propiamente en esa función de generación y, en esta función el estado actuó con plena autonomía legal y constitucional en un contrato interadministrativo, para lo cual no tenía que garantizar la intervención de entes internacionales de carácter privado. En el ejercicio de su función natural las entidades públicas convinieron, como bien lo dice la Fiscalía, en un Joint Ventures, en un Project timer, hay un acuerdo de estas entidades públicas, entre los socios de Hidroituango para la satisfacción de un servicio público – la generación de energía -.

Se pregunta la defensa: qué interés hay en la fiscalía, haciendo la salvedad que no lo hace en nombre de la señora delegada Fiscal, máxime que asumió el proceso cuando ya existía una acusación y está en la medida de lo posible manteniendo esa pretensión punitiva que no tenía una causa probable desde el momento mismo de la imputación realizada. Pero si hay interés, recordando una rueda de prensa donde apareció indignado el Fiscal General manifestando que aquí se había violado el principio de libre concurrencia, el principio de selección objetiva, porque se había dejado de contratar a unas empresas internacionales de carácter privado, donde inclusive manifestó el señor Fiscal que estaba Odebrecht; invitando a la audiencia a imaginar en ese curso causal hipotético si se hubiera contratado a esta empresa, en qué estaríamos hoy.

De tal manera que dicha contratación, es a todas luces lícita en el ejercicio de la potestad estatal de garantizar los servicios públicos como la generación de energía.

Remata su intervención, con una consideración en torno al concepto del derecho adversarial que caracteriza a nuestro sistema procesal. La representación de esa confrontación entre la acusación y la defensa, la cual no puede diluir el deber constitucional de la Fiscalía General de la Nación como órgano jurisdiccional de propender por una administración de justicia objetiva, de acuerdo como lo plantea la norma rectora de nuestro sistema procesal consagrada en el artículo 27 *“Moduladores de la actividad procesal. En el desarrollo de la investigación y en el proceso penal, los servidores públicos se ceñirán a criterios de necesidad, ponderación, legalidad y corrección en el comportamiento para evitar excesos contrarios a la función pública, especialmente la justicia”*.

Que, desafortunadamente está haciendo carrera en contra de nuestra tradición jurídica, una posición donde la Fiscalía se circunscribe a presentar una tesis acusatoria con el objetivo de persuadir al juez sobre la conveniencia o probabilidad de su tesis, a espaldas de la verdad histórica sustentada en poderes. La objetividad e imparcialidad en la investigación penal, no puede perderse ni diluirse bajo una mala concepción del principio de adversariedad. Con ello se ve con frecuencia que la Fiscalía dice que es un abogado o abogada que representa al Estado, y que tiene como función llevar una tesis, que la defensa, si tiene medios de prueba que representen una tesis contraria, pues la debe presentar ante el juez y ahí, procederse entonces a cumplirse esa función adversarial procesal, esa Litis. Pero, que no debe hacer ninguna valoración integral la Fiscalía, se satisface entonces con la pretensión o se satisface más bien con la selección de la prueba que sustenta su tesis, a pesar de que con ello desdeña una serie de medios de prueba que le están indicando lo contrario, la atipicidad de la conducta.

Al respecto, reitera que no puede dejarse en el pasado esa tradición jurídica que garantizaba que la investigación fuera integral. Es un deber constitucional, según lo plantea el artículo 250 superior, según la cual la Fiscalía está obligada a adelantar la investigación penal por la comisión de un delito, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posibilidad de existencia del mismo; lo que implica una investigación integral, una valoración tanto

de la prueba que soporta una hipótesis y la prueba que la refuta, para decir si se imputa o no una conducta a un ciudadano.

Para evitar esos excesos en el ejercicio del *ius ponendi*, teniendo en cuenta que nuestro sistema procesal no contempla un control sustancial de la acusación, como tampoco de la imputación, por lo que cualquier imputación y acusación de la Fiscalía llega a juicio, por más parcializada y subjetiva que sea.

Finalmente, solicita se absuelva de toda responsabilidad penal al doctor **LUIS GUILLERMO GÓMEZ ATEHORTÚA** de haber realizado la conducta punible de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, en el contrato BOOMT realizado en representación de la sociedad Hidroituango Sociedad Anónima Empresa de Servicios Públicos con la sociedad EPM Ituango Sociedad Anónima Empresa de Servicios Públicos filial de la matriz, Empresas Públicas de Medellín, en tanto dicho contrato se realizó respetando los principios de transparencia y selección objetiva en cada uno de los elementos que integran la legalidad del contrato.

La defensa del procesado LUIS JAVIER VÉLEZ DUQUE, doctor JORGE ANÍBAL GÓMEZ

Para la defensa del procesado, doctor **LUIS JAVIER VÉLEZ DUQUE**, es verdad inconcusa, como se desprende de todas las pruebas practicadas en el juicio, que su defendido, no cometió el delito de contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales previsto en el artículo 410 del Código Penal, por el cual fue acusado.

Tal disertación por cuanto la fiscalía no pudo acreditar en lo más mínimo el estándar de conocimiento que para condenar exige el artículo 381 del CPP, y, por el contrario, esta defensa sí pudo desvirtuar por completo la hipótesis delictiva formulada en la acusación. Y, es que para la defensa no cumplió con la promesa de demostrar su teoría del caso, siendo oportuno recordar que los hechos jurídicamente relevantes por los cuales fue llamado a responder penalmente el Dr. VÉLEZ DUQUE se concretaron en la hipótesis delictiva de un contrato cuyo trámite supuestamente no cumplió con los requisitos legales esenciales, para lo cual transcribe lo que tal sentido planteó la Fiscalía en el escrito de acusación:

“(i) se omitió el proceso de licitación o al menos el de solicitud de oferta pública para adjudicarlo, al suspender la subasta pública internacional bajo el único criterio de entregar el proyecto a una empresa de carácter regional que además fuera socia del oferente; y (ii) se suscribió de manera directa con una entidad pública, a pesar de la cláusula de residualidad que opera frente a contratos de generación de energía.”; cargos que constituyen el marco inmodificable de la acusación que pesa sobre su representado, siendo los hechos jurídicamente relevantes, y no de los nuevos o diferentes hechos que trajo la fiscalía en su alegación final, sobre los que debe ejercer la defensa, sin perjuicio de referirse a los desatinos en que incurre la fiscalía al finiquitar sus alegatos conclusivos.

Adujo que, siendo respetuoso con la realidad de los hechos, lo que la fiscalía debió hacer en su escrito de acusación, fue, en primer lugar, cuestionar la conducta del ingeniero Vélez Duque en cuanto a lo que correspondía a su actuar particular, es decir, en cuanto a lo que él hizo, si es que lo consideraba delictuoso, esto es, la suscripción por parte suya de un contrato que a criterio del ente acusador estaba manchado de ilegalidad, y luego en el juicio, acreditar más allá de toda duda razonable que, como representante legal de EPM ITUANGO, consciente y deliberadamente, suscribió un contrato bajo modalidad directa y en contravía de lo que dispone la ley, y a sabiendas de que era menester que el mismo se hubiera tramitado vía licitación u oferta pública, según la teoría de Fiscalía.

Y el punto que destaca, dice el señor defensor, no es de poca monta, porque en los alegatos finales, la fiscalía le ha dicho a la audiencia que la conducta de su defendido es la de coautor del delito de contrato sin el lleno de los requisitos legales, preguntándose ¿coautor de cuál de las tres conductas alternativas que consagra como delito el artículo 410 del CP? Y, si ahora en los bandazos de la Fiscalía el ingeniero Vélez Duque es Coautor, de acuerdo con lo que previene el artículo 29 del C.P. ¿Cuál fue el acuerdo común?, ¿con quién se coaligó? y en ese orden ¿cuál fue la división del trabajo entre ellos para la realización de esa indeterminada conducta?, y ¿cuál en concreto el aporte de su defendido? Nada de eso se dijo en la acusación y menos probó en el juicio la señora fiscal.

Tampoco demostró de forma clara y precisa, estando también a cargo de la Fiscalía, como lo tienen establecido tanto la jurisprudencia constitucional como la penal, que en la celebración del contrato BOOMT se hubieran vulnerado los principios de

transparencia y objetividad, como se planteó en la acusación. Esos dos principios, y no otros más, que la señora fiscal adicionó en su alegato final.

Pero, aunado a dicha deficiencia probatoria, que ya sería razón suficiente para que el juzgado desestime la pretensión punitiva, la defensa, sin que a ello estuviera obligada, porque al doctor **LUIS JAVIER VELEZ DUQUE** lo sigue amparando una presunción de inocencia que fue incapaz de desvirtuar la Fiscalía, la defensa sí pudo demostrar en el juicio, con suficiencia probatoria, que la hipótesis delictiva planteada en la acusación no se corresponde con la realidad del comportamiento de su defendido, ni desde el punto de vista objetivo y mucho menos desde el subjetivo, razón por la cual la decisión a tomar por su despacho no puede ser otra que la absolución del acusado.

Para desarrollar su tesis, anuncia el señor abogado defensor el abordaje de los siguientes puntos que, en armonía con lo expuesto por quienes le han precedido en el uso intervención, le darán completa claridad a juzgado acerca de la inexistencia de delito en la conducta del ingeniero **LUIS JAVIER VÉLEZ DUQUE** al suscribir el contrato BOOMT en representación de EPM ITUANGO S.A. E.S.P., tanto por ausencia del tipo objetivo como del subjetivo, a saber:

(i) El Régimen Legal aplicable a las empresas HIDROITUANGO S.A. ESP y EPM-ITUANGO S.A. E.SP.; (ii) El contrato BOOMT es el producto de un acuerdo interadministrativo entre IDEA y EPM; (iii) En su celebración No se violaron los principios de transparencia ni de objetividad; (iv) Los requisitos para que se dé el tipo penal imputado, esto es, su tipicidad.

1. El régimen legal aplicable a las empresas HIDROITUANGO SA E.S.P. y a EPM-ITUANGO S.A. E.S.P. para la contratación y las consecuencias que de ello se derivan.

Dice que, como punto de partida, hay que empezar por reconocer un asunto total, medular, que ignoró la Fiscalía para de tajo, dejar sin fundamento la acusación. Es una cuestión de puro derecho, que por su naturaleza no es objeto de prueba, pero que aun así quedó verificado en el juicio con sustento en la normatividad aplicable al caso, y este no es otro distinto a que el contrato BOOMT no estaba sujeto a los procedimientos de la ley 80 de 1993, como tampoco a las normas de la ley 1150 de

2007, citadas por la Fiscalía en su acusación, pues tanto la empresa contratante, como la contratista, tienen un régimen especial, gobernado por la contratación privada, que no implicaba la necesidad de una licitación o de alguna otra forma de subasta u oferta pública.

En las alegaciones iniciales manifestó esta defensa que probaría que *“tanto la sociedad HIDROITUANGO S.A. E.S.P. como la sociedad EPM ITUANGO S.A. E.S.P., son empresas de servicios públicos mixtas sometidas a un régimen especial de contratación previsto en las Leyes 142 y 143 de 1994”*.

Y en efecto, dice el señor defensor, durante el juicio se pudo establecer de modo incontrovertible, que, dada la naturaleza jurídica de las dos empresas citadas, su régimen contractual es el del derecho privado, con todas las consecuencias que de ello se derivan, y, muy en particular, el hecho de que no están sujetas a las disposiciones del estatuto general de contratación pública de la ley 80 de 1993, ni a las de la Ley 1150 de 2007.

De ello dan cuenta, entre otros, los siguientes medios de prueba:

En primer lugar, los estatutos que en el caso de la sociedad EPM ITUANGO están contenidos en la escritura pública 893 del 23 de marzo de 2011 (prueba No. 99, incorporada por la Fiscalía,) que, en su artículo 1º, visible al folio 51 y 52, establece: *“ARTÍCULO 1. NATURALEZA Y ACCIONISTAS: La sociedad es una sociedad de naturaleza comercial del tipo de las anónimas, constituida como una empresa de servicios públicos mixta con autonomía administrativa, patrimonial y presupuestal conforme a las leyes de la República de Colombia”*.

Por otro lado, en la misma prueba 99 aparece el Certificado de Existencia y Representación legal de HIDROITUANGO S.A. E.S.P. en el cual se lee:

“Que por escritura pública No. 2309, otorgada por la Notaría 18 de Medellín del 8 de junio de 1998 (...) se constituyó una sociedad comercial de tipo de las anónimas y se constituirá como Empresa de Servicios Públicas Mixta del orden departamental”.

El hecho de que ambas empresas, EPM-ITUANGO S.A. E.S.P y la sociedad HIDROITUANGO SA ESP, se constituyeran como empresas de servicios públicos mixtas -con capital público cercano al 100%- determina un elemento fundamental para la discusión jurídica planteada en este juicio, esto es, que *se trata de una categoría especial de empresas: las empresas de servicios públicos – las E.S.P.-* que pueden ser oficiales, mixtas o privadas (según establece el art. 14 de la ley 142 de 1994), pero que, sin importar la naturaleza pública o privada de su capital, es indudable que sus actos y contratos están sometidos al régimen del derecho privado, de conformidad con lo dispuesto en el art. 32 de la misma Ley 142 de 1994. El artículo 31 de la Ley 142 de 1994 establece:

“RÉGIMEN DE LA CONTRATACIÓN. Los 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.”

Por su lado, el art. 32 de la misma Ley dispone:

“ARTÍCULO 32. RÉGIMEN DE DERECHO PRIVADO PARA LOS ACTOS DE LAS EMPRESAS. *Salvo en cuanto la Constitución Política o esta Ley dispongan expresamente lo contrario, la constitución, y los actos de todas las empresas de servicios públicos, así como los requeridos para la administración y el ejercicio de los derechos de todas las personas que sean socias de ellas, en lo no dispuesto en esta Ley, se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado”*

Del mismo modo, el artículo 8 de la Ley 143 de 1994 dispone:

“Artículo 8o. *Las empresas públicas que presten el servicio de electricidad al entrar en vigencia la presente Ley, en cualquiera de las actividades del sector, deben tener autonomía administrativa, patrimonial y presupuestaria.*

Salvo disposición legal en contrario, los presupuestos de las entidades públicas del orden territorial serán aprobados por las correspondientes Juntas directivas, sin que se requiera la participación de otras autoridades.

Parágrafo: El régimen de contratación aplicable a estas empresas será el del derecho privado. *La Comisión de Regulación de Energía y Gas podrá hacer obligatoria la inclusión de cláusulas excepcionales al derecho común en algunos de los contratos que celebren tales entidades. Cuando su inclusión sea forzosa, todo lo relativo a estas cláusulas se sujetará al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.”*

Y finalmente, el artículo 76 de esta ley 143 de 1994, señala:

Artículo 76. 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 registrarán por las normas del derecho privado.”

Ahora bien, ese régimen de derecho privado se aplica a las actividades de prestación de servicios públicos domiciliarios y a las actividades complementarias, como lo es por ejemplo la actividad de producción o generación de energía eléctrica, que, si bien es parte de la cadena de la prestación del servicio público de energía, es considerada una actividad complementaria, aspecto este último que resulta de importancia en la discusión jurídica que se suscita a raíz de la acusación presentada por la Fiscalía.

Que la generación de energía es una actividad complementaria lo dice claramente el art. 14.25 de la Ley 142 de 1994, que a la vez define qué se entiende por servicio público domiciliario de energía. Dice así esta norma:

“14.25. SERVICIO PÚBLICO DOMICILIARIO DE ENERGÍA ELÉCTRICA. *Es el transporte de energía eléctrica desde las redes regionales de transmisión hasta el domicilio del usuario final, incluida su conexión y medición. También se aplicará esta Ley a las actividades complementarias de generación, de comercialización, de transformación, interconexión y transmisión.”*

Y, en lo atinente al régimen jurídico aplicable a estas empresas, esto es, a las empresas de servicios públicos, las E.S.P., el perito que concurrió a este juicio, el Dr. Carlos Alberto Atehortúa Ríos - quien, como lo demostró en su clara, pedagógica y esclarecedora intervención, es quizá la persona que con mayor amplitud, rigor y profundidad conoce de los asuntos jurídicos relacionados con el régimen de los servicios públicos en Colombia-, sobre el punto dijo en su testimonio pericial:

“(…) La ley 142 se aplica, tanto a los servicios públicos domiciliarios como a las actividades complementarias. Se aplica a los dos, se le aplica a los servicios públicos domiciliarios y a las actividades complementarias.”

Y agregó: *“Y si usted me pregunta cuál es el fundamento? Yo le diría: es el artículo 1° de la ley 142, que dice: Esta ley se les aplica a los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía, gas; y (...) a las actividades*

complementarias descritas en el artículo 14 de la presente ley y a otros servicios que se regulan por la misma”.

De acuerdo con lo anterior, destaca la defensa dos aspectos que deben ponerse de presente. El primero: que el BOOMT, cuyo objeto es la construcción, operación y mantenimiento de la Hidroeléctrica de Ituango, es un contrato en el cual las dos empresas estaban contratando en realidad la ejecución, por parte de EPM ITUANGO, de una actividad de las llamadas “*complementarias*”, esto es, la generación de energía eléctrica a través de la central hidroeléctrica que se construiría, o sea “*algo distinto*” a la prestación del servicio público domiciliario de energía que consiste según la ley 142 de 1994 en “*el transporte de energía eléctrica desde las redes regionales de transmisión hasta el domicilio del usuario final, incluida su conexión y medición*”.

Y el segundo aspecto que se desprende de la explicación del perito es que esa actividad complementaria, objeto contractual del BOOMT, se rige por la Ley 142 de 1994 y, en consecuencia, los actos y contratos de las sociedades contratantes son del derecho privado.

Así, partiendo de las premisas anteriores, es decir, de que se estaba contratando la realización por parte de EPM ITUANGO de una actividad complementaria, el experto Carlos Alberto Atehortúa Ríos fue interrogado de la siguiente forma por el defensor Dr. Santiago Sierra que pidió su testimonio: “*¿Existe esa obligación para la Sociedad Hidroituango en tanto es una empresa de servicios públicos regida por la ley 142 de 1994 y en tanto estaba contratando un servicio público complementario que es la generación de energía, tenía el deber de hacer una selección del contratista en particular, tenía que cumplir unos deberes en particular frente a esa selección del contratista?*”

A lo cual el perito, en forma contundente, respondió: “*No existe en la ley 142 fórmula distinta a decir que es un contrato que se rige por las reglas del derecho privado y esa era la lógica (...)* (1.05.14)

Y a continuación puntualizó el perito: “*porque es que no tendría sentido hacer un esfuerzo tan grande como el que se hizo, sacar una ley como la que se sacó, para*

después decir que se sigue aplicando el derecho público. El esfuerzo era lo otro, el esfuerzo era sacarla del derecho público.”

A su turno, la doctora María Isabel Vanegas, testigo solicitada por él (quien está interviniendo), respondió de la siguiente forma a las preguntas sobre la naturaleza y el régimen jurídicos de los actos y contratos de la sociedad Hidroituango:

“(…) la naturaleza jurídica de Hidroituango, que es una empresa de servicios públicos mixta a la cual, de acuerdo con la Ley 142 de 1994, le aplica el derecho privado para el régimen de los actos y contratos, expresión de la Ley 142, que está ratificada en la sentencia C-736 del 2007 de la Corte Constitucional, sobre eso no hay duda y la Corte Constitucional fue absolutamente clara que las empresas de servicios públicos mixtas no están sometidas al régimen de la contratación pública, porque son empresas de régimen especial. Esto no se nos puede olvidar (...)”

Continúa el doctor Jorge Aníbal, argumentando que además de los anteriores testimonios, que con apego a la ley dejan claramente establecido que el régimen de contratación aplicable a los actos y contratos de HIDROITUANGO SA ESP y EPM ITUANGO SA. ESP, es del derecho privado, también se cuenta con lo que sobre ese punto declararon los abogados Gabriel Jaime Velásquez Restrepo y Mauricio Retrepo Terreros, quienes ratifican al unísono lo que atrás expusieron el perito Carlos Alberto Atehortúa Ríos y la doctora María Isabel Vanegas.

Así, por ejemplo, el doctor Velásquez Restrepo expresó:

“Ambas son empresas de servicios públicos que son una categoría jurídica creada desde la Ley 142 de 1994, que tienen un régimen propio, especial, que, si se quiere llamar mejor, es exceptuado del régimen de contratación pública, es decir, sometidas a un régimen predominante de derecho privado. Repito, así lo dispone la Ley 142 y lo ha ido recogiendo, reiterando al unísono la jurisprudencia y la doctrina especializada sobre la materia desde el año 1994”.

Pero, adicional a los anteriores testimonios, aparecen incorporados al proceso los conceptos de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (allegados al proceso como pruebas 4 y 5, aportadas por la defensa de **LUIS JAVIER VÉLEZ DUQUE**), que ratifican lo ya explicado sobre la naturaleza jurídica y el régimen que gobierna los actos y contratos de las empresas de servicios públicos.

Que, con lo dicho hasta ahora, es claro que existen suficientes razones, soportadas en medios de prueba legal y oportunamente allegados al juicio, para refutar categóricamente, por carecer por completo de fundamento, la siguiente afirmación, contenida en los hechos jurídicamente relevantes de la acusación.

En efecto, en contravía de la normatividad que rige este caso, dice la Fiscalía en la acusación: *“Resulta igualmente vinculante el artículo 2 de la ley 1150 de 2007, que indica que la escogencia del contratista se efectuará por regla general a través de la licitación pública, salvo los casos de selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa que dispone el mismo artículo”*.

Y sumida en el mismo error, agrega más adelante la acusación: *“Además, al momento de su suscripción debió verificarse el acatamiento de lo dispuesto en el artículo 13 de la ley 1150 de 2007, esto es, adjudicarse vía proceso de licitación o al menos de solicitud de oferta pública”*

Enfatiza el señor defensor, que como ya se demostró paladinamente, la Ley 142 de 1994 es una *ley especial* que regula de forma especial el régimen de contratación aplicable a las empresas de servicios públicos, y esa *especialidad* consiste en que *el régimen de sus actos y contratos es de derecho privado*, y no el que señala la ley 1150 de 2007, que es una ley reformativa de la ley 80 de 1993, y por tanto hace parte del estatuto general de contratación pública, el cual, por lo ya explicado, no es aplicable ni a HIDROITUANGO SA ESP, ni a EPM-ITUANGO S.A. E.S.P., entidades cuyo régimen jurídico y contractual tienen una regulación especial, propia del derecho privado, en virtud de lo dispuesto en los artículos 31 y 32 de la Ley 142 de 1994, y los artículos 8 y 76 de la Ley 143 del mismo año.

En ese contexto resulta pertinente y oportuno, a modo de conclusión de este primer apartado, la siguiente explicación de la doctora María Isabel Vanegas, reputada jurista y testigo de la defensa:

“Entonces, en estas empresas que son sociedades por acciones, ¿quién toma la decisión de dar las pautas o las reglas para contratar? es su Junta Directiva, y la Junta Directiva de Hidroituango adoptó un estatuto de contratación en el cual existe

la contratación directa entre entidades públicas, es decir, desde el primer día, sin siquiera sacar precalificación ni nada, Hidroituango pudo salir a contratar con EPM”.

2. El acuerdo entre el IDEA y EPM, que es el precedente del contrato BOOMT, es un acuerdo interadministrativo.

Como segundo acápite de esta alegación, dice que también quedó desvirtuada la afirmación contenida en los hechos jurídicamente relevantes de la acusación, según la cual, la celebración del BOOMT debió someterse a licitación pública en virtud del art. 55 de la ley 143 de 1994, señalando que este nuevo error de la Fiscalía se fundamenta en que soslaya el hecho de que el acuerdo entre el IDEA y EPM, que es el precedente del contrato BOOMT, es un acuerdo interadministrativo, cuya legalidad es indiscutible, como muy bien lo explicó el apoderado del IDEA en su condición de víctima, doctor Jaime Andrés Cuartas en su intervención.

Como se indicó, en los alegatos de apertura: *“El grave error en el que incurre la Fiscalía en este aspecto, consiste en confundir el contrato BOOMT con el contrato de concesión para la prestación de servicios de que trata el artículo 55 de la ley 143 de 1994, citado por la fiscalía, el cual regula las concesiones, pero cuando las mismas son otorgadas por la Nación, por los departamentos o por los municipios o los distritos”. Es decir, la norma invocada por la Fiscalía se refiere y aplica es a entidades territoriales, pero en manera alguna alude o regula contratos celebrados entre empresas de servicios públicos domiciliarios para prestación de actividades complementarias.*

Que, finiquitado el juicio, la defensa ha podido llevar al conocimiento del fallador la verdad de las afirmaciones plasmadas en su teoría del caso, dejando por contera demostrado que las aseveraciones de la Fiscalía para criminalizar la conducta del doctor Vélez Duque devienen completamente desatinadas, en particular esta que soporta en una norma -el artículo 55 de la ley 143 de 1994- que nada tiene que ver con el contrato que se reprocha como ilegal.

En la teoría del conocimiento, esta clase de argumentación se conoce como una falacia de atinencia, más concretamente como un sofisma de *“conclusión inatinerente”*, que no puede llevar a engaño al juzgado. El BOOMT no es un contrato de concesión de servicios públicos domiciliarios, y menos suscrito con un órgano de

la rama ejecutiva, bien sea del orden nacional, departamental, distrital o municipal, que es lo que regula la norma traída a colación por la Fiscalía, y exige para su configuración una licitación o concurso público. El BOOMT es un contrato celebrado entre empresas de servicios públicos domiciliarios para prestación de actividades complementarias al servicio de energía, como es la construcción de una hidroeléctrica, que se tramita por vía directa y mediante un régimen de derecho privado, como ya quedó fehacientemente demostrado.

Al efecto, en su declaración, el perito Dr. Carlos Atehortúa, explicó con claridad diamantina lo siguiente:

“La típica, la verdadera concesión, es esa de la que estamos hablando. Es cuando el Estado, rama ejecutiva del poder público del sector central, habilita un tercero para que ese tercero venga y preste un servicio público habilitado por el Estado. ¿Cómo se llama ese contrato? Concesión”.

Y ante una pregunta formulada a este famoso experto en contratación pública, acerca de si el objeto del contrato BOOMT implicaba la contratación de una actividad de aquellas que requieren de concesión por parte del Estado, al minuto 54 y 08 segundos de la grabación de su testimonio, la respuesta fue tajante y no dejó lugar a duda alguna.

Dijo el Perito:

“Lo que pasa es que, en este contrato (se refiere al BOOMT), lo que entiendo yo, por lo que entiendo, sólo se estaba entregando la generación, solamente se estaba entregando la generación. Lo primero que yo excluiría era la posibilidad de prestar un servicio público domiciliario (...) desde esa perspectiva no presta servicio público domiciliario, olvídese.”

Y si ello es así, como en efecto lo es, es decir, si el objeto del BOOMT no es la prestación de un servicio público domiciliario, resulta absolutamente equivocado hablar de una concesión para la prestación de un servicio público, porque, entre otras cosas, esa concesión solo la puede hacer la nación, el departamento o el municipio, es decir los entes territoriales.

Con fundamento en lo que se acaba de exponer, es bastante claro, que la concesión a la que se refiere el artículo 55 de la ley 142 de 1994, citado por la Fiscalía en la acusación, es la concesión que hace la Nación, el departamento o el municipio para que una empresa pública, mixta o particular, preste el servicio público domiciliario de energía, pero ello de ningún modo puede asimilarse con un acto jurídico en virtud del cual una empresa, en este caso Hidroituango SA. E.SP. suscribe un contrato con otra, EPM-ITUANGO S.A E.S.P. para que esta realice una actividad complementaria (la construcción, operación y mantenimiento de una central de generación de energía).

Pero además, se cae de su peso aquello de que el BOOMT es un contrato de concesión de los previstos en el art. 55 de la ley 142 de 1994, puesto que Hidroituango SA ESP, una sociedad por acciones con capital mixto, no podría otorgarle concesión ni a EPM ITUANGO, ni a nadie, por la potísima razón de que la concesión la otorga el Estado (Nación, Departamento, Municipio, como lo dice claramente el art. 55, citado por la Fiscalía en la acusación) y la otorga para que, por ejemplo, use las aguas públicas o para que utilice el espectro electromagnético, como bien lo explicó el Dr. Carlos Atehortúa en su declaración en este juicio.

Pero lo que en cambio soslaya la Fiscalía es un hecho incontrovertible y debidamente acreditado en este proceso, paradójicamente, con una de las pruebas documentales aportadas por el mismo ente Fiscal, y es el hecho de que el BOOMT surge como consecuencia del acuerdo interadministrativo suscrito previamente entre los dos accionistas mayoritarios de la sociedad Hidroituango SA ESP, a saber, el Instituto para el Desarrollo de Antioquia IDEA (entidad pública del orden departamental) y Empresas Públicas de Medellín (entidad pública del orden municipal), esto es, dos entidades públicas que perfectamente estaban, y están, habilitadas para suscribir este tipo de convenios interadministrativos.

Es que aún bajo la descartada hipótesis de la Fiscalía de que estuviéramos frente a Ley 80 de 1993 o Ley 1150 de 2007, ambas normativas contemplan la posibilidad de que se den convenios-contratos interadministrativos bajo la modalidad de contratación directa, es decir, que entre dos entidades estatales-públicas se pueden celebrar convenios-contratos interadministrativos de manera directa, sin necesidad de acudir y agotar un proceso de selección como la licitación pública u otro semejante.

Transcribe seguidamente los apartes normativos:

Originalmente señalaba la Ley 80 de 1993 lo siguiente en su artículo 24:

“1) La escogencia del contratista se efectuará siempre a través de licitación o concurso públicos, salvo en los siguientes casos en los que se podrá contratar directamente:

a) Menor cuantía para la contratación.

(...)

b) Empréstitos.

c) Interadministrativos, con excepción del contrato de seguro”.

Por su parte, la Ley 1150, que modificó la ley 80 de 1993, en su artículo 2, establece:

“Artículo 2o. De las modalidades de selección: La escogencia del contratista se efectuará con arreglo a las modalidades de selección de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa, con base en las siguientes reglas:

(...)

*“4. Contratación directa. La modalidad de selección de **contratación directa** solamente procederá en los siguientes casos:*

a) Urgencia manifiesta;

b) Contratación de empréstitos;

c) Contratos interadministrativos, siempre que las obligaciones derivadas del mismo tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora señalado en la ley o en sus reglamentos”.

Sobre este tópico, el testigo Gabriel Jaime Velásquez Restrepo, gerente jurídico del grupo EPM, explicó en este juicio:

“El instrumento jurídico adecuado para el propósito era el de la suscripción de un convenio interadministrativo, como quiera que se estaba en presencia de un contrato que vinculaba dos entidades públicas y que por disposición de ley están no solo facultadas sino promovidas para que sus relaciones de coordinación, articulación y promoción de propósitos comunes se instrumente a través de los denominados convenios o contratos interadministrativos...”

En efecto, el documento denominado “*Acuerdo entre IDEA y EPM*” suscrito el **4 de julio de 2010**” (que es la prueba documental 94 de la Fiscalía) es precisamente eso, un acuerdo interadministrativo entre dos entidades públicas, EPM e IDEA, que, según su tenor literal, tiene por “*OBJETO (...) Establecer los términos y condiciones básicas de las 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 integralmente el PROYECTO, es decir, que financie, construya, opere, mantenga y restituya la central hidroeléctrica a HI*”

Entonces, continúa la defensa, como se puede observar con meridiana claridad, este acuerdo celebrado entre dos entidades de capital 100% público, se suscribe, entre otras consideraciones enunciadas en el Acuerdo del IDEA y EPM, según se lee en su texto: “*En cumplimiento del principio de coordinación y colaboración previsto en el artículo 6 de la Ley 489 de 1998, según el cual, las autoridades administrativas garantizarán la armonía en el ejercicio de sus funciones y se abstendrán de perturbar el desarrollo de sus cometidos públicos, las partes se comprometen a que una vez suscrito el presente acuerdo, harán su mejor esfuerzo para lograr que en el término menor de un año se ejecute el objeto del presente Acuerdo (...)*”

Lo anterior demuestra, sin lugar a duda, que el contrato BOOMT fue resultado de *un acuerdo de voluntades entre dos entidades públicas, con el propósito de cumplir los fines públicos y hacer prevalecer el interés general, interés este que en su pretensión punitiva ha desdeñado la Fiscalía en sus consideraciones abiertamente favorables al interés privado de ciertas firmas extranjeras que en principio fueron precalificadas, las cuales, por cierto, nunca reclamaron formalmente lesión alguna a esos intereses particulares.*

El BOOMT, no fue otra cosa que el instrumento jurídico-financiero a través del cual se materializó ese acuerdo de voluntades, se insiste, entre dos entidades públicas, -IDEA y EPM-, que en su condición de socios mayoritarios tomaron la decisión de que uno de ellos, en este caso EPM, se encargaría de la ejecución del proyecto de generación de energía, actividad complementaria, en los precisos términos de la Ley 142 de 1994, regida por el derecho privado. Además, se dejó claro en el acuerdo

que EPM, directa o indirectamente, se encargaría de la construcción, operación y mantenimiento de la hidroeléctrica.

Aquí conviene destacar lo puntualizado en el contrainterrogatorio a que fue sometido el testigo Dr. Gabriel Jaime Velásquez, Gerente Jurídico de EPM.

Se expresó así este calificado testigo:

“ (...) se consideró que se podía celebrar un contrato interadministrativo; que éste no se podía celebrar con una empresa foránea; que esta posibilidad siempre estuvo en la mesa porque es una norma de Ley que antecede estas negociaciones; que conoció de ello porque estas deliberaciones se daban en las Asambleas Generales de Accionistas donde participa EPM; que en algunas de estas asambleas participó inclusive como representante de EPM y en otras asistiendo a quien representaba a EPM; que en estas asambleas fue donde se discutió y se aprobó hacer un contrato interadministrativo”

Se pregunta el doctor Jorge Aníbal Gómez ¿Qué ilegalidad reviste el acuerdo de voluntades entre IDEA y EPM? Ninguna. ¿Por qué habría de afectar el interés general el hecho de que, en vez de entregar semejante proyecto a una entidad privada extranjera, se decidiera, como en efecto se hizo, que lo ejecutara una entidad pública colombiana? Evidentemente el interés general no se afectó; por el contrario, se hizo prevalecer, como bien lo dijo el perito Dr. Carlos Alberto Atehortúa, al señalar:

“Es que el estado tiene derecho a hacer convenios y contratos con el estado mismo, ¿por qué? Porque es que el estado en todas sus manifestaciones sólo existe para una cosa, y es para proteger el interés público y social, y apropiarse, cuando sea posible, del excedente público para redistribuirlo con equidad en toda la sociedad. Eso no lo podemos perder de vista. No lo podemos perder de vista.” (...)

Y a la hora, 47 minutos y 50 segundos de su exposición, se preguntó el perito: *“¿en dónde están la razonabilidad y la justificación? En el reparto del excedente público. Es que, si esa plata se la llevan para el Brasil o se la llevan para Venezuela, o se la llevan para donde se la lleven, para Rusia, para Estados Unidos, se la llevan legítimamente, pero para distribuirla entre ciudadanos y economías distintas”*; amén

de foráneas -agregaría yo-, y con desmedro para nuestra economía y la afectación del interés general.

Del mismo modo, la testigo Dra. MARÍA ISABEL VANEGAS, sobre este aspecto del convenio interadministrativo, esto es, del acuerdo de voluntades entre IDEA y EPM, socios mayoritarios de HIDROITUANGO, puntualizó: “(...) *esto era una negociación entre socios*”. Esos socios -agrega la defensa- eran dos entidades públicas que estaban perfectamente legitimadas y facultadas para suscribir un convenio interadministrativo.

Así pues, dice, queda suficientemente claro, hasta este momento de su intervención lo siguiente: (i) Que el BOOMT fue producto del citado convenio entre dos entidades públicas, dirigido a que una de ellas se encargara de ejecutar el proyecto, y (ii) Que el objeto del BOOMT es la realización de una actividad complementaria como lo es la producción o generación de energía, que se rige por el derecho privado.

De esta manera, queda desvirtuada por completo la fementida necesidad de que, en este caso concreto, forzosamente se tenía que hacer una licitación pública, porque con estricta sujeción a la ley, que se dice violada, era perfectamente posible hacer un acuerdo directo entre las dos entidades públicas socias en el proyecto, para que una de ellas lo ejecutara, utilizando como vehículo el BOOMT, y haciendo prevalecer el interés general que estaban llamadas a promover.

Además, no puede perderse de vista que ese convenio entre entidades públicas, IDEA y EPM, era al mismo tiempo un acuerdo de accionistas, un acuerdo entre los socios mayoritarios, realizado en virtud de la autonomía privada y la bilateralidad que gobierna ese tipo de acuerdos societario-comerciales.

Sin embargo, la fiscalía en su alegato de conclusión, claro está, desde la óptica equivocada de que se tenía que hacer una licitación u oferta pública, puntualizó:

Comenzó su intervención admitiendo que el problema no era el régimen aplicable a Hidroituango y EPM Ituango, dando por sentado que se rigen por el derecho privado. En este punto, entonces, la Fiscalía, a la hora de nona, recogió banderas y cambió la imputación para desconcierto de todos. No obstante, agrega, conviene dejar

claro, e insistir en este aspecto, para mostrar la manifiesta incongruencia entre algunos aspectos de la acusación y los alegatos finales.

En efecto, como se podrá observar, pese a reconocer que se trata de entidades públicas sometidas a un régimen de derecho privado, la Fiscalía pretende que se desconozca que el BOOMT fue producto de un acuerdo de voluntades entre dos entidades públicas socias del proyecto hidroeléctrico, esto es, -EPM e IDEA- que se concretó luego en un contrato, que no es otro que el BOOMT, firmado por dos entidades públicas HI y EPM-Ituango y que no es otra cosa que un contrato interadministrativo suscrito entre dos entidades públicas, modalidad contractual prevista en el ordenamiento jurídico colombiano.

La fiscalía, para sustentar su acusación y ahondar en el cambio de los hechos jurídicamente relevantes expuestos en el escrito de acusación, pretendió mutar la naturaleza de BOOMT en un pretendido contrato de colaboración empresarial, y, de esa manera, sustentar su equivocada hipótesis según la cual, dicho contrato violó los principios de selección objetiva y transparencia -y otros no contemplados en la acusación y que finalmente agrega a sus alegatos- lo que pone en evidencia una vez más la incongruencia con la acusación, hito este que delimita el marco del juicio.

Pretende la Fiscalía, entonces, desconocer el hecho incontrastable de que se trata de un convenio entre entidades públicas y que, a cambio, se acepte su particular interpretación sobre el contrato, a partir de la cual busca convencer a la judicatura acerca de que la forma en que se celebró violó principios de transparencia y selección objetiva.

Resalta que la Fiscalía a lo largo su intervención utilizó de manera fragmentada la prueba documental para acomodarla a su insular interpretación, lo que ilustra así:

- La Fiscalía pretendió en su alegación hacerle creer al juez, que el contrato de Estabilidad Jurídica (prueba 3 de la defensa) y por tanto de beneficios tributarios, celebrado entre la Nación-Ministerio de Minas y Energía y EPM se aplicaba solo a PORCE III y que no se aplicaba, como en efecto se viene aplicando a Hidroituango. Para ello leyó el apartado del contrato en el que se refiere a proyecto Porce III, pero “olvidó” -esperamos que de buena fe-, o mejor, omitió leer el apartado del mismo contrato que señala lo contrario, cuando textualmente dice:

“CLÁUSULA SÉPTIMA: 1. “La Nación se obliga a garantizar al INVERSIONISTA que, durante todo el término de duración del contrato se le continuarán aplicando las normas a que se refiere la cláusula cuarta, consideradas como determinantes de la inversión, en el evento en que tales normas sean modificadas en forma adversa a aquel. 2. Hacer extensiva la garantía a que se refiere el numeral anterior a la totalidad de la actividad de generación de energía del inversionista.”

Como se podrá constatar en la cláusula cuarta citada, la estabilidad jurídica se refiere a un sinnúmero de normas de carácter tributario, lo cual implica beneficios tributarios para toda la actividad de generación de EPM incluyendo, por supuesto, a Hidroituango.

En este punto, es importante tener en cuenta, que este contrato de estabilidad jurídica, que sigue vigente y produciendo beneficios tributarios para toda la actividad de generación de EPM, incluyendo Hidroituango, fue entre muchas otras, una poderosa razón para que aprovechando la existencia de este contrato en cabeza de EPM, los socios del proyecto, que -se insiste – son entidades públicas, hubiesen decidido a través del acuerdo interadministrativo que fuera EPM la que se encargara de ejecutar el proyecto directa o indirectamente, lo cual redundaría en beneficios y ahorro de costos al proyecto, y al final de cuentas se traduciría en la posibilidad de ofrecer mejores tarifas a los usuarios finales.

Y para profundizar en el error conocido en el lenguaje del derecho probatorio como falso juicio de identidad, al apreciar el contrato de Estabilidad Jurídica (prueba 3 de la defensa) a partir de la lectura sesgada con omisión de una de sus cláusulas, incurriendo en esta forma en una distorsión de la prueba, la Fiscalía pretendió descalificar al testigo Dr. Gabriel Jaime Velásquez, porque en su testimonio afirmó, sin dubitación, que el contrato de estabilidad jurídica aplicaba a toda la actividad de generación de EPM, y eso es precisamente lo que dice el contrato, claro está, si se aprecia sin mutilar su contenido, sin alterar lo que dice el prístino sentido del documento, según se acaba de ver.

Adicionalmente, la fiscalía también pretendió descalificar en su alegación a todos los testigos de la defensa con el hirsuto argumento de que tenían vínculos con EPM, como que eran empleados suyos. Pero ¿qué quería la Fiscalía? que la defensa del ingeniero Vélez Duque llamara como testigos de la legalidad del contrato BOOMT a personas que hubieran sido ajenas al trámite del mismo? Contrario a lo que

desatinadamente opina la fiscalía, el hecho de que los testigos de la defensa fueran empleados de EPM es un plus para valorar sus versiones y para darles la condigna credibilidad, en la medida en que son testigos del hecho y en tal virtud tuvieron conocimiento personal y directo de todo lo que expusieron, condición que los habilita como testigos idóneos según lo previsto en el artículo 402 del CPP.

- Por otra parte, en cuanto se relaciona con la fementida oferta pública, y en contra del tenor literal de la invitación pública a precalificar -que no a ofertar, como se ha visto- aportada como prueba a este juicio, etapa en la que finalmente precalificaron siete empresas, entre ellas EPM, la Fiscalía pretende hacer creer a la audiencia que la publicación de los prepliegos por parte de Hidroituango la obligaba a continuar con una supuesta subasta o licitación pública que nunca inició. Sin embargo, por más esfuerzos argumentativos que haga el ente acusador, el tenor literal de la Invitación Pública a Precalificar no da lugar a dudas, y demuestra con meridiana claridad que la precalificación (cuyo objeto era única y exclusivamente verificar requisitos habilitantes de posibles proponentes en una futura y eventual subasta o licitación pública), es una fase o etapa distinta y separada de la segunda que es el llamado a la licitación o subasta, a la cual no solo no estaba obligada la sociedad HI, sino que jamás abrió o convocó, en la medida en que, por la vía de una negociación directa con otra entidad pública, podía contratar directamente la construcción de la hidroeléctrica.

y

En efecto, dice la invitación pública a calificar:

En la “Invitación pública internacional a precalificar del 17 de noviembre de 2009”, en las páginas 2-3, bajo el título de “Advertencia”, se lee, en el párrafo 4, lo siguiente:

(...) “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 cualquier otra”.

Y en el párrafo 9 del mismo documento se reitera: “A pesar de que Hidroituango reciba los Sobres, *no se entenderá que está obligado a adelantar el Proceso o a adjudicar el Proyecto*”.

¿Qué duda cabe de que los proponentes estaban plenamente informados y sabían que la precalificación era una etapa previa (su nombre lo indica: ¿pre-calificación), y que la subasta o licitación era una etapa posterior y contingente o eventual, y en todo caso no obligatoria para HIDROITUANGO?

Por lo expuesto, se cae de su peso la tesis de la Fiscalía de la presunta violación de los principios de la Ronda de Uruguay, pues ellos (los principios) aplican, siempre y cuando se hubiese iniciado una licitación pública.

Por ello, nada tiene de raro que “paralelamente”, según expresión utilizada por la Fiscalía, los accionistas estuvieran buscando alternativas distintas a la de la eventual licitación, pues su objetivo era completamente lícito, plausible y conveniente para el interés público: maximizar las posibilidades de rentabilidad del proyecto (por ejemplo aprovechando el contrato de estabilidad jurídica) a través de una empresa de cuya experiencia y solidez financiera y técnica no cabe la menor duda, como lo demuestra el hecho incontrastable de que fue una de las precalificadas.

Y no se diga que, en esta lista, EPM era la última calificada en un pretendido orden de elegibilidad, porque como lo dijeron los testigos María Isabel Vanegas, Juan Gonzalo Álvarez y lo demuestran las pruebas documentales, ese orden no es un orden jerárquico, de precedencia o elegibilidad, pues si así fuera se tendría que haber asignado un puntaje y es obvio que este no existe, basta verificar los documentos pertinentes, para darse cuenta que no se tuvo en cuenta puntaje alguno que permitiera establecer un orden de elegibilidad, y el hecho de que la firma Odebrecht hubiera sido enlistada más tarde en el cuarto renglón sólo prueba que el orden de precalificación fue completamente arbitrario o aleatorio.

3. No se violaron los principios de transparencia ni de objetividad, como erradamente afirma la Fiscalía en la acusación.

Empieza señalando la defensa del doctor **LUIS JAVIER VÉLEZ DUQUE** que, en la acusación, el cargo relacionado con la violación de los principios de transparencia y selección objetiva con claridad meridiana los hace consistir la fiscalía en el desconocimiento de los numerales 1° del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007, y el N°2 del artículo 5° de la misma ley. Así lo dice textualmente el escrito de acusación:

“Se advierte la afectación al bien jurídico tutelado, esto es, la administración pública, en los términos en los que se ha indicado: una vulneración al principio de transparencia, pues el numeral 1° del artículo 2 de la ley 1150 de 2007 indica que la escogencia del contratista se efectuará por regla general a través de la licitación pública, salvo los casos de selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa que dispone el mismo artículo.

Y continúa la acusación:

“Igualmente, frente al de selección objetiva se hace énfasis, valga la redundancia en la “objetividad” de los criterios de selección. Lo anterior, en consonancia con el numeral 2° del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 los proponentes de origen extranjero no pueden ser evaluados en condiciones diferentes de las que se exigen para los proponentes nacionales, dado que ello desequilibraría el proceso de selección y contraría el sub-principio de favorabilidad el principio de libre competencia.”

Como al rompe puede advertirse de este acápite del escrito de acusación, la fiscalía finca la violación de estos principios en el desconocimiento de unas normas que de ninguna manera aplican para la contratación que cuestiona la Fiscalía, esto es, la Ley 1150 de 2007, como atrás se vio, pues, se reitera, esta es una ley reformativa de la ley 80 de 1993, y por tanto, hace parte del estatuto general de contratación pública, el cual no es aplicable ni a HIDROITUANGO SA ESP, ni a EPM-ITUANGO S.A. E.S.P., entidades cuyo régimen jurídico y contractual tiene una regulación especial, propia del derecho privado, en virtud de lo dispuesto en los artículos 31 y 32 de la Ley 142 de 1994, y los artículos 8 y 76 de la Ley 143 del mismo año. La supuesta violación a los principios de transparencia y selección objetiva están fuera del elenco.

Sobre este acápite, advierte pertinente referirse a un aspecto en el que se observa otro dislate de la Fiscalía, una nueva confusión en relación con lo dicho en la acusación.

En el pliego de cargos se dijo:

“Igualmente, frente al principio de selección objetiva, se hace énfasis, valga la redundancia, en la objetividad de los criterios de selección. Lo anterior en concordancia con el numeral 1° del artículo 5° de la ley 1150 de 2007, los proponentes de origen extranjero no pueden ser evaluados en condiciones diferentes de las que se exigen para los proponentes

nacionales, dado que ello desequilibraría el proceso de selección y contraría el principio de favorabilidad y el principio de libre competencia”.

En este punto, la Fiscalía faltó a un deber elemental pero no menos esencial del derecho probatorio. Y este no es otro que demostrar la verdad de sus aseveraciones. En el escrito de acusación la fiscalía es libre de hacer las afirmaciones que considere pertinentes en orden a configurar un caso penal, pero le resulta ineludible hacerlo con el compromiso de probar que se ajustan a la realidad, y esto es así porque la acusación es sólo el planteamiento de una teoría, de una hipótesis, pero el siguiente paso, y para eso es el juicio que concita el pliego de cargos, es la demostración de los hechos jurídicamente relevantes planteados en ese libelo; dicho de otra manera, el deber de la Fiscalía es, valiéndose de las pruebas legalmente producidas en el juicio, establecer la verdad de las afirmaciones que hace en la acusación. Por consiguiente, no puede ejercer su pretensión punitiva basada en presunciones, suposiciones, especulaciones o sospechas carentes de sustento empírico. Por eso sabiamente el legislador dispuso en el artículo 381 cuál es el conocimiento que necesita el juez para condenar, mandando como un imperativo categórico que *“para condenar se requiere el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio”*. Hace énfasis: *“fundado en las pruebas debatidas en el juicio”*.

No es entonces un conocimiento intuitivo, sino deductivo de las demostraciones empíricas de la fiscalía. Pero esas deducciones tienen que ser el producto de un análisis racional de las pruebas, sujeto a las reglas de la sana crítica, es decir, basado en las reglas de la experiencia y acatando los principios de la lógica, sin incurrir en suspicacias, imaginaciones o especulaciones extrañas a la realidad objetiva; nada de lo cual hizo la fiscalía en el inextricable examen de filigrana sofisticada con que quiso darle valor suasorio o connotación probatoria a lo que no tiene ninguna relación con lo que pretendía demostrar, según con mucha claridad lo develó el doctor Santiago Sierra, poniendo de presente las múltiples falacias, sofismas y especulaciones de la fiscalía.

Dice que el ejercicio probatorio, entonces, implica una labor de verificación en el juicio, por medio del análisis racional de las pruebas legalmente producidas, que son las llamadas a forjar en la mente del juez un conocimiento más allá de toda

duda acerca de la verdad de los hechos afirmados por el fiscal, que encuadran en el injusto penal por el cual el acusado responde en juicio. Por eso, con toda razón se ha dicho que: *“El arte de juzgar es el arte de probar”*.

Y eso fue lo que dejó de hacer la Fiscalía en este caso, tanto en los aspectos que se examinaron en precedencia, como en este tercer punto donde afirma que en la contratación del BOOMT no se cumplió con el principio de selección objetiva, toda vez que esta aseveración parte de premisas completamente equivocadas que la llevan a dar por sentado algo que no es cierto, algo que no ocurrió en el mundo fenomenológico, que parte de un hecho irreal, y, a fuerza de ello, no pudo demostrar en el juicio la verdad de su existencia. Es que, como se ha dicho hasta el cansancio, nunca se abrió una licitación o subasta pública para adjudicar el proyecto de Hidroituango. Y si no se abrió licitación o una subasta pública, no hubo *“proponentes de origen extranjero que fueran evaluados en condiciones diferentes de las que exigen para los proponentes nacionales”*, como con ligereza se afirma en el escrito de acusación, y por lo mismo no era posible desequilibrar un proceso plural de selección que no existió más allá de la suposición o del arbitrario querer de la Fiscalía.

Es que, si bien inicialmente pudo contemplarse la idea de una subasta, ella se consideró como una posibilidad dentro de otras varias opciones, pero finalmente fue descartada, como así se dejó claramente establecido en el juicio con distintos medios de conocimiento. La etapa que sí se surtió fue una precalificación que no era vinculante, y se hizo a manera de sondeo de mercado para configurar una lista de eventuales proponentes en caso de que definitivamente se decidiera hacer una subasta pública; pero esa precalificación no era vinculante, y tampoco estableció un orden de elegibilidad, como ya se ha dicho y mal lo ha entendido la Fiscalía, sino que se trataba de una simple lista de empresas o consorcios, elaborada en un orden aleatorio de compañías que podrían participar en una eventual licitación, se insiste, si esa llegare a ser la modalidad escogida para la contratación, pero al final se acudió a otra dentro de sus competencias y del marco legal.

Basta leer los documentos de precalificación y las distintas actas de Junta Directiva y Asambleas de la sociedad Hidroituango SA ESP, así como revisar los distintos testimonios que se refirieron a ese tema, incluido el de la testigo de acreditación de

la Fiscalía, Ruth Milena Ortiz, para darse cuenta, sin ninguna dificultad, que la subasta pública nunca se inició.

Debe reiterarse, entonces que, si no se inició la subasta, por razones de lógica elemental, no puede afirmarse que a los proponentes extranjeros de una inexistente subasta se les hubiera dado un trato diferenciado. En este orden de ideas, cualquier elucubración respecto de un trato discriminatorio a los supuestos proponentes, resulta irrelevante por sustracción de materia, siendo obligado reconocer que, si no hubo licitación, ni subasta o concurso, a fortiori no hay lugar a hablar de un número plural de proponentes respecto de los cuales se pueda echar de menos un trato igualitario y transparente.

Ahora, en punto a la invitación a precalificar, basta revisar este documento del 17 de noviembre de 2000, junto con sus respectivas adendas, para concluir, sin lugar a dudas, que la invitación no implicaba una obligación para la Sociedad Hidroituango S.A. E.S.P. de abrir una licitación pública. Pero no obstante la completa claridad que sobre este tópico muestran estos documentos, la prueba testimonial que la defensa presentó en el juicio también dio al traste con la teoría de la Fiscalía, desvirtuando incluso que esa precalificación determinara un orden de elegibilidad entre los que concurren a ella, clasificación que dizque dejaría en último lugar a EPM.

Debe advertirse que la famosa precalificación es una etapa para verificar requisitos habilitantes del oferente y no de la oferta. Es una etapa previa de la licitación, como bien lo precisó la procuraduría en su alegación, y lo que prueba en el caso concreto es que EPM cumplió esos requisitos habilitantes y nada más, porque hasta ahí llegó el proceso.

Pero tanto el imaginado poder vinculante de la invitación a precalificar, como el deseado escalafón fueron refutados por los testimonios de la Dra. María Isabel Vanegas y de Juan Gonzalo Álvarez.

Sobre este tópico la abogada María Isabel Vanegas, explicó de forma bastante clara lo siguiente:

“Hidroituango decidió que hacía lo que se llamaba un concurso a dos vueltas. Dos vueltas completamente independientes. La primera vuelta o la primera etapa, era la etapa de precalificación.

“¿Para qué la precalificación? (...)

“La precalificación garantizaba que no íbamos a tener que ir en el proceso a hacer allí evaluación de ofertas en todos los aspectos, sino que ya los que llegaban al proceso (...) era porque cualquiera estaba habilitado para desarrollar el contrato. Entonces eso es lo que yo he llamado fase de precalificación. (...)

Y al ser preguntada: *“¿Usted nos acaba de hablar, de mencionar una expresión, un concurso a dos vueltas, le podría explicar al despacho (...) de manera clara, ¿en qué consiste ese concurso de dos vueltas y cuáles son esas dos vueltas a las que usted se refiere?*

Y al minuto 27 y 26 segundos de su testimonio contestó: *“Si señor. Vea, la primera vuelta o la primera etapa, era la etapa de precalificación, donde se tenía ya más o menos, conocimiento de quiénes estaban en el mercado internacional y quiénes podrían estar interesados en venir a calificar.”*

“Calificar era hacer una lista entre los que quedarán habilitados desde el punto de vista técnico, administrativo y financiero, para poder venir a ofrecer la financiación.” (...)

Al preguntarle a la deponente si cuando habla de siete precalificados, esa precalificación tenía algún orden, algún tipo de prelación, algún puntaje, explicó:

“No señor. No había orden de elegibilidad y, para simplificarle, le digo una cosa, si se hubieran metido los siete nombres en una bolsa y si esa hubiera sido la forma de selección y yo saco de la bolsa o hago la cachiporra (sic), cualquiera hubiera sido el inversionista. Estaban en condiciones de igualdad, porque simplemente habilitaron y tenían los requisitos, cumplían los requisitos.”

Por su parte el testigo Juan Gonzalo Álvarez, respecto de la inexistencia de un orden de elegibilidad, manifestó en el conainterrogatorio de la Fiscalía:

Preguntado: *“El doctor Santiago le preguntaba si hubo un puntaje; usted le contestó que no. ¿Cierto? Y respondió: “Sí. Ranking, creo que no hubo. La precalificación es: pasa o no pasa.”*

Y, el tema del supuesto orden de elegibilidad es importante porque si lo pretendido por la Fiscalía era demostrar que EPM quedó de última en la precalificación, ello supondría en su teoría sobre una violación al principio de selección objetiva, al haberse contratado justamente con la empresa que quedó en el último lugar. Pero para acreditar su teoría la Fiscalía se quedó, como se dice coloquialmente, “*con los crespos hechos*”, porque ese tal orden de elegibilidad no existió, amén de que el inexistente orden de elegibilidad carecería de importancia en este caso, porque el contrato BOOMT no se celebró como resultado de una oferta pública sino como consecuencia de un acuerdo convenio entre dos entidades públicas y por virtud de un contrato interadministrativo.

Con todo, el inexistente orden de elegibilidad, tanto como la añorada licitación o subasta pública con pluralidad de concursantes carecen de relevancia a la hora de juzgar si la tramitación del contrato BOOMT fue transparente, pues, independientemente de que el mismo se realizó de acuerdo con las normas especiales del derecho privado que le eran aplicables, la selección del contratista también fue objetiva, y lo fue incluso en los términos que se exigen para la contratación según la ley 80, que como se ha dejado claramente establecido no le era aplicable. Y esto es así, de acuerdo con la sentencia del 7 de marzo de 2011, de la sección tercera del Consejo de Estado, con ponencia del Magistrado Enrique Gil Botero, fallo en el cual, al referirse a los procesos de selección distintos a la licitación pública, y respecto a la objetividad de la escogencia del contratista, afirma que:

“...Simplemente, se exige la que admite y cabe en el proceso simplificado que la ley y el reglamento establecieron. Esto es, se requiere, por ejemplo, que el contratista elegido no lo sea por razones políticas, o de amistad, o de recomendación basada en criterios caprichosos sino en motivos como la buena calidad del trabajo, la experiencia profesional reconocida, la imagen pública de su actividad profesional, entre otros factores objetivos y criterios de valoración profesional que alejan la arbitrariedad, la subjetividad y el capricho de la selección del contratista cuando se escoge de forma directa”. (hasta aquí el Consejo de Estado).

Entonces se equivoca nuevamente la Fiscalía cuando pretende hacerle creer al juzgado, que la única manera de cumplir con los principios de la función administrativa es con la concurrencia plural de proponentes, pues eso sería tanto como desconocer que la celebración directa también es una forma legítima de

contratación del Estado, máxime si esta es a través de un convenio interadministrativo.

Claro está, en este caso, por ser perfectamente viable la contratación directa conforme a ley, ello no significa que se pudiera seleccionar arbitraria o caprichosamente a cualquier contratista, sin importar si cumplía o no los requisitos mínimos de experiencia y capacidad técnica y financiera para ejecutar un proyecto de semejante envergadura como es el de la construcción de la central hidroeléctrica de Hidroituango.

Pero la verdad incontrastable es que EPM fue una entre las siete que clasificaron en la precalificación, o como diría el testigo Juan Gonzalo Álvarez una de las que “pasó”, y con ello ya quedaba claro que cumplía los requisitos que la acreditaban como potencial contratista del proyecto. Tero tampoco debe perderse de vista que su selección como contratista se produjo en virtud del acuerdo entre los socios y por la vía del convenio interadministrativo que se materializó en el BOOMT, y que ese procedimiento de selección nada de ilegal tenía, pues la licitación pública era una opción, pero no una obligación.

Empero, por si faltaran motivos para demostrar la objetividad en la selección de EPM Ituango para la contratación por la vía directa, hay que advertir que dicha escogencia no fue en manera alguna caprichosa, arbitraria o sin considerar las capacidades del contratista, porque la Garantía de Casa Matriz (Prueba No. 2 de la defensa del Dr. Luis Javier Vélez) y el Contrato de mandato (Prueba No. 1 de esta misma defensa), en virtud de lo cual EPM (como casa matriz) prestaba a EPM-ITUANGO (su filial) todo el apoyo técnico, jurídico, de personal, administrativo, financiero y de experiencia, se constituyen en evidencias adicionales de que el acuerdo interadministrativo no fue caprichoso o arbitrario, sino que obedeció a la indudable capacidad, experiencia y músculo financiero de EPM para acometer la ejecución de obras de la magnitud de Hidroituango, como exitosamente ha construido otras de similar naturaleza para bien de todo el país, no sólo para Medellín o para Antioquia.

Al respecto, conviene recordar lo establecido en el documento Garantía de Casa Matriz, donde se lee: “Objeto. Mediante el presente documento, EPM se obliga frente a Hidroituango a: (...) “Garantizar solidariamente el cumplimiento de todas y cada una de las

obligaciones dinerarias del contratista adquiridas en virtud del contrato, incluyendo, pero sin limitarse, las obligaciones de pagar las cláusulas penales de apremio y remuneración previstas en el contrato.

“(...) Garantizar solidariamente la obtención de los recursos necesarios para la debida ejecución y funcionamiento del proyecto, lo cual incluye los recursos de deuda y/o de capital que sean necesarios para que el contratista cumpla con cualquier obligación derivada del contrato.

“(...) Transmitir al contratista sus conocimientos en relación con el desarrollo del proyecto, prestar asesoría técnica y operativa al contratista, y en cuanto resulte necesario, suministrar el personal calificado para la ejecución del proyecto y el cumplimiento de las obligaciones previstas en el contrato.”

Cabe precisar que estas obligaciones adquiridas en la Garantía de casa matriz se materializaron, de manera detallada y precisa, en el contrato de mandato ya mencionado.

Como puede observarse, EPM con su experiencia, trayectoria y capacidad financiera estaba respaldando en todo y por todo a su filial EPM-ITUANGO, que se creó como un vehículo para poder aspirar a obtener beneficios de zona franca, aumentando con ello la eficiencia financiera del Proyecto. Pero si la zona franca no se obtuvo, ello no desdibuja el hecho de que EPM estaba honrando su compromiso, surgido en el acuerdo interadministrativo, de ejecutar el proyecto directa o indirectamente.

Esa garantía de Casa Matriz explica algo que pareciera que a la Fiscalía le resulta extraño, y es el hecho de que los funcionarios de EPM eran, a la postre, los que realizaban las actividades en EPM ITUANGO. Pero eso precisamente era lo que se ofrecía con la Garantía de Casa Matriz y lo que se pactó en el contrato de mandato entre EPM-ITUANGO y Empresas Públicas de Medellín cuando se buscó ejecutar el proyecto con una filial o empresa nueva, como condición para aminorar los costos, beneficiándose de una zona franca que como empresa de vieja data no podía conseguir la matriz EPM, según las regulaciones de la DIAN.

Para terminar con este tercer punto relativo a que no se violaron los principios de transparencia, ni de objetividad, como erradamente afirma la Fiscalía en la acusación conviene hacer énfasis en que también quedó demostrado, sin duda alguna, que a la precalificación concurrió un buen número de proponentes, y de

esos precalificaron siete, con lo cual quedaron habilitados para participar en una eventual subasta pública. Pero como bien lo dijeron los testigos, y también consta en los documentos aportados a este juicio, no existía la obligación por parte de la sociedad Hidroituango S.A. ESP de abrir una subasta pública, y bien podía, como en efecto se hizo, no iniciarla y optar por el mecanismo del acuerdo interadministrativo entre IDEA y EPM, que se materializó con la firma del BOOMT.

Y como atrás se anotó, así se les hizo saber a las empresas precalificadas en el documento aportado al juicio, denominado *“Invitación pública internacional a precalificar del 17 de noviembre de 2009”*, donde en las páginas 2-3, bajo el título de *“Advertencia”*, se lee, en el párrafo 4, lo siguiente que es bien revelador de que el llamado a precalificar no era vinculante, y no otorgaba otro derecho a los interesados distinto a ser tenidos en cuenta para continuar el proceso en caso de optarse por una subasta o licitación pública.

Recuérdese que en la *“Advertencia”*, respecto de la cual la Fiscalía guarda un piadoso silencio, se lee:

(...) “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 cualquier otra”.

Y en el párrafo 9 del mismo documento se precisa aún mejor dicha advertencia, cuando se expresa: *“A pesar de que Hidroituango reciba los sobres, no se entenderá que está obligado a adelantar el Proceso o a adjudicar el Proyecto”.* Más claro y transparente, imposible.

4. De los requisitos para estructurar el tipo penal imputado.

Concluye que en este caso brillan por su ausencia.

Que, al respecto, ha dicho la Corte Suprema de Justicia que en el delito de celebración de contrato sin cumplimiento de requisitos legales esenciales se pueden distinguir aquellos atinentes a la fase de tramitación, de los que son propios de la celebración o de la liquidación del contrato. Así, son Previos a la celebración: la

competencia, autorización, existencia de rubro presupuestal y selección del contratista; Concomitantes a la celebración: El Contrato escrito, cláusulas que correspondan a la naturaleza del contrato, cláusulas obligatorias, constitución y aprobación de garantías y firma del contrato por las personas autorizadas; Son Requisitos posteriores a la celebración: La Aprobación por la entidad competente y la publicación. (lo anterior, según la sentencia 16.066 del 6 de octubre de 2004. MP. Edgar Lombana Trujillo)

Para el caso que ocupa la atención en este juicio, el requisito que echa de menos la Fiscalía se refiere a realización del procedimiento contractual que conforme a la ley corresponda (licitación pública, contratación directa etc.). Es decir, según la acusación, el requisito presuntamente incumplido tendría que ver con el mecanismo de selección del contratista, en suma, un requisito que hace parte de la tramitación del contrato.

Así las cosas, cabe preguntar: ¿corresponde al contratista, en este caso a quien suscribe el contrato a nombre de la empresa contratista, vale decir a su defendido el doctor **LUIS JAVIER VÉLEZ DUQUE** en su calidad de representante de EPM-Ituango, verificar que el contratante hubiera realizado el procedimiento previo de selección prescrito en la Ley? La respuesta tiene que ser negativa, porque el deber de observar la normatividad legal en la fase de tramitación del contrato corresponde al contratante y no al contratista, toda vez que el potencial contratista no tiene, ni fáctica, ni jurídicamente, la posibilidad de interferir en las actuaciones del contratante en esa fase previa a la celebración del contrato, concretamente en el mecanismo de selección del contratista.

Pero si en gracia de discusión se admitiera que también es una responsabilidad del contratista, para este caso concreto, si se revisan las actas de Junta Directiva de EPM (en especial las actas 1518 de 4 de mayo de 2010, 1520 de 2010, 1521 de 2010, 1522 de 2010, 1525 de 2010), en las cuales se informó a la Junta Directiva sobre los asuntos relacionados con la negociación directa entre el IDEA y EPM, se podrá constatar que en esas reuniones no participó, ni intervino, ni opinó el ingeniero **LUIS JAVIER VÉLEZ**, sencillamente porque no era miembro de la Junta, y tampoco participó en las negociaciones del BOOMT.

Entonces, agrega el señor abogado defensor, que basta con observar las intervenciones del ingeniero **LUIS JAVIER VÉLEZ** que cita la Fiscalía en su alegato respecto a su participación como invitado en algunas reuniones de la Junta Directiva de Hidroituango que constan en las actas 119, 120 y 121, para darse cuenta, sin mucho esfuerzo, que se trata de intervenciones en aspectos puramente técnicos y de ingeniería que constituyen su profesión y experticia y que nada tienen que ver con los asuntos contractuales o con las negociaciones previas a la suscripción del BOOMT en la que no tuvo ninguna participación. Esto incluso se advierte en la línea de tiempo presentada por la testigo de acreditación de la Fiscalía, Ruth Milena Mendoza.

Si lo anterior es así, como en efecto lo es, no puede atribuírsele responsabilidad penal a mi defendido por el hecho ajeno. Esto, por supuesto, si se llegara a admitir en gracia de discusión que esas negociaciones directas revestían alguna ilegalidad. Pero lo cierto y relevante es que el ingeniero **LUIS JAVIER VÉLEZ DUQUE** no participó de esas negociaciones y, por tanto, en un derecho penal de acto que rige nuestro sistema punitivo, no puede imputársele responsabilidad por hechos y circunstancias que escapaban por completo a su dominio, control o manejo.

Pero a contrapelo de lo que dijo su única testigo, la señora fiscal en el alegato de audiencia insistió en que Vélez Duque dizque participó en las Juntas directivas en la preparación del contrato, y para ello cita algunas actas. Pero veamos cómo nuevamente se tergiversa la prueba para probar un hecho que no ocurrió.

Lo que la Fiscalía hace, no es otra cosa que leer de manera fragmentada unas actas que si de algo dan cuenta es de dos hechos incontrastables: El primero, que las Juntas Directivas de HI citadas por la Fiscalía en sus alegatos en las que participó como invitado el ingeniero Vélez Duque estaban centradas en aspectos puramente técnicos del proyecto; el segundo, que esas participaciones fueron posteriores a la fecha en la que ya se había aprobado por la Asamblea de Accionistas de HI la escisión que dio lugar a la creación de EPM ITUANGO (sociedad espejo de propósito específico). En efecto esa aprobación se produjo en Asamblea del 27 de octubre de 2010 según consta en acta aportada por la propia Fiscalía a este proceso, y nótese que las participaciones citadas por la Fiscalía datan de noviembre de 2010 en adelante, es decir al mes siguiente, cuando ya se había materializado el acuerdo entre los accionistas precedido de una larga negociación de varios años

como se ha acreditado en este juicio; negociaciones en las que nada tuvo que ver el ingeniero Vélez y quizás por ello la Fiscalía afanosamente trata de encontrar alguna participación del ingeniero Vélez citando unas actas posteriores a esa negociación (que por lo demás como también se demostró ya en este juicio nada de ilegal tuvieron).

Las actas de las que la Fiscalía pretende en forma sesgada, y francamente inconducente, deducir un conocimiento de todo el proceso precontractual que finalmente dio lugar al BOOMT, que, no olvidemos, data de varios años atrás, las valora así la defensa:

PRUEBA 79 DE LA FISCALÍA. Acta 118 del 24 de noviembre de 2010 de Junta Directiva de Hidroituango:

Allí consta que:

“El Dr. LUIS JAVIER VÉLEZ DUQUE representante designado para la sociedad dice que se está contratando es lo tradicional de obras que monitorean los tres aspectos: calidad de las obras, cronograma y costo de inversiones”

Como puede verse, el ingeniero Vélez Duque se está refiriendo a un asunto puramente técnico, relacionado con la interventoría de las obras. ¿Qué tiene eso que ver con el BOOMT por cuya suscripción se le ha sometido injustamente a este juicio? ¿Qué relevancia tiene respecto de la fase precontractual del BOOMT y las negociaciones que lo precedieron? Solo el afán de sostener una acusación infundada puede permitir especulaciones como las que hace la Fiscalía respecto a esta intervención del ingeniero Vélez en esta Junta de Hidroituango.

Otra acta citada por la Fiscalía:

PRUEBA 80 DE LA FISCALÍA. ACTA 119 del 22 de diciembre de 2010 de la Junta Directiva de Hidroituango:

Consta allí que:

“...Con respecto a la inquietud del Dr. Santiago Piedrahita, sobre la responsabilidad del sostenimiento de los taludes, el Dr. Luis Javier Vélez expresa que el Proyecto es el responsable de las vías hasta que se termine. En el caso de la vía que va de Puerto Valdivia al sitio de presa, recuerda que es una vía ciega, de propiedad del proyecto, y en la medida en que se bajen las especificaciones al diseño original de la vía, se incrementarán los costos de mantenimiento”

De nuevo, solo una interpretación espuria o “fantasiosa”, como la denominó el defensor que lo antecedió en el uso de la palabra, puede dar lugar a que se infiera de que una participación del ingeniero Vélez Duque, dando respuesta a una pregunta técnica referida al mantenimiento de unos taludes, es una prueba que permite demostrar que conocía ese supuesto acuerdo o esa supuesta puesta en escena, que según la Fiscalía constituyó toda la etapa precontractual del BOOMT.

Otra acta citada por la fiscalía para probar el conocimiento y participación de su defendido en el trámite del contrato:

PRUEBA 81 DE LA FISCALÍA. Acta 120 del 26 de enero de 2011

Dice el acta:

“b. El Dr. LUIS JAVIER VÉLEZ DUQUE hace presentación del informe de seguridad en la zona del proyecto:

“Parte de la declaratoria de utilidad pública de 2008

Recuerda que hay once municipios impactados por el proyecto: Briceño, Buriticá, Ituango, Liborina, Peque, Sabanalarga, San Andrés de Cuerquia, Toledo. Yarumal, Olaya y Santafé de Antioquia y con Puerto Valdivia serían doce.

Se moverá población de Barbacoa y Oro Bajo. También se ha impactado gente por las vías que se construyen y por la línea de transmisión de una vereda en Yarumal (...)

Se ha implementado la siguiente estrategia para la protección de los predios:

-Contratación de las organizaciones comunitarias de la zona para la administración de los predios

-Contratación de vigilancia privada en los predios del proyecto con la compañía de vigilancia de EPM

-Contratación de un grupo de abogados externos contratados por HI coordinado por dos abogados de EPM, como soporte jurídico para el restablecimiento de los predios.

“Manifiesta que hay excelente colaboración de los alcaldes de la zona. Destaca el aporte del Señor Gobernador y el Secretario de Gobierno Departamental, quienes están alineados totalmente con la protección del proyecto, agrega.”

La Fiscalía en su alegación final se aferra a este último párrafo en su desesperado intento por convencerlo a usted, señor Juez y, sacándolo de contexto, pretende hacerle entender que el aporte del Gobernador y el secretario de Gobierno se refieren al BOOMT, cuando es evidente que, en el acta leída, de lo que se habla es de un problema concreto y preciso: la seguridad física de los predios del proyecto, y eso NADA, absolutamente nada tiene que ver con el BOOMT.

Para rematar, la Fiscalía cita la PRUEBA 82 DE LA FISCALÍA. Acta 121 del 16 de Febrero de 2011 de la Junta Directiva de Hidorituango, admitiendo que allí estaba como invitado el Dr. Vélez y que por estar allí como invitado, aunque no hubiera intervenido, eso también sirve para mostrar que estaba al tanto de toda la fase precontractual.

Todo lo anterior demuestra a todas luces, señor Juez, un intento desesperado e infructuoso de la Fiscalía, a expensas de falacias y falsos juicios de raciocinio para construir o mostrar una participación inexistente del Ing. Vélez en la etapa precontractual, y por esa vía, quizás, construir un indicio del dolo que como bien dijo ayer la procuraduría en este caso es “muy difícil de probar”, y es difícil de probar - agrega esta defensa- porque no existió

Es que este punto del dolo es de importancia mayúscula, puesto que el tipo penal por el que fue acusado el Dr. Vélez Duque es esencialmente doloso y por tanto se

requiere que el sujeto agente tenga conciencia de la ilicitud del acto que se le reprocha, y que prevalido de ese conocimiento se decida libremente a ejecutarlo. Expresado, en otros términos, el tipo subjetivo del delito endilgado a mi defendido exige que él fuera consciente de que la celebración del contrato BOOMT se hizo sin el lleno de los requisitos legales esenciales y a pesar de ello él voluntariamente se avino a suscribirlo.

Recuérdese que, contra lo que supone la fiscal en su alegación, mi representado sólo participó en la celebración del contrato suscribiéndolo.

Pero ¿qué hizo probatoriamente en el juicio la Fiscalía para llevar a su conocimiento, señor Juez, la verdad en cuanto a la conciencia y la voluntad del ingeniero Vélez Duque de suscribir la minuta del BOOMT apartándose del cumplimiento de los requisitos legales esenciales previstos para esta clase de contratos? nada, razón por la cual en su alegato de conclusión se quedó con la simple afirmación de que estaba incurso en el delito de Contrato sin cumplimiento de requisitos legales, señalándolo al desgaire de ser coautor de esa conducta punible, tratando así de mejorar la vaga e indeterminada acusación que lo tildó de autor, no de coautor, pero sin asumir la carga de la prueba de los dos ingredientes del tipo subjetivo atinentes a la antijuridicidad de la conducta, esto es el cognitivo y el volitivo; motivo por el cual, de haberse probado el tipo objetivo, o sea que se celebró el contrato BOOMT sin el lleno de los requisitos legales esenciales, cosa que tampoco hizo la Fiscalía, por tamaña falencia probatoria, la conducta de todas formas devenía atípica.

Claro está que en sus alegatos finales la Fiscalía quiso demostrar el dolo de su defendido dizque con el hecho de que el ingeniero Vélez Duque no había renunciado a EPM una vez fue nombrado como Gerente de EPM ITUANGO, pero con tan absurdo criterio para inferir el dolo, la señora fiscal ignoró la prueba documental No. 1. de la Defensa que es el Contrato de Mandato entre EPM y EPM-ITUANGO, cuya finalidad era precisamente que EPM (casa matriz) se comprometía a prestar a EPM- ITUANGO (filial) todo el apoyo técnico, jurídico, de personal, administrativo, financiero y de experiencia; circunstancia esta que lo que en realidad demuestra es todo lo contrario a lo que pretende la Fiscalía, esto es que el acuerdo interadministrativo no fue caprichoso o arbitrario, sino que tuvo en consideración la indudable capacidad, experiencia y músculo financiero de EPM para acometer la

ejecución de obras de la magnitud de hidroituango y para garantizar que todo esto se aplicaría al proyecto, EPM puso allí a su empleado, el ingeniero Vélez Duque.

De manera pues que el encargo que su empleador, esto es EPM -la Casa Matriz- le hizo al Dr. Vélez de Gerenciar a EPM-ITUANGO -o sea la filial-, era un encargo que solo una interpretación torcida que desconozca el contrato de mandato puede pretender que implicara la renuncia a su cargo en EPM, y mucho menos que exigiera destacar un contingente de personal para EPM-ITUANGO como desesperadamente lo pretende la Fiscalía en sus alegatos, cuando la empresa controlante, en una auténtica economía de escala, estaba a cargo de todo eso.

Pero lo que sí probó la defensa, sin que quedara el menor resquicio de duda, es que en la estructuración del proyecto de Hidroituango, en los aspectos técnicos, financieros y jurídicos, participó un numeroso grupo de cotizados abogados pertenecientes a prestigiosas firmas nacionales y extranjeras, así como Bancas de Inversión, que asesoraron a cada una de las empresas; y nadie, óigase bien, nadie presentó la más mínima objeción a la legalidad del procedimiento contractual empleado. Y frente a esta palmaria realidad, verificada con creces en el juicio ¿Qué razones podía tener el ingeniero **LUIS JAVIER VÉLEZ DUQUE** para dudar de la legalidad del contrato al momento de firmarlo como representante legal de EPM Ituango? Si el ejército de connotados juristas que prepararon o asesoraron la contratación no tuvieron dudas de su legalidad, mucho menos se podría esperar que el Dr. Vélez Duque, ingeniero mecánico de profesión y sin formación jurídica, pudiera tenerlas.

Al respecto conviene tener en cuenta el testimonio del abogado Mauricio Córdoba, que concurrió a este juicio y pudo explicar los pormenores de la creación de EPM-ITUANGO y sus ejecutorias en el marco de la contratación cuestionada. Al ser preguntado si recordaba algún hecho relevante, alguna actuación relevante de esa sociedad, una vez surgió a la vida jurídica, respondió:

“Claro que sí. El primer hecho relevante fue la primera reunión de la junta directiva de EPM ITUANGO. Como lo he venido diciendo, junta directiva que fue nombrada en la asamblea de escisión de Hidroituango”.

“Entonces se reunió y el objetivo de esa reunión era autorizar al representante legal de su momento, para que suscribiera el contrato BOOMT, contrato por medio del cual se encargaba Hidroituango a EPM ITUANGO, la construcción de la hidroeléctrica”.

Al preguntársele al mismo testigo, abogado Mauricio Córdoba, de qué manera se materializó la autorización que se dio al representante legal, respondió: *“quedó constancia de ella en un acta, acta en la cual yo suscribí porque dentro de mis funciones estaba ser secretario de las reuniones de junta directiva”.*

Pero con mayor nivel de detalle declaró otro abogado que estuvo al tanto de la contratación, en este caso Mauricio Restrepo Terreros, y al formularse la pregunta de cuál fue su participación, concretamente, en la etapa relativa a la suscripción de ese contrato, manifestó:

“Después de las mesas de trabajo y de haber acordado pues todas las condiciones que debía tener ese contrato y habiendo examinado pues todos los requisitos que debían reunirse por parte de la empresa para poderlo celebrar; esto es pues que el contrato fuera celebrado con una contraparte competente, que se hubieran respetado pues todas las reglas de negociación y que se tuvieran todos los requisitos, pues la empresa ya consideró que ya se podía formar el contrato y entonces procedimos, yo que era el asesor jurídico de parte de la empresa, luego de haber escuchado a las otras firmas de abogados que asesoraban, tanto a Hidroituango como a EPM, y de haber escuchado pues y de tener el consenso de los otros abogados de Hidroituango, pues se procedió, digamos, a dar el visto bueno para que el contrato pudiera ser firmado por el representante legal de EPM ITUANGO y por eso se hizo en una ceremonia especial en que concurrieron varias autoridades del departamento y del municipio, pues, por la trascendencia que tenía la firma del contrato como tal”.

Y a fe que se suscribió el contrato en una ceremonia con toda la pompa. Quién iba a creerlo, señor Juez: de aceptarse la indemostrada teoría de la Fiscalía, talvez estaríamos ante el caso único en la historia de la criminalidad universal donde se monta todo un espectáculo público, con participación de las autoridades regionales y nacionales más importantes como testigos, con la convocatoria a todos los medios de comunicación y la transmisión en directo por la televisión, de un delito fríamente

calculado: dizque la suscripción de un contrato ilegal. Y con este escenario puesto de presente, la Fiscalía sigue sosteniendo, por sí y ante sí, que el ingeniero **LUIS JAVIER VÉLEZ DUQUE** tenía conciencia de la antijuridicidad al suscribir ese documento a los ojos del mundo en ese solemne acto.

Pero el abogado Restrepo Torrerros continuó su exposición en el juicio explicando el conocimiento que tenía mi defendido del filtro jurídico que se le dio al contrato previo a la firma de Vélez Duque, así:

Al ser preguntado: *“Usted menciona que cuando ya se habían revisado una serie de requisitos, se dio un visto bueno. ¿Ese visto bueno lo dio quién?”*

Y al minuto 18 y 22 segundos de su declaración respondió: “Yo. Lo di yo.”

Luego se le preguntó: *“¿De qué forma dio usted el visto bueno? ¿Eso quedó consignado en alguna forma o cómo fue ese visto bueno?”*

Y respondió: *“Sí. Eso le iba a decir. Yo rubriqué el documento que se iba a firmar, antes de que las partes fueran a firmarlo en la ceremonia. Rubriqué, digamos, cada hoja de ese contrato”. Fue así como en la audiencia todos pudimos ver la rúbrica en cada uno de los folios de la minuta.*

De manera pues que, antes de suscribir el contrato, el ingeniero Vélez Duque contó no sólo con la autorización de la Asamblea de Accionistas y de la Junta Directiva, sino también con el visto bueno previo del área jurídica encargada precisamente de verificar la legalidad del contrato. Así las cosas, el sentido común indica que un ingeniero, cuya área de conocimiento no es lo jurídico, no tenía razones de ninguna índole para dudar de la legalidad del contrato que estaba suscribiendo con autorizaciones previas de la asamblea de accionistas y de la Junta Directiva, así como con el visto bueno de la oficina jurídica, y después de la revisión de muchos otros abogados. Por el contrario, lo que tenía a porrillo mi defendido eran razones de sobra para estar tranquilo de que estaba obrando conforme a la ley.

Empero, si se pensara diferente y con inexplicable tozudez se siguiera sosteniendo que su defendido no podía tener en cuenta las órdenes de los órganos de dirección de la empresa ni los visados de la oficina jurídica, con el argumento de que el

contrato no podía tramitarse por la vía directa en desarrollo de un convenio interadministrativo; esa errática visión de la realidad jurídica y corporativa no puede ser el fundamento de una condena para el doctor Vélez Duque, pues no era admisible en sana lógica pedirle a un ingeniero mecánico como es el que, al momento de la suscripción del contrato, simplemente se declarara en rebeldía y actuara en contravía de lo que para las áreas competentes y con los conocimientos técnico-jurídicos necesarios, era la forma de contratación que estaba ajustada a la ley.

Aquí debe ponerse de presente, que ha sido jurisprudencia reiterada de la Corte Suprema Justicia, en punto del dolo, que éste no puede presumirse, sino que, por el contrario, debe demostrarse en grado de certeza que el acusado tenía conciencia de la antijuridicidad de su conducta y que prevalido de ese conocimiento se avino voluntariamente a ejecutarla. Así lo reiteró en reciente pronunciamiento de su Sala Especial de Juzgamiento, con el radicado 00025, donde fue ponente la Magistrada Blanca Nérida Barreto, oportunidad en la cual, dentro de la investigación a un aforado por el delito de contrato sin el lleno de requisitos legales derivado de la suscripción de un convenio, expuso la Corte:

“Así las cosas, resulta claro para la Sala la ausencia de una conducta dolosa por parte del aforado, teniendo en cuenta que, de las pruebas obrantes en el plenario, este actuó bajo los lineamientos dictados por el director del departamento administrativo jurídico, desconociendo de esta manera que su comportamiento era contrario a derecho y que su actuar enmarcaba en los elementos descriptivos y normativos del tipo penal que señala el delito por el que fue juzgado. Además, se debe agregar que, no existe elemento material probatorio que dé cuenta que la conducta desplegada por el procesado haya sido cometida con el propósito de favorecer a la entidad sin ánimo de lucro involucrada en el convenio que fue objeto de debate.”

En el caso que ahora nos ocupa se da la misma situación, señoría, la forma de contratación no fue objeto de reparo alguno y por tanto no resultaba razonable pedirle a mi defendido que pensara distinto a como lo hacía la conciencia jurídica de Hidroituango y de EPM.

Así las cosas, refutado el cargo, y puesto en evidencia que la acusación no encuentra el más mínimo respaldo en la prueba aducida por la fiscalía, amén de que si en gracia de discusión y contra toda lógica se admitiera que materialmente sí se habría dado la conducta que como autor (según se dijo en el escrito de acusación) o de coautor (como ex novo dijo la señora fiscal en su alegato de conclusión), si se considera -repite- que en cualquiera de esas dos modalidades objetivamente sí se dio la conducta endilgada al ingeniero **LUIS JAVIER VÉLEZ DUQUE**; ésta sería atípica por ausencia del tipo subjetivo, esto es por falta de dolo.

Así las cosas, resulta imperativo proferir en su favor sentencia absolutoria, porque de ninguna manera se cumple con el estándar de pruebas que permita a usted, señor juez, llegar al “*conocimiento afirmativo y triunfante*”, como bien denomina Framarino la certeza, esto es, al conocimiento más allá de toda duda de que mi defendido es autor o coautor responsable del delito por el cual ha comparecido a este juicio, según la perentoria exigencia del artículo 381 del Código de procedimiento penal.

Señor Juez, la Fiscalía no pudo desvirtuar la presunción de inocencia de mi defendido, por eso, apelando a su ilustrado conocimiento, a su recto criterio y a la majestad de la Justicia que representa, le solicito la absolución de **LUIS JAVIER VÉLEZ DUQUE** por el cargo de contrato sin cumplimiento de requisitos legales por el cual fue acusado por la Fiscalía, no sin antes pedirle que no permita que se instrumentalice el derecho penal, y que este sea regido por la voces de los escándalos mediáticos que claman por un populismo punitivo.

Esta acusación, señor Juez, sólo se explica porque el contrato BOOMT no se celebró como hubiera querido la Fiscalía, porque lo que más la ha atormentado, y eso lo dejó traslucir la señora fiscal en repetidas ocasiones en su intervención oral, haciéndose eco de las estridentes aseveraciones del entonces Fiscal General, Néstor Humberto Martínez espetadas cuando a los cuatro vientos anunció que investigaría este contrato como el acto de corrupción más grande de la historia de este país, lo que más atormentó al ente persecutor del delito, repito, es que se hubiera escogido para ejecutar esta megaobra a un ente territorial, vale decir a las Empresas Públicas de Medellín, a quien se ha desconceptuado dejando de lado que ha sido la empresa que ha dotado en la forma más que eficiente al país, y no

sólo a Antioquia, de suficiente energía eléctrica para su desarrollo y para el bienestar de todos los colombianos.

Termina su intervención enfatizando que defendido no es ningún corrupto, es un ciudadano honorable como el que más, que eficientemente ha servido al país en el campo energético prácticamente durante toda su vida productiva, y que no merece que ahora, injustamente, por un capricho de la Fiscalía, se mancille su nombre con una codena por esta absurda acusación.

Controversia de la Fiscalía a los alegatos de la defensa (artículo 443 del C.P.P).

Su última intervención en el debate oral, la asume iniciando la controversia de cara a los alegatos de cierre de la defensa del doctor Luis Javier Vélez, abordando los temas que en apreciación merecen su pronunciamiento, así:

Respecto de la inobservancia del principio de congruencia, precisa tal como lo destacó en los alegatos conclusivos, la acusación contiene una descripción normativa precisa sobre la conducta punible, indicando que era un tipo penal en blanco, para lo cual mencionó el principio de progresividad, citando sobre dicha temática las sentencias SP 570 de 2022 y SP 2061 de este mismo calendario; principio según el cual, puede ocurrir que durante la práctica probatoria se revele un dato desconocido para el momento cuya incorporación para todos es viable, siempre y cuando no se modifique sustancialmente el núcleo esencial de la imputación fáctica, lo que no se dio en el caso in análisis, porque según la corte, la dinámica del proceso y la reconstrucción que se hace de una verdad histórica a partir de niveles de conocimiento progresivo, implica ir construyendo un supuesto de hecho hasta la decisión del fallo, siendo ello precisamente lo que hizo la Fiscalía, que se detuvo en los apartes del escrito de acusación, se concentró en las pruebas, dio la línea en ese punto y demostró lo que pretendía demostrar.

Que no discute que la Junta Directiva de Hidroituango era quien tomaba las decisiones, admitiendo así mismo, que esta empresa podía contratar directamente, - *claro que sí* – enfatiza, porque así lo adujo la Fiscalía, pero lo que no podía es violar los principios de transparencia y de selección objetiva, al proponer una invitación pública y después de haber avanzado hasta los prepliegos que constituían

la muestra de la decisión de continuar con el proceso, siendo ya un punto de no retorno, no se podía suspender, y si como indica la defensa podía hacerlo en cualquier momento, cuestiona la Fiscalía ¿por qué entonces, no se terminó allí, en ese preciso momento?, resaltando lo descrito en el punto 2.1 de la invitación pública respecto de los prepliegos. Así que insiste en que hubo dos procesos paralelos y eran vinculantes los prepliegos y estaban obligados a ser transparentes.

Contrario a lo acotado por la defensa del doctor Luis Javier Duque, estima que sí se afectó el interés general al no asegurarse una selección objetiva y porque el interés general no es opuesto al derecho privado, sino al del particular de EPM y los socios que hacían la negociación directa sin que se asegurara el principio de transparencia porque fue desatendida la sugerencia de una banca de inversión respecto de modelo de contratación. Que sí hubo cuestionamiento de los convocados a través de la invitación pública a contratar, según lo revela el acta No. 2 de la Junta directiva del IDEA del 24 de febrero de 2010, porque Kepko y Electrobras manifestaron su preocupación por la participación de EPM, inclusive antes de la publicación de los prepliegos.

Por otra parte, controvierte que no fue utilizada de manera fragmentada la prueba para acomodarla, aludiendo al contrato de estabilidad jurídica y del tema de la zona franca que, si bien no son trascendentes para la decisión judicial, – *según lo resalta la defensa, porque se hace extensión la titularidad de generar energía* – , dice que la Fiscalía leyó la prueba aportada por la defensa y allí dice en una de las cláusulas, que es para Porce III, mientras que la defensa refiere que fue para ese contrato, que es precisamente el de estabilidad jurídica.

En cuanto a que la Fiscalía hace especulaciones y presunciones y que el doctor Luis Javier Vélez simplemente acudió a unas juntas previas, dice que presentó las evidencias donde estuvo en las Juntas Directivas de EPM previas a la suscripción del contrato que sí eran trascendentes por el conocimiento del proceso, como lo demuestra la minuta a folios 37 – Prueba 101 – sobre derechos y obligaciones precontractuales; así que no ha mutilado las pruebas y sí eran importantes sus intervenciones previas, porque EPM estuvo todo el tiempo al frente del proceso.

De que nadie ha demandado, no es tema de controversia, como que el proceso haya sido publicado, no implica que no haya una irregularidad.

Que no fue fantasioso ni especulativa el comportamiento de la Fiscalía, sino el resultado de un equipo de trabajo, no es desesperado sino pausado, juicioso y, sobre todo, respetuoso de cada una de las partes convocadas a la audiencia y ha manejado el proceso con absoluta lealtad y por eso insiste en la pretensión de condena en contra del doctor **LUIS JAVIER VÉLEZ DUQUE**.

Ahora, respecto a las alegaciones finales del doctor **LUIS GUILLERMO VÉLEZ ATEHORTÚA**, así las controvertió:

En lo que atañe al tema de las bancas de inversión que no fueron respetadas por la Fiscalía, cuando son bancas de experiencia, manifiesta que es justamente lo que reclama el ente acusador, puesto que contrataron una banca de inversión para que contratara el proceso de selección del contratista, otra que les sugirió la subasta y otra que les diseñó una invitación pública y como debían hacerla, para decidir luego que no, que lo harían a través de una negociación directa, que era viable, pero insiste sobre el por qué no lo hicieron desde un principio y que por último, contrataron otra banca de inversión que no sirvió, se perdió este esfuerzo, porque deciden después de la precalificación y después de la precalificación de los prepliegos que sí obligaba, porque era la evidencia de la decisión de Hidroituango a dar inicio a la subasta; aspecto sobre el que la Fiscalía predica la violación del principio de transparencia ante la existencia de dos procesos paralelos.

Que cuando la Fiscalía dice que hubo una prelación por EPM, como empresa local y regional, no son palabras de la Fiscalía, que como la representante de esta entidad reside en la capital no se da cuenta que EPM es una empresa importante – *por favor*-, que a que colombiano no le duele las Empresas Públicas de Medellín, si como dice la defensa, nos ha suministrado en energía por muchos años y muchos servicios, que precisamente por lo mismo, que esos términos son autoría de la comunicación de la terminación de la subasta que fueron leídos y por eso insistió cómo calificaba el doctor Luis Guillermo la selección que se había hecho de la empresa EPM a partir de la negociación directa, según la comunicación del 4 de noviembre, es decir, varios meses después de la comunicación de los prepliegos que fue el 18 de marzo, por lo que no son términos despectivos de la Fiscalía sino de dicha comunicación y que tienen soporte probatorio y que de manera muy cuidadosa hizo alusión a esos referentes y leerlos en sus alegatos, para evitar

precisamente consideraciones en el sentido de que la Fiscalía mutilaba, tergiversaba o engañaba al juez. Que en el acta No. 100 – Prueba 64, se advierte cual fue la gestión de la banca de inversión y porqué la Fiscalía sí ha valorado dicho trabajo y lo que cuestiona es que Hidroituango y su gerente no lo valoraron, que lo que hizo fue modificar el objeto contractual, lo que no permite decir que fue en pro del principio de planeación, porque lo que demuestra que no fue así, que este principio lo invocó la defensa porque la Fiscalía se anticipó a que esto era lo que iba a decir su contraparte, porque de haberse respetado el principio de planeación hubieran tenido en cuenta lo que la banca de inversión les estaba sugiriendo – prueba 72, acta de Junta Directiva 106.

Que de manera peregrina la Fiscalía dice que fue todo un montaje para satisfacer los intereses de EPM, lo que no es así, porque un argumento peregrino es exótico, raro, que acá no lo hay, porque es serio y tiene soporte probatorio objeto de valoración del juzgado y cada manifestación de la fiscalía tuvo su referente en la prueba documental que, con los escasos testigos, pues así lo es porque la prueba es esencialmente documental.

Ahora, que la Fiscalía le resta importancia a la invitación pública a calificar y el estado en que se encontraba, por el contrario – dice, le están dando toda la importancia a la invitación pública y al estado en que se encontraba, en la publicación de prepliegos, se refirieron las actas en las que se discutió y la importancia de definir si esa publicación fue o no oficial y que importante fue que de manera afanosa y desesperada comunicaron la suspensión. Que no había prohibición para contratar entre dos entidades públicas y lee la defensa el acuerdo 009 lo que admite la Fiscalía que eso es así, porque no hay prohibición para contratar entre dos entidades públicas, pero no cuando la convocatoria pública estaba en curso y cuando los pliegos ya estaban publicados donde sí hay prohibición y que por eso la Fiscalía se ocupó de hacer la referencia normativa de tiempo en tiempo como dice la invitación.

Que es un despropósito de la Fiscalía pretender que no haya contratos interadministrativos, cuando lo que resulta un despropósito es que se haya vulnerado los principios de selección objetiva y de transparencia, porque si bien es cierto no estaba prohibido, si eran conscientes de la necesidad de hacer una convocatoria, una invitación pública internacional, estaban conscientes de que

tenían que asegurar una mejor propuesta, que si bien se dio en el procedimiento de calificación no era lo mejor, y es eso lo que cuestiona la Fiscalía. Y, que tenía que contratar Odebrecht y entonces en qué escenario nos veríamos. No. Porque tenían más precalificados, incluso contratar a EPM, pero en el orden de elegibilidad, en el marco que del juego que había propuesto de una invitación pública internacional, eran las reglas que había planteado la misma sociedad y que estaba obligada a respetarlas, la invitación pública internacional ya era una norma para Hidroituango; la suspensión después de la publicación de prepliegos para adelantar unos procesos paralelos; concepto éste que no es de la Fiscalía sino acuñado por el representante de EPM, porque ella solamente ha traído las discusiones que enseñan las actas.

Que el contrato con una empresa foránea no es un imaginario del ente fiscal, fue la primera opción de la sociedad, no es una representación subjetiva, fue la propuesta de la banca de inversión contratada a través del IDEA para que se presentara la mejor opción a contratar. Y que la Fiscalía puso una imagen rectora de la desviación del poder público en provecho particular, cuando son múltiples referentes que hay al respecto y por eso la Fiscalía hace uso de ellos en su legítimo derecho de soportar su argumento.

Que la valoración de las actas es contraria a la sana crítica y la defensa del doctor Luis Guillermo empieza a enumerar algunas de ellas para decir que es una puesta en escena, cuando así lo es, porque el debate en juicio es eso, donde la Fiscalía está mostrando el contexto en que se suscribe ese contrato, que no es lo que lo que se imagina la fiscalía, sino que se establece a través del análisis de las actas; así, por ejemplo, frente al acta 91 – prueba 56 de la Fiscalía – se dijo que se integraba con el acta No. 05 del 31 de mayo de 2010 de la Junta Directiva del IDEA, donde se habla de las presiones para que EPM ejecute el proyecto; una vez DPM e IDEA se pongan de acuerdo frente al trámite 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 Hidroituango la suspensión del proceso de subasta para seleccionar el inversionista que financiará, construirá y ejecutará el proyecto hidroeléctrico Hidroituango. Así que fue simplemente un ejercicio de integrar, porque no se pueden ver las actas únicamente las de Hidroituango, únicamente las del IDEA y únicamente las de EPM y que por eso la Fiscalía hizo el ejercicio de integrarlas tanto en la práctica probatoria como en el alegato de conclusión.

El acta 87 – prueba 52 -, se refiere al nombramiento del gerente y lo resalta, del porqué desde entonces se lee en las actas el propósito del nombramiento del gerente y como estuvieron todos articulados para ver como se hacía ese nombramiento y cuál era el propósito y con qué finalidad llegaba. Y, que cuando terminó el gerente también la Fiscalía mostró las actas donde se le daban las felicitaciones por llevar a feliz término la negociación, cumplió el propósito.

El acta 95 – prueba 59 de la Fiscalía – en el sentido de que la defensa dijo que la fiscalía dijo que le tocó contratar a personas de EPM, cuando lo que puso de presente fue como los testigos que trajo la defensa, todos eran funcionarios de EPM y advirtió porqué su conocimiento le permitía interactuar y hacer todo el procedimiento que estaban buscando en esta negociación directa y la estructuración financiera, que todo eso se develó en los conainterrogatorios y por ello, se refirió uno a uno en el alegato, que no les tocó contratar, los quiso contratar. La Fiscalía lo que dijo fue que esa vinculación de esos testigos con EPM mostraba las condiciones en que se rendían sus testimonios y que por eso el trabajo de la Fiscalía en los conainterrogatorios fue intenso, preciso y contundente y por eso debe repasar el juzgado cada uno de ellos.

El acta 97 de abril de 2009, prueba 61. Que el doctor Juan Gonzalo respondió inquietudes sobre estructuración financiera del proyecto por el viaje a Rusia del presidente, es asunto que no se discute, pero reitera la razón por la cual la fiscalía develó en el conainterrogatorio a este testigo, las condiciones en que lo estaba rindiendo, el interés que tenía y se mostró en las actas cual había sido su intervención, siendo esa la finalidad. Allí también se aludió a las bancas de inversión y la insiste de remitirse a la prueba 72 de la Fiscalía – acta de Junta Directiva 110 - para verificar cual fue la actuación de las bancas de inversión.

Respecto al acta 100 – prueba 64 de la Fiscalía – donde se citó el estatuto de contratación; actas que permitir ver cómo se dio ese debate del estatuto de contratación y como EPM participó de manera activa en la modificación del mismo, que podía hacerlo, pues era socio de Hidroituango, pero lo que no es transparente es que lo haga siendo precalificado, pero menos aún, adelantando una negociación directa con Hidroituango. Que la doctora María Isabel Vanegas hizo una presentación sobre los principios y la necesidad de garantizar de que no haya

ventaja para EPM y eso fue lo que se dio en esa acta, sin que haya contradicción al respecto de lo que propone la defensa y en esa Junta Directiva estaba el doctor Luis Guillermo Gómez presidiéndola, por lo que sabía las normas que existían, el carácter obligatorio, que en ese momento estaba vigente el proceso de invitación pública, por lo que debía atender los principios, con ánimo de transparencia y de respeto.

El acta 102 – prueba 66 de la Fiscalía – donde se insiste nuevamente en el estatuto de contratación y reitera la Fiscalía la importancia de esta acta es la intervención del doctor Santiago defensor del procesado Luis Guillermo Gómez, quien reconoce que EPM sí participó en la modificación del estatuto siendo, siendo proponente de la subasta y negociador directo.

El acta 110 sobre la suspensión de la publicación de los prepliegos, insiste la Fiscalía que la propuso EPM y es acá donde se acuña el concepto de los procesos paralelos que no es una idea de la Fiscalía, era un proceso precalificatorio, ya se habían publicado los prepliegos y la precalificación ya estaba dada y por eso en esa acta se da el afán y la necesidad de verificar si la publicación era o no oficial, y por lo mismo, la fiscalía conainterrogó a la doctora María Isabel al respecto.

El acta 118 –prueba 79 – que se evidencia en esta la modificación en riesgos del contrato BOOMT, pues se habla de la supervisión del mismo, por eso se habla de la modificación del proceso de subasta al de contratación directa. Dice que no hay error en la interpretación de la Fiscalía, siendo suficiente una lectura detenida de la intervención, puesto que es en la misma acta donde se lee que se insiste en que para la administración era complejo delimitar las negociaciones con EPM por las condiciones claras y diferentes que tenía, socio, miembro de la junta y contratista del BOOMT.

El acta 108 - prueba 70 – Se cuestionó la propuesta de Prieto Carrizosa y de la propuesta de una sociedad con propósito específico para la zona franca, y eso fue lo que se hizo, pues esta no se podía otorgar sino a una sociedad nueva y por eso se hace el proceso de escisión, pero se modificó para hacer la negociación directa, se modificó la propuesta de la banca de inversión y de los abogados asesores, siendo importante cuestionar el contenido de esta acta con la declaración de la

doctora María Isabel a partir de las dos horas y treinta minutos (2.30), aparte donde explicó lo ocurrido.

Que de manera alguna se ampliaron los cargos para el doctor Luis Guillermo, porque la Fiscalía se anticipa a lo que es objeto de la defensa y por eso refirió al principio de planeación, y de hecho lo hizo para decir que este sí se respetó por el contrato de la banca de inversión, pero dice la defensa que la Fiscalía amplió el cargo, pero ni se respetó ni amplió el cargo, puesto que acá se precisó que hubo una violación a los principios de transparencia y selección objetiva, unos procesos paralelos, una invitación pública a calificar que avanzaron hasta la publicación de los pliegos, lo que implicaba que ya se debía dar inicio a la subasta, que si se inició, por eso se suspendió, se esperaron unos seis o siete meses hasta que se agotó la negociación directa y una vez ejecutada ésta, se comunicó la terminación del proceso de selección diciéndoles que se había acogido a EPM como una empresa regional, local, según términos del doctor Luis Guillermo Gómez y no de la Fiscalía – según comunicación del 4 de noviembre.

Repara la defensa que no se puede diluir el deber de la Fiscalía de propender por una administración de justicia objetiva – dice la defensa – (artículo 27 del C. P. Penal, de los moduladores de la actividad procesal). Y que la conducta es intrascendente para el derecho penal, que eso es lo que nos está pasando, que todo nos parece intrascendente, que violar el bien jurídico de la administración pública nos parece intrascendente y porque es que son funcionarios o servidores ampliamente calificados, lo que hace más exigible el respeto por la norma, porque cuando una persona ignorante infringe la norma, alguna razón de justificación habrá o algo se busca y se entiende, pero acá no lo hay porque estuvieron perfectamente informados sobre el proceso que se estaba adelantando, en el acto de celebración eran perfectamente conscientes, de manera voluntaria concurrieron a la firma, le hicieron pompa al contrato y lo publicaron en los medios, y la fiscalía no coadministra como dice la defensa, sino que simplemente trae al escenario correspondiente una situación fáctica, presenta la prueba y con el convencimiento de que su trabajo estuvo hecho de manera leal, respetuosa, transparente, honesta, solicita una condena, porque conoce perfectamente su función.

El término torticero, no es de la Fiscalía sino de la defensa, porque ella fue respetuosa en sus expresiones, aunque claro está, con argumentos fuertes como

corresponde, pero no agresiva. Tampoco admite que se diga qué interés tiene la fiscalía detrás de la pretensión de condena, cuando esa es su función y la está pidiendo; apreciación para la señora fiscal irrespetuosa porque acepta una intervención fuerte de la defensa lo que hace parte de su rol, pero no acepta esas consideraciones porque el debate no es personal, no hay otra pretensión que el ejercicio de la función como delegada del ente acusador, y ese sentido cumplir con el ejercicio de la función pública propuesto por la entidad, para que el proceso culmine con una sentencia condenatoria a través de argumento serio, estudiado, probado. Que la judicatura puede o no compartir la postulación del ente acusador, pues es esa la dinámica del proceso, pero lo que debe quedar absolutamente claro es que el debate probatorio fue transparente; tal afirmación de la Fiscalía tuvo su referente, pues se tomó el trabajo de leer cada una de las actas y los documentos que la soportan. En la práctica probatoria sustrajo muchas de las actas que se habían propuesto en la preparatoria porque consideraron que con ellas era suficiente.

Así que no es por falta de congruencia con la acusación, pues en este ejercicio, en virtud del principio de progresividad resolvió lo que era importante de la acusación y de lo que iba a debatir en juicio y por lo que pidió condena, que si fiscalía desatendiera ese principio de progresividad entonces los procesos no de decantaría, lo que sí ocurrió en este caso, porque sea tomaron el trabajo de leer cada una de las actas y cada una de las afirmaciones la soportaron en esa prueba documentada. Y, si la defensa consideró que no era así, debió controvertir con prueba en el debate del juicio y no lo hizo, pues no se desvirtúa en los alegatos sino en la práctica probatoria. Así que no hay un exceso en el ejercicio de la acción penal, en la investidura de la función pública hay que cumplir unas tareas muy complicadas, y este ejercicio de la Fiscalía no es fácil. Por eso no llega con interpretaciones frugales como indica la defensa, puesto que llegó al juicio con elementos probatorios que se quiera o no, desnudan una verdad, lo que se hizo con

Que se transgredió el contrato social por parte de los acusados, quisieron hacerlo así, que de manera voluntaria acudieron a la suscripción del contrato, que el doctor Luis Guillermo conoció todo el trámite y llegó hasta la celebración y que el doctor Luis Javier Vélez concurrió a la firma del contrato debidamente informado y cumpliendo la única función que no podía cumplir el gerente de EMP precisamente por tener dicha calidad, pero la asumió el doctor Luis Javier Vélez debidamente

informado y sin ningún engaño. Como que también la Junta Directiva debe responder y que para allá va el trabajo de la Fiscalía; sin embargo, acá lo que correspondía era demostrar todo lo dicho y así lo hizo el ente acusador.

Por todo lo anterior, la Fiscalía reitera la petición de condena y solicita que se llame un poco al cuidado en la intervención que se hace, porque la Fiscalía ha sido muy respetuosa con lo que ha propuesto, y la verdad es que no se han mutilado las pruebas, las aportaron inclusive físicamente para que se tuviera una disposición de cada una de ellas que se entregaron de manera oportuna.

Por último, aunque reconoce que la réplica no se hace a la intervención de las víctimas, hace unas consideraciones en torno a ellas, dejando como constancia de que se tenga en cuenta que el trabajo de las víctimas es particular y que el despacho se remita a la intervención de quienes actuaron como apoderados del departamento de Antioquia y del IDEA para reclamar su presencia en el proceso en tal calidad, y fue entonces cuando dijo el departamento que sumado a las dos entidades. Departamento e IDEA, han dejado de percibir un billón de pesos derivado de los hechos que ocupan esta acción y en este punto se les reconoció la calidad de víctimas, lo que revela una legitimación constitucional para hacer valer los derechos de la verdad, justicia y reparación, soportando esta apreciación con la sentencia SP 359 de septiembre 23 de 2020, para con esta última intervención el principio de lealtad procesal.

A esta altura de su intervención, interpela la defensa del doctor Luis Javier Vélez para indicar que la Fiscalía estaba abusando del derecho réplica, porque no tiene derecho a criticar la posición de las víctimas.

Réplica de la defensa del doctor Juan Carlos Álvarez – defensor de apoyo del ingeniero Luis Javier Vélez.

Inicia este ejercicio respondiendo a la fiscalía frente al tema del contrato de estabilidad jurídica donde adujo que este no tiene trascendencia en el caso, como tampoco lo tenía el de la zona franca. Que probablemente no tenga esa trascendencia para la Fiscalía para la desvirtuación por la defensa, la hipótesis del caso, pero sin duda que tiene mucha trascendencia para la defensa porque precisamente ese contrato fue una de las poderosas razones que llevaron a los

accionistas a considerar la posibilidad de la negociación directa, lo que está ligado a un aspecto fundamental en este juicio, y es que como se pretendían unos beneficios tributarios que se podían derivar de la zona franca que finalmente no se consiguió, pero que sí se obtuvieron y se siguen obteniendo del contrato de estabilidad jurídica, esa razón atendía también al interés general, a buscar las mejores condiciones económicas para ese megaproyecto, que como la señora Fiscal lo dijo y también muchos en este juicio, es uno de los proyectos más importantes de producción de energía del país y que ese proyecto se haga unos costos menores, sin ninguna duda representa el interés general y va en procura de que todos los colombianos se beneficien de un servicio de energía eficiente y en las mejores condiciones tarifarias posibles. De manera que si hay algo importante para el interés público era que ese proyecto estuviera rodeado de unas condiciones económicas óptimas y una de ellas las daba el contrato de estabilidad jurídica y por esa razón, no gratuitamente lo trajo la defensa a este juicio.

Sin embargo, frente a la muy particular, pero respetable interpretación que hace la señora Fiscal del contrato de estabilidad jurídica, seguidamente para ilustración de la audiencia lee la cláusula primera de dicho contrato que refiere al objeto del mismo, sobre el proyecto de generación de energía Porce III, pero que lo que no leyó la Fiscalía en su intervención fue la cláusula Séptima que dice: hacer extensiva la garantía a que se refiere el numeral anterior a la totalidad de actividad de generación del inversionista. Así que, si se lee el contrato, evidentemente se tendrá que el inversionista es EPM, y es casi de lógica básica, entender que, si el proyecto Porce es de generación de energía eléctrica, de ningún a otra naturaleza y si eso es así, pues qué sentido tendría que en el contrato se diga que la garantía se hace extensiva para todas las actividades de generación del inversionista, y es por una razón elemental, porque EPM tiene muchísimos otros proyectos de generación de energía y entre ellos estaba el proyecto de Hidroituango. De manera que, cuando en la cláusula se hace extensiva la garantía de estabilidad jurídica en materia tributaria es para las otras centrales, pues no tendría sentido que le extiendan los beneficios tributarios para el objeto del proyecto que inicialmente fue el de Porce III, pues si la Fiscalía hubiera hecho una investigación más exhaustiva se habría dado cuenta de la cantidad de dinero que se ha ahorrado EPM y el proyecto Hidroituango y otros proyectos, lo que puede certificar la DIAN. Así que no solamente es una interpretación equivocada del contrato, sino que la trascendencia de este contrato de estabilidad jurídica con

relación al interés pública es toda, y esa la razón por la que la defensa la trajo porque la Fiscalía ha cabalgado sobre la idea de que dicho contrato violó los principios de transparencia, de selección objetiva y del interés público.

En segundo lugar, la Fiscalía hace referencia al principio de progresividad para señalar que no hay incongruencia entre la acusación y todo lo que después vino a presentar en los alegatos de conclusión. Para este defensor es claro que, si hay incongruencia, que como lo explicaba de manera muy didáctica el doctor Sierra, si este es un tipo penal en blanco que para completar el supuesto de hecho del mismo hay que remitirse a normas extrapenales, estas que hacen parte del supuesto de hecho de ese tipo en blanco, fueron citadas por la Fiscalía en el escrito de acusación de manera confusa, desorganizada, citando normas del estatuto general de contratación de la ley 80 de 1993, de la ley 1150 de 2007, para con ello fundamentar una presunta violación de un requisito legal esencial del contrato; cita los principios de la contratación pública, los principios de la función pública y los principios de objetividad y transparencia los menciona la señora Fiscal en los alegatos de conclusión, pero le agrega una serie de principios adicionales. Así es que no solamente se haya desbordado el núcleo fáctico, sino que desde el comienzo la acusación es tremendamente confusa porque los supuestos de hecho sobre ese tipo penal en blanco no estaban claros, y eso no es un asunto que se pueda aclarar en el juicio, porque los supuestos de hecho deben estar previstos en la acusación porque de ello es que se tiene que encargar la defensa, de buscar los elementos que le van a permitir controvertir ese núcleo fáctico.

En tercer lugar, la Fiscalía dice que se violó el principio de transparencia porque en su criterio, la publicación de los prepliegos son la muestra ineludible de que ya se había iniciado un proceso con proponentes, asunto que, en sentir de la defensa, no vale la pena desgastarse mucho, solo recordar como la Fiscalía fue cambiando la hipótesis para tratar de acomodar la hipótesis delictiva, resaltando que en el interrogatorio que se hizo a la testigo de acreditación de la Fiscalía Lony Milena, por todos los medios la defensa trató de demostrar que lo que ella insinuaba que eran unos pliegos, eran unos prepliegos, hasta que no tuvo manera de eludir esa realidad incontrastable de los documentos que eran unos prepliegos, es decir, unos simples documentos que se publican para que los eventuales y cualquier persona que quiera opinar sobre ese proceso contractual haga observaciones con miras a depurarlos. Pero más allá de ello, que puede ser anecdótico, el punto central acá es el

destacado por el doctor Jorge Aníbal Gómez, quien de manera muy clara leyó e insistió en dos oportunidades es un aspecto central, viéndose que es una interpretación muy forzada que hace la Fiscalía, contraria al tenor literal de la invitación pública a precalificar del 17 de noviembre de 2009 que se lee nuevamente: *“Hidroituango se reserva el derecho de suspender o terminar el proceso en cualquier momento sin que para ello las partes excluidas tengan que reconocer o pagar una indemnización por daño emergente o lucro cesante”*, y más adelante se lee: *“ A pesar de que Hidroituango reciba los sobres no se entenderá que está obligado a adelantar el proceso o adjudicar el proyecto”*, y acá dos testigos muy calificados, el doctor Juan Gonzalo y la doctora María Isabel Vanegas, claramente dijeron que se trataba de dos procesos distintos, separados que uno es la precalificación y otro una eventual subasta o licitación pública. De manera que ese argumento sobre el cual la Fiscalía tozudamente quiere insistir, está plenamente desvirtuado por los documentos y testimonios calificados de dichos testigos, incluyendo al del doctor Atehortúa que también declaró en tal sentido.

Que también se refirió la Fiscalía al tema de la elegibilidad, lo que aparece explicado didácticamente por la doctora María Isabel, pues que ese orden de elegibilidad lo que establece es unos criterios a partir de los cuales sea determina que unos oferentes cumplen con unos requisitos mínimos para poder participar después en un proceso, es decir, unos requisitos habilitantes. Que no hay ningún documento en el proceso que demuestre una lista con unos puntajes, lo que sí atendería a un orden de elegibilidad, acá lo que hay es un orden arbitrario porque no hay un puntaje o donde está la prueba para indicar que sí había orden de elegibilidad porque se tiene el puntaje, solo era un proceso para determinar los requisitos habilitantes su se cumplen o no. Lo que sea torna inconducente seguir insistiendo sobre el tema.

En cuanto a los procesos paralelos que la Fiscalía plantea, es decir, que se estaba haciendo una licitación internacional y al mismo tiempo los accionistas estaban negociando. Primero, eso es una petición de principio, porque da por demostrado que existía una licitación, cuando existen suficientes pruebas de que no había un proceso de licitación ni de subasta pública, hubo una precalificación, era un proceso a dos vueltas como lo dijo la doctora María Isabel. De manera que a partir de esa petición de principio la Fiscalía construye el argumento de que había dos procesos paralelos que violaban los principios de la Ronda de Uruguay a los que el Estado Colombiano estaba obligado. Pues no había dos procesos paralelos porque el

segundo no existía, ni asaltando la buena fe y todos los demás aspectos mencionados por la Fiscalía, porque los proponentes que se presentaron a precalificar conocían el documento donde se decía que Hidroituango se reservaba el derecho de hacer o no esa licitación. Pero aun admitiendo que fueran procesos paralelos, estas entidades públicas tenían la potestad de decidir entre ellas, en procura del interés general, de cómo hacer un megaproyecto como Hidroituango en las mejores condiciones para el país, y eso los llevó a explorar muchas alternativas, para no quedarse, como dijo el doctor Sierra, de brazos cruzados esperando para ver si por el lado de la licitación resultaba. Actuaron de forma responsable con su función pública, que era tener todas las alternativas a la mano analizadas, sopesadas para poder hacer el proyecto y garantizar la seguridad e energética del país.

De manera que, ni siquiera bajo la perspectiva de que era procesos paralelos, se puede aducir como pretende la Fiscalía, que se estuviere violando el interés general, cuando ese es el interés que se estaba protegiendo, buscando todas las alternativas y poniéndolas sobre la mesa y discutiéndolas con expertos de las bancas de inversión las que resultaban más convenientes para el buen suceso del proyecto.

Dice la señora Fiscal que la prueba de que había procesos paralelos fue las preocupaciones que expresaron algunas empresas, entre ellas KEPKO, debiendo para ello recordar algo que se dijo durante los testimonios y es el concepto de la “*muralla china*”, y la idea de que cuando se expresaron preocupaciones de parte de los eventuales oferentes en una eventual subasta pública, se les dijo que no había ningún problema, EPM por ser socia del proyecto – *pues no se puede tapar el solo con el dedo* -, tenía información que no tenían los brasileros, los chinos o los rusos, o quien fuera, pero en cualquier proyecto de esa naturaleza se abre un cuarto de datos, un cuarto de información donde toda la información, los estudios previos financieros, hidrológicos, de toda naturaleza, está en ese cuarto de datos que pueden ser consultados por los interesados del proyecto, y esa es la preocupación que expresó KEPKO, lo que no quiere decir, que con ello se haya violado el principio de transparencia.

El otro aspecto referido por la señora Fiscal es el tema de las actas citadas de la Junta Directiva de Hidroituango, en las que participó como invitado en puntos específicos de esas juntas, no durante toda la junta. Que basta releer las actas

leídas por la señora Fiscal donde se dice que en este momento de la reunión entran las siguientes personas y en uno de esos momentos entra el ingeniero Luis Javier Duque y entra a dar explicaciones eminentemente de carácter técnicos; sin embargo, la Fiscalía dice que claro que es muy importante citar la participación del ingeniero Luis Javier Vélez en las Juntas Directivas previas a la suscripción del contrato BOOMT, resaltando la defensa que son previas a la suscripción, pero posteriores a la decisión de los accionistas de escindir a Hidroitango para crear la sociedad espejo EPM Ituango. La primera junta a la que asiste el ingeniero citada por el ente acusador es del 24 de noviembre de 2011, recordando que la decisión se aprobó en la asamblea del 27 de octubre de 2010. De manera que ya se había negociado todo, la decisión estaba clara y debidamente tomada, simplemente se estaba instrumentando una decisión de los socios a través de ese acuerdo interadministrativo. Que no va a profundizar mucho sobre las participaciones del ingeniero Vélez ya enunciados con claridad por su colega de la defensa, como que unas de las juntas le preguntan por unos taludes y da una explicación técnica, en otra hace un informe sobre las condiciones de seguridad de los predios aledaños al proyecto y las vías, y dice que la gobernación y los alcaldes de la zona los municipios afectados están comprometidos con el proyecto, para bien por el tema de regalías y para mal por los impactos ambientales y los problemas de seguridad que vienen asociados a ellos, cuestionándose que tiene que ver esto con el BOOMT, y ya al ingeniero Vélez lo habían asignado para el mes de enero o finales de este mes del 2011 para que asumiera la dirección de EPM Ituango.

Con relación al tema de las demandas tratadas, tan claro es que no había violación a los principios de la contratación pública ni de la transparencia respecto a los que precalificaron, que no hubo demanda, y sobre el asunto la Fiscalía en la controversia dice que tenían una expectativa de que los contrataran después y menciona una firma que presuntamente está contratada ¿y las otras? Se pregunta la defensa. Que ninguna de estas firmas, que se especializan inclusive sin presentarse a licitaciones para después hacer demandas y ganar dinero sin hacer obras, para venir a decir en este juicio que no demandaron es porque tiene expectativas de que las contraten, pues no demandaron por una razón muy sencilla, simplemente porque no tienen objeto de una demanda y porque no se les violó ningún principio a estas entidades.

Finalmente, hace relación a tres aspectos a los que se refiere brevemente. El primero, tiene que ver con las circunstancias que rodearon la firma del contrato, que

se le dio pompa, que se le dio visto bueno. Claro, como lo dijo muy bien el doctor Jorge Aníbal Gómez, es que el ingeniero **LUIS JAVIER VÉLEZ DUQUE**, supremamente reputado, con una trayectoria intachable y con un conocimiento como el que más de los aspectos técnicos de la ingeniería en estas materias, era la persona llamada a que se le entregara un proyecto de tal importancia, dirigir a EPM Ituango, pero él es un ingeniero mecánico y con más de treinta años de experiencia en el servicio público, pero él se podía revelar y tener criterios para hacerlo, contra el criterio de las bancas de inversión, de los abogados de las firmas prestigiosas que asesoraron el proyecto, de los abogados de Hidroituango, de los abogados de EPM, de los abogados designados para EPM Ituango, para decir: *“esperen señores que yo no voy a firmar este contrato, porque de pronto esto es ilegal. ¿Ustedes si verificaron todo? Que el ingeniero Luis Javier Vélez actuó bajo la más profunda y tranquila convicción de que estaba firmando un contrato que tenía ningún inconveniente legal y no es ningún aspecto menor del hecho de que eso haya sido público, porque cuando hay un dolo, una intención torticera, una intención de afectar la función pública, no es cierto que eso se divulgue a los cuatro vientos, para que todos esos posibles interesados nacionales e internacionales que fueron excluidos se den cuenta de lo que se hizo, eso se hace a escondidas cuando se tiene dolo y cuando se sabe que se están haciendo actuaciones ilegales,*

Finalmente, que suscribió el contrato debidamente informado, compartiendo esa reflexión de la Fiscalía, porque así lo fue, por todos los asesores jurídicos de que ese contrato era legal y con esa información lo firmó con toda tranquilidad. Por eso reitera, que en nombre de la defensa del ingeniero **LUIS JAVIER VÉLEZ DUQUE**, que la acusación configura una injusticia respecto de la actividad intachable desarrollada por él, que se le absuelva y se le mantenga indemne su nombre, en estos más de treinta años que ha servido de manera transparente y ha puesto su inteligencia y conocimiento al servicio de una empresa que le ha prestado tantos servicios al país y que en ese sentido, hoy que lo sentaron al banquillo de los acusados este fallador pueda en el sereno juicio, darse cuenta y hacer brillar la majestad de la justicia, y sobre todo el buen nombre de un ciudadano que ha sido mancillado en este juicio.

Reitera muy vehementemente la petición de absolución para su representado.

Réplica del doctor Santiago Sierra Angulo – abogado del doctor LUIS GUILLERMO GÓMEZ ATEHORTÚA.

Que con la intervención final que ha hecho la distinguida señora Fiscal, en donde ha reafirmado que no hay ninguna discusión en torno a la facultad que tenían estas sociedades de contratar de manera directa por su calidad de entidades públicas, por su autorización legal para realizar convenios interadministrativos, hay reducción cognitiva de la Litis. Si estas sociedades tenían la facultad para contratar de manera directa, si ese convenio interadministrativo es conforme a la ley, la discusión queda relegada a una trivialidad, y es que se alcanzaron a colgar en la página web unos prepliegos y que, en consecuencia, ya a partir de ese momento, había formalmente una contratación paralela. Sin embargo, acá ha quedado muy claro y está suficientemente decantado jurisprudencialmente que los prepliegos no formalizan el inicio de una oferta pública. Inclusive, aunque por una equivocación semántica lo haya planteado la sociedad contratista, o más bien en este caso, la contratante, la sociedad Hidroituango, en ningún momento eso hace que los prepliegos ya formalicen jurídicamente el inicio de una oferta pública. Que toda esa etapa de selección de las sociedades que podían cumplir con esos requisitos habilitantes para posteriormente contratar, es una actividad precontractual y como tal, está por fuera de esa relevancia como conducta para el derecho penal.

Así que nos encontramos frente a una trivialidad en la valoración formalista de algo que es completamente insustancial, donde tiene relevancia el principio de antijuridicidad material, pues ha dicho la señora Fiscal que precisamente es una obligación de la Fiscalía no permitir que la contratación pública se banalice y se reduzcan esos criterios de rigurosidad en el cumplimiento de la ley, pero tampoco puede acudir al extremo de que toda valoración de un incumplimiento de una informalidad insustancial, implique ya una transcendencia penal-

En este caso ha quedado sumamente que la contratación entre Hidroituango y EPM Ituango cumplió con el deber legal de cumplir con los principios de la función pública, y eso no se desdibuja por el hecho de que se haya colgado unos prepliegos de los que ya se ha hablado suficientemente de que no generan una oferta jurídicamente formal que haya generado una expectativa legítima en los habilitados en ese procedimiento previo. En eso quedó reducida la discusión.

Ahora, en cuanto a que lo indicado por la Fiscalía que la defensa, ha utilizado unos epítetos desmesurados frente a la función de la Fiscalía, dice que en ningún momento él ha tenido la intención de llevar esto al plano personal. Que cuando se preguntó frente a qué intereses tenía la Fiscalía, no se hablaba de la señora Fiscal de manera personal, sino de la institución frente a esta persecución penal, pero sí hay que plantear que hubo una intervención con ciertos epítetos, adjetivos descalificadores frente al doctor Luis Guillermo, cuando se habló de que había actuado intereses mezquinos, cuando se planteó que ese concepto de audacia y realismo era claramente una prueba de su actuar inescrupulosa. Sin embargo, alaba que la Fiscalía ha obrado en los términos formales, sin ninguna actividad que sea reprochable por él, y si llegó a afectarla, a generarle algún desasosiego, le ofrece disculpas porque no hay ningún ánimo de confrontación personal, pues que para él ha sido grato tenerla en la pantalla durante todo el juicio.

Finalmente, sobre lo que tiene que ver con la intervención de las víctimas, según lo expuesto por la Fiscalía donde recuerda que plantearon un interés como víctimas, en tanto habían dejado de recibir un dinero representativo, lo cual fue objeto de análisis en segunda instancia, y el Tribunal dijo muy claramente dijo que esa posición de las entidades que planteaba ese interés como víctimas era una mera expectativa, y que habría que esperar, ya en la práctica probatoria, si realmente el núcleo de la acusación podía plantearse como un nexo causal por el daño que ellos aducen haber tenido. Y, fue un acto de lealtad el manifestar de quienes en ese momento tenían esa expectativa de víctimas, que efectivamente no hay un nexo causal entre el contrato BOOMT y lo que han dejado de percibir al día de hoy por esa expectativa de ingresos al no iniciar el funcionamiento la central hidroeléctrica en el año 2018. Y, es que plantear que hay un nexo de imputación entre el contrato BOOMT y la afectación patrimonial que hoy tienen estas entidades, sería acudir a esa figura de la causa de la causa del mal causado, una clara responsabilidad objetiva que viola el principio de culpabilidad, en tanto, es muy claro que no hay una imputación jurídica a la afectación patrimonial hoy, de estas empresas con relación al acto que fue objeto de acusación, que fue la suscripción de ese contrato BOOMT, que no incidió para nada ni fue objeto de discusión ni de prueba en esta causa frente a los perjuicios patrimoniales que están recibiendo estas entidades por el no funcionamiento de la represa.

Insiste en la ausencia de la responsabilidad objetiva del doctor **LUIS GUILLERMO GÓMEZ ATEHORTÚA**, en tanto su conducta fue conforme a derecho, hay una ausencia ostensible de injusto, es decir, una conducta típicamente antijurídica, y si no la hay, menos podría plantearse que hay una conducta realizada con dolo y, por ende, solicita que se declare inocente.

2.ANTECEDENTES PROCESALES RELEVANTES.

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 le 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 Décima de la Unidad del Despacho Vice fiscal que por reparto electrónico del Sistema Penal Acusatorio del 25 de junio de 2019, le correspondió al homólogo 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 por los hechos fácticos y jurídicos contenidos en el escrito de acusación 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 Diecisiete 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, que resuelta por el Tribunal Superior de Medellín el 18 de febrero de 2020, confirmó el reconocimiento en condición de víctimas de las entidades precitadas.

4-. Al retornar el proceso al Juzgado Diecisiete Penal del Circuito, mediante auto del 28 de julio de 2020, la nueva titular del Juzgado para ese entonces, doctora Ana María Andrade Chávez, 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, tras haber fungido como defensora del acusado **LUIS GUILLERMO GÓMEZ ATEHORTÚA** y por la amistad íntima con la defensa contractual del mismo, remitiendo la actuación a quien le sigue en turno, correspondiendo a este despacho judicial. (artículo 57 ibídem).

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 que continuó el 09 del mismo mes y 16 de abril de 2021, donde se interpuso recurso de apelación a la decisión sobre la negativa de pruebas, que resuelta el 01 de junio de 2021 se confirmó la decisión impugnada.

6-. El juicio oral y público fue iniciado el 01 de diciembre de 2021, con la presentación de la teoría de la Fiscalía y la bancada de la defensa y la incorporación por parte de la Fiscalía de evidencia documental de carácter público, continuando en varias sesiones que finalmente, culminó con alegatos conclusivos el 7 de la anualidad presente.

2. DE LA ESTIPULACIONES Y LAS PRUEBAS

5.1. Las partes convinieron sustraer del debate probatorio y tener como probado y cierto lo siguiente:

5.1.1. Plena identidad del procesado **LUIS GUILLERMO GÓMEZ ATEHORTÚA.**

5.1.2. Plena identidad del procesado **LUIS JAVIER VÉLEZ DUQUE.**

5.1.3. Que los procesados actuaban como gerentes generales de E.P.M. Ituango cuando se celebró el contrato.

5.1.4. La calidad de gerente de HIDROITUANGO S.A.S. E.S.P. del Dr. **LUÍS GUILLERMO GÓMEZ ATEHORTUA** y del gerente de E.P.M Ituango S.A E.S.P. del Dr. **LUIS JAVIER VÉLEZ LÓPEZ.**

5.2 Seguidamente se dio inicio a la introducción de la evidencia documental y la práctica de la testimonial en el foro oral y público por parte de la Fiscalía General de la Nación, así:

La prueba documental por parte de la Fiscalía comprende un total de ciento una (101) evidencias que introdujo y verbalizó, así:

5.2.1. Hoja de vida e historial laboral del doctor **LUIS GUILLERMO GÓMEZ ATEHORTÚA**, en formato único que consta de 33 folios, quien tiene la profesión de ingeniero civil, con experiencia de 42 años, 15 de ellos como servidor público.

5.2.2- Hoja de vida e Historia laboral del doctor **LUIS JAVIER VÉLEZ DUQUE**, e información relacionada como ingeniero mecánico, con ejercicio en la docencia, ha trabajado en Empresas Públicas de Medellín y en la Universidad de Antioquia. Evidencia consta de 60 folios con los documentos anexos.

5.2.3. Acta No. 01, reunión ordinaria de Junta Directiva de E.P.M. ITUANGO S.A. E.S.P., realizada el 29 de marzo de 2011 en el Edificio Inteligente de E.P.M., piso 13, salón Sur, consta de 10 folios.

5.2.4. Acta de constitución de la Sociedad Promotora de la Hidroeléctrica Pescadero Ituango S.A., realizada en Medellín el 31 de diciembre de 1997, en el Salón del Consejo de Gobierno de la Gobernación de Antioquia, consta de 04 folios.

5.2.5. Escritura Pública de constitución de la Sociedad Promotora de la Hidroeléctrica Pescadero Ituango S.A. E.S.P., No. 2309 del 8 de junio de 1998, de la Notaría 18 del Círculo de Medellín, consta de 50 folios. Destaca de esta prueba la Fiscalía, que en el folio 4 existe una manifestación expresa de - *“que de acuerdo con las calidades anotadas, los comparecientes han acordado asociarse entre sí para constituir mediante este instrumento, una sociedad anónima que se regirá por las normas constitutivas del contrato social que se expresan a continuación, y en lo no previsto en ellas, por las disposiciones legales que regulan el funcionamiento de la Sociedad anónima y en lo pertinente a las Leyes 142 y 143 de 1994”*. Los comparecientes son el doctor ALBERTO BUILES ORTEGA, quien actúa en nombre y representación del Departamento de Antioquia y JOSÉ RODRIGO AGUIRRE en

nombre de la Empresa Antioqueña de Energía Eléctrica S.A. E.S.P. y que al folio 7, Artículo 4° como objeto Social, se lee: *“El objeto general de la sociedad, es el diseño, construcción y explotación a nivel nacional y/o internacional de la Central Hidroeléctrica Pescadero Ituango”*, destacándose las etapas del proyecto, así:

Primera etapa: Actuar como Promotora del proyecto y actualizar los estudios realizados por ISAGEN en la década de los ochenta, realizar estudios complementarios de ingeniería, turísticos, recreativos y especialmente ambientales para determinar la factibilidad final del proyecto, celebrar aquellos contratos y acuerdos pertinentes al respecto y en general, para adelantar la elaboración de documentos y obtención de permisos, licencias y aprobaciones que se requieran para permitir que el proyecto pueda proseguir a la segunda etapa. Firmar un convenio con el Departamento de Antioquia para la participación del ente territorial, en un porcentaje a definir en el convenio, de las ventas brutas de la energía generada, según lo establecido en la ordenanza No. 35 del 29 de diciembre de 1997, expedida por la Asamblea Departamental de Antioquia y el Acta de Intención de Constitución de la presente sociedad, del 31 de diciembre de 1997.

Al culminar esta primera etapa, la sociedad primigenia creará una nueva sociedad paralela, de carácter oficial, cuyo objeto sería el desarrollo ambiental, turístico y recreativo de la zona de influencia del embalse.

La Segunda Etapa: Actuar como promotora del proyecto y llevar a cabo la ingeniería complementaria, adelantar los trámites legales y administrativos de licencias y permisos para la construcción, y los trámites respectivos para obtener el cierre financiero requerido para la construcción del proyecto.

Tercera Etapa: Efectuar la construcción del proyecto, su operación y mantenimiento, y la comercialización de la energía generada.

Seguidamente, en el resumen de esta evidencia, la señora Fiscal salta al artículo 7° visible al folio 9, donde se indica que el capital pagado en la fecha de escritura de constitución, es de \$1.807.500.000.00 y los accionistas, el Departamento de Antioquia, EADE, IDEA, ISAGEN, INTEGRAL y ACIC y, finalmente, se sitúa en el artículo 44, folio 30, de las funciones de la Junta Directiva, resaltando la función 19 que dice: *“Autorizar al gerente para la celebración o ejecución de cualquier acto o*

contrato cuya cuantía exceda de mil Salarios mínimos legales mensuales (1.000 s.m.l.m) o que, siendo cuantía indeterminada, pueda alcanzar dicho límite". El artículo 49 entre las Funciones del Gerente, el No. 04 *"Celebrar y ejecutar los actos y contratos que tiendan al cumplimiento del objeto social hasta por una cuantía igual o inferior a mil Salarios mínimos legales mensuales.* El documento fue suscrito por los doctores ALBERTO BUILES ORTEGA, Gobernador del Departamento de Antioquia, JOSÉ RODRIGO AGUIRRE ARREDONDO - Empresa Antioqueña de Energía S. A. E. S.P., CECILIA GÓMEZ MARTÍNEZ - Instituto Para el Desarrollo del Departamento de Antioquia, FRANCISCO SIERRA MÚNERA - INTEGRAL S.A., GUILLERMO ARANGO - ISAGEN S.A. E.S.P., GILBERTO ALZATE ANGARITA - Ingeniería Total LTDA, en su condición de apoderado de diferentes sociedades y la firma del Notario 18 del Círculo Notarial de Medellín .

5.2.6. Contrato No. 030424309 de colaboración Empresarial Integral de Hidroeléctrica Pescadero Ituango S.A. E.S.P. y Empresas Públicas de Medellín E.S.P. suscrito por JUAN FELIPE GAVIRIA GUTIÉRREZ como Gerente General de Empresas Públicas de Medellín y ALEJANDRO AUGUSTO ESTRADA ECHEVERRI, en representación y como gerente de Hidroeléctrica Pescadero Ituango S.A. E.S.P., evidencia que consta de 18 folios.

5.2.7. Acta 1506 del 04 de agosto de 2009 de la Junta Directiva de las Empresas Públicas de Medellín, consta de 13 folios, precisando que al folio 07 hay una intervención que dice *"A continuación, por solicitud del señor alcalde, el gerente general informa sobre los avances de Sociedad Hidroeléctrica Ituango S.A. E.S. P. Comunica, que en la última Junta Directiva se decidió concesionar el proyecto en la modalidad Build, Operate, maintain and Transfer-BOMT; es decir, construir, operar, mantener y luego transferir. Se tiene previsto la presentación de las propuestas en el primer trimestre del año 2010. EPM tiene interés en participar en dicho proceso. Indica que, si el proceso no es exitoso, la sociedad empezará a requerir recursos importantes de capital".*

5.2.8. Acta No. 1511 del 01 de diciembre de 2009, remitida para la firma por Secretaría General el 16 de febrero de 2010, tuvo lugar en la Sala de Juntas del Edificio E.P.M., con un orden del día de 13 ítems, consta de 18 folios.

5.2.9. Acta 1513 del 02 de febrero de 2010, llevada a cabo en la Sala de Juntas de Edificio E.P.M., consta de 15 folios. Trata temas de gerencia general en el proyecto Ituango, cierre de la convocatoria pública internacional para la precalificación de los interesados en participar en la construcción del proyecto. Se presentaron once (11) interesados, entre ellos Empresas Públicas de Medellín. El gerente informó que, en consideración a la decisión adoptada en la sesión del 01 de diciembre del 2009, corresponde a la creación del comité de nuevos negocios de junta. La administración presenta una propuesta de sus funciones y reglamentación de su funcionamiento.

5.2.10. Acta 157 del 13 de abril de 2010, en la Sala de Juntas del Edificio E.P.M., consta de 14 folios, puntualizando sobre el folio 03 temas de Gerencia General, e informa el Gerente General que el proyecto Ituango a la fecha, no ha suministrado los diseños definitivos, que E.P.M. avanza en la elaboración de una propuesta para la posible participación en la subasta del proyecto, la cual es coordinada por el doctor JUAN FELIPE GAVIRIA GUTIÉRREZ, quien fue contratado para el efecto. Informa, además, sobre el avance en el desarrollo del proceso de subasta y las consideraciones que sobre la misma ha analizado la empresa, de manera específica, el pago de una prima para el desarrollo del proyecto, según lo establecido en los prepliegos.

5.2.11. Acta No. 1518 de la Junta Directiva del 04 de mayo de 2010, compuesta por 12 folios. Se centró en el folio 03 respecto de “*Seguimientos pendientes Junta Directiva y temas de Gerencia General*”, informando el Gerente General sobre el proyecto Hidroituango, que en días anteriores realizó una reunión entre representantes del Departamento de Antioquia, el Instituto para el Desarrollo de Antioquia -IDEA- y E.P.M., a fin de analizar la posibilidad que sea E.P.M. quien desarrolle el proyecto, que en dicha reunión E.P.M. manifestó su interés, pero puso de presente que en el evento de llegar a un acuerdo, la determinación, tanto del valor de desarrollo del proyecto como el monto de una prima, deberá estar precedida de la valoración de una Banca de Inversión y de ello puede resultar, que se llegue a un acuerdo para que E.P.M. desarrolle el proyecto o continuar el proceso de subasta en el cual participaría E.P.M., o que el proyecto se desarrolle directamente por la sociedad. (*párrafo final del folio 03*).

5.2.12. Acta 1519 del 01 de junio de 2010, llevada a cabo en la Sala de Juntas del Edificio E.P.M., consta de 10 folios. Folio 3, numeral 4. Temas de Gerencia General, enunciando que en el último párrafo dice: *“Proyecto Ituango: en días anteriores se realizó una reunión entre representantes del departamento de Antioquia, el IDEA y EPM, en la casa de Nariño, con la participación de la Ministra Consejera, doctora Claudia Jiménez, a fin de buscar un posible acercamiento entre las partes, para el desarrollo del proyecto. En dicha reunión, los representantes de las partes, manifestaron su voluntad de un posible acuerdo y coincidieron en la necesidad de buscar una metodología de valoración del proyecto, así como la validación de la misma”*. Se presentaron propuestas para abordar los temas planteados por las partes, y los asistentes estudian la pertinencia de hacer pública esta información, siempre y cuando no se vulnere la obligación de confidencialidad que ha protegido E.P.M., en todo lo relacionado con el proyecto Hidroeléctrico Pescadero Ituango.

5.2.13. Acta No. 1520, reunión Junta Directiva del 06 de julio de 2010 en la Sala de Juntas del Edificio de E.P.M., consta de 14 folios y en el folio 03, temas de Gerencia General, se da a conocer que el 04 de julio de 2010, EPM y la sociedad Hidroeléctrica Ituango S.A firmaron un acuerdo de voluntades con el fin de que EPM se encargue de la construcción y puesta en marcha de las obras de la Central Hidroeléctrica Ituango, el cual contempla unos principios generales, estructura del negocio, metodología del trabajo y cronograma.

5.2.14. Anexo 02 del acta 1520 del 6 de julio de 2010 que comprende 05 folios. Refiere al acuerdo de voluntades entre las Empresas Públicas de Medellín e Hidroeléctrica Ituango S.A. E.S.P., del 04 de julio de 2010. Destaca la Fiscalía el título *“Objetivos”*. El presente acuerdo de voluntades define los principios de la negociación directa, los términos generales de un eventual negocio, la metodología de trabajo a seguir; y finalmente, el cronograma de implementación del acuerdo. En el folio 04 hace referencia a la metodología de trabajo, indicándose que E.P.M. e Hidroituango, asignarán el personal y los recursos requeridos para cumplir con los pasos establecidos en el cronograma. Hidroituango no afectará, limitará, restringirá o condicionará la participación de E.P.M. en el eventual proceso de subasta, por el hecho de haber participado en el presente proceso de negociación directa, que INVERLINK S.A. reconoce darle un rango de TIR (*Tasa Interna de Retorno*), esperada de E.P.M. como inversionista del proyecto en términos del costo del patrimonio, en dólares corrientes, acordes con los riesgos actuales de un negocio

de generación eléctrica en marcha en Colombia y una metodología de proyección del plan de negocios del proyecto para el período de operación a ser aplicada al momento de finalizar la construcción, que podrán ser, o no, acogidos por las partes; que en todo caso, el presente documento constituye una manifestación del interés de las partes para llegar a un acuerdo a través de una estructura de negociación directa bajo condiciones que satisfagan sus necesidades. Una vez se definan y acuerden los asuntos específicos del negocio, tales como las obligaciones de cada una de las partes, cifras, plazos, manejo de riesgo, manejo de recursos, etc., se suscribirán los documentos contractuales vinculantes, para lo cual las partes obtendrán las autorizaciones necesarias de los respectivos órganos competentes. El acta está suscrita por el doctor **LUIS GUILLERMO GÓMEZ ATEHORTÚA** como Gerente General de Hidroituango S.A., de la Hidroeléctrica Hidroituango S.A. E.S.P., el doctor FEDERICO RESTREPO POSADA como Gerente General de Empresas Públicas de Medellín, el presidente de la República, el doctor LUIS ALFREDO RAMOS BOTERO como Gobernador de Antioquia, el alcalde de Medellín ALONSO SALA ZAR JARAMILLO y el Gerente General del IDEA, doctor ÁLVARO VÁSQUEZ OSORIO.

5.2.15. Acta No. 1521 del 03 de agosto de 2010, llevada a cabo en la Sala de Juntas de E.P.M., consta de 17 folios. Se ubica en la página 04 del acta “*Temas de Gerencia General*” que informa sobre el proyecto Ituango y firma del acuerdo, se avanza en la definición de los puntos básicos del acuerdo que permita que E.P.M. sea el concesionario para construir, poseer, operar, mantener y posteriormente transferir ‘BOOMT’ el proyecto Hidroituango, se afirman los detalles de las cifras y los parámetros generales de la negociación, los que serán informados a los miembros de la junta.

5.2.16. Acta 1522 de 11 de agosto de 2010, reunión extraordinaria de la Junta Directiva, en la Sala de Juntas de E.P.M., consta de 05 folios. Acuerdo de E.P.M. y el IDEA, para desarrollar Hidroituango. El Gerente General doctor FEDERICO RESTREPO POSADA, informa, que el objetivo de la sesión extraordinaria es presentar a los miembros de la junta, el acuerdo logrado con el Instituto para el Desarrollo de Antioquia (IDEA) en lo que corresponde al desarrollo del Proyecto Hidroituango para que E.P.M. construya, opere, mantenga y transfiera el proyecto en el año 2060, se realiza introducción al tema e informa que el acuerdo se suscribirá con el socio mayoritario, quien da las instrucciones a la Sociedad, sobre

los términos de celebración del contrato de concesión. Precisó, que el 04 de julio de 2010, se celebró un acuerdo de voluntades entre E.P.M. e Hidroituango, en el que se estipuló un término de 30 días para buscar un esquema que permitiera a E.P.M. desarrollar el proyecto. En dicho estudio participaron las bancas de Inversión Santander Investment S.A. por parte de E.P.M., BNP Paribas por parte de Hidroituango e INVERLINK S.A., como tercera banca designada para homologar el modelo, rangos de valores y cifras acordadas por las partes. Refirió la tasa interna de retorno (TIR) que se garantiza a E.P.M. durante el tiempo de desarrollo del proyecto, que incluye su construcción y generación, se establecieron unas cifras y parámetros, pero al final de período de construcción, se calcularán las remuneraciones periódicas como un porcentaje de la utilidad bruta comercial, garantizando la tasa interna de retorno esperada de E.P.M., reflejando las condiciones reales de costo del proyecto, deuda adquirida, fecha de entrada en generación y régimen tributario aplicable dependiendo de si el proyecto se puede afectar o no, en zona franca.

Anunció la señora Fiscal que esta acta, se presentaba con anexo 01. Incluye los detalles del acuerdo como que E.P.M. desarrolla el proyecto a través de su construcción de 8 años y su operación y comercialización de 42 años y, en virtud de ello, cancela unas regalías. Se expone en detalle el esquema del proyecto a cargo de E.P.M. Se escinde Hidroituango S.A. E.S.P. (Sociedad escidente) y se crea una Sociedad por acciones (Sociedad Beneficiaria) que será la cesionaria del proyecto. Se transfiere en bloque la porción patrimonial asociada al proyecto Hidroituango, necesaria para su desarrollo. La sociedad escidente reduce su patrimonio, conserva la licencia ambiental y la titularidad del proyecto y la sociedad Beneficiaria tendrá la misma composición accionaria y objeto de la sociedad escidente.

En tales condiciones, se suscribe un contrato Build, Own, Operate, Maintain, Transfer -BOOMT- (Construir, Poseer, Operar, Mantener y Transferir) entre Hidroituango S.A. E.S.P. y la sociedad beneficiaria, en el que establecen las condiciones económicas y financieras acordadas entre Hidroituango S.A. E.S.P. y E.P.M., correspondiente a la TIR esperada (11.790%), el plazo 50 años, la revisión del costo del proyecto al terminar la construcción y la revisión del riesgo comercial durante la duración del contrato. E.P.M. compra las acciones de la Sociedad Beneficiaria, cuyo valor de la transacción asciende a la suma de 168 millones de dólares y paga 25 millones de dólares en el evento en que se obtenga autorización para el desarrollo

del proyecto en zona franca. Detalla en cifras aproximadas la estructura del negocio, y señala que la escisión propuesta se caracteriza por: (i) No se dé la disolución de la sociedad escidente, (ii) se da un traspaso patrimonial en bloque de activos y pasivos, (iii) Tributariamente no se considera que existe enajenación entre la escidente y la beneficiaria, (iv) una vez inscrita en el registro mercantil, la escritura de escisión, operará entre las partes intervinientes en la escisión frente a terceros, la transferencia en bloque de los activos y pasivos de la entidad escidente a la beneficiaria, (v) para las modificaciones del derecho de dominio sobre los inmuebles y demás bienes sujetos a registro, bastará con enumerarlos en la escritura de escisión. Se informa la cronología del negocio y resuelve las inquietudes presentadas por los miembros de la junta, relacionada entre otros aspectos, con la composición de la participación accionaria en la sociedad beneficiaria, la adquisición por parte de E.P.M. de las acciones en la sociedad beneficiaria, posibles opciones y beneficios para E.P.M. si el proyecto se realiza por la empresa, pago de regalías, soluciones previstas frente a menores ingresos, cumplimiento del cronograma del proyecto; tiempos estimados para la realización de pagos y las alternativas que tienen previstas para la comunicación a la opinión pública sobre la celebración del acuerdo.

Finalmente, los miembros de la junta manifestaron estar lo suficientemente enterados del tema presentado y no tienen inquietudes adicionales. Los miembros de la Junta Directiva aprueban por unanimidad y autorizaron al gerente general de E.P.M. para aprobar en la asamblea general de Hidroituango S.A. E.S.P., la escisión de la sociedad y participar como accionista de la sociedad beneficiaria en la misma proporción que en la escidente. Los miembros de la Junta Directiva felicitan a todos los integrantes de la administración que participaron en la definición de los términos y condiciones del acuerdo.

5.2.17. Acta 1524 del 05 de octubre de 2010, llevada a cabo en la Sala de Juntas de E.P.M., consta de 14 folios. De esta evidencia destaca la página 03, numeral 04, temas de gerencia general. El Gerente, doctor FEDERICO RESTREPO POSADA informó sobre el proyecto Hidroituango, celebrado entre el Instituto para el Desarrollo de Antioquia (IDEA) y E.P.M., quienes concertaron un acuerdo vinculante para las partes, permitirle a E.P.M. desarrolle integralmente el proyecto, que financie, construya, opere, mantenga y posteriormente restituya la central hidroeléctrica a la sociedad Hidroituango. Mencionó los puntos básicos del acuerdo,

los cuales establecen la estructura jurídica, económica y financiera mediante la cual E.P.M. desarrollará el proyecto.

5.2.18. Acta No. 1525 del 02 de noviembre de 2010, Sala de Juntas Edificio de E.P.M., comprende 14 folios, El Gerente encargado, el doctor JESÚS ARTURO ARISTIZÁBAL GUEVARA en temas de Gerencia General, se informó en la página 04 sobre Hidroituango, que en la asamblea extraordinaria de accionistas celebrada el 27 de octubre del 2010, se aprobó la escisión de la Sociedad Hidroeléctrica Ituango S.A. E.S.P. con el fin de que la beneficiaria, E.P.M. ITUANGO S.A. E.S.P., celebre con E.P.M., un contrato tipo BOOMT, para la financiación, construcción, operación, mantenimiento y explotación comercial de la Central Hidroeléctrica Pescadero Ituango y le restituya a la sociedad Hidroeléctrica Ituango S.A. E.S.P., al término del referido contrato. En la misma asamblea se aprobaron los estatutos de la nueva sociedad y se eligieron los integrantes de la Junta Directiva de manera temporal. Los miembros de la junta expresan su reconocimiento y felicitan a la administración y a los servidores de las empresas que participaron en el proceso de negociación.

5.2.19. Acta 1528 del 01 de febrero de 2011, en la Sala de Juntas, que comprende 13 folios, se ubica la Fiscalía en la parte final del folio 09 y ss. que alude a un informe de Hidroituango con temas a tratar, como el estado en materia de seguridad, licencia, área de influencia, información predial, población impactada, conflicto, presencia de actores ilegales, zona estratégica, estrategia para el desarrollo del proyecto que incluye administración de predios, vigilancia, acciones policivas y judiciales, ajustes a la normatividad, vigilancia y control y condiciones actuales y actividades pendientes por desarrollar en los días siguientes. La gerencia general informa sobre el avance de la negociación de las condiciones del contrato BOOMT a suscribirse con Hidroeléctrica Ituango S.A. E.S.P. y concluidos los trámites de la contratación, se presentarán en la Junta Directiva.

5.2.20. Acta No. 1529 del 01 de marzo de 2011 con 05 folios. En el tema 03, visible en la página 02, un informe anual de actividades de la gerencia general del año 2010. En el numeral 05, acuerdo vinculante entre el Instituto para el Desarrollo de Antioquia (IDEA) y E.P.M. que permitirá que E.P.M. desarrolle integralmente el Proyecto Pescadero Ituango.

5.2.21. Acta No. 1530 del 01 de marzo de 2011 en la Sala de Juntas de EPM, con 07 folios. La administración a cargo del doctor FEDERICO RESTREPO POSADA, gerente General de EPM, en el folio 03 de la información de Gerencia General del desarrollo del proyecto Ituango, informa que se dio trámite de no objeción de la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) y luego del pronunciamiento de la SIC se procederá con la firma del contrato BOOMT y el análisis del posible desarrollo del proyecto en zona franca.

5.2.22. Acta No. 1532 del 28 y 29 de marzo de 2011, de la Junta Directiva Empresas Públicas de Medellín, consta de 02 folios, en el último párrafo del folio 01 se consigna - *“Autorizar la constitución y la firma, por parte de Empresas Públicas de Medellín E.S.P. - EPM, de una garantía solidaria, ‘Garantía de Casa Matriz’ requerida como condición necesaria para la firma del contrato BOOMT a celebrarse entre E.P.M. ITUANGO S.A. E.S.P. e Hidroituango S.A. E.S.P. Para ello, EPM se comprometerá con el otorgamiento de una garantía solidaria, limitada en el porcentaje de su participación accionaria en EPM Ituango, para respaldar las obligaciones que está asuma en la ejecución del citado contrato (en términos generales, construir, operar, mantener y devolver la central hidroeléctrica a Hidroituango S.A. E.S.P., a la finalización de dicho contrato”*

5.2.23. Acta 1533 del 05 de abril de 2011 en la Sala de Juntas de E.P.M., con 09 folios. En el folio 03, tema 04 *“Temas de la gerencia general”*. Se informa sobre la firma del contrato BOOMT entre la Sociedad Hidroituango S.A. E. S P. y E.P.M. Ituango S.A. E.S.P. el 30 de marzo de 2011, mediante el cual la última, asumió el compromiso histórico de financiar, construir, mantener, operar, explotar comercialmente y devolver en 50 años la Central Hidroeléctrica Ituango, posteriormente se procederá a la firma del contrato de usufructo de los terrenos, al análisis de la solicitud de declaratoria de zona franca para el desarrollo del proyecto, a la definición de la estructura organizacional de la sociedad Hidroituango S. A., entre otros aspectos.

5.2.24. Sesión ordinaria 001 de 13 de febrero de 2018, con 12 folios. Aunque fue enunciada por la señora representante del ente acusador, más no refirió al contenido de la misma, bueno es precisar que el tema tratado fue la capitalización de proyecto hidroeléctrico pescadero Ituango; se dijo que era el mejor proyecto en

el mundo y muchas empresas interesadas adujeron que obviamente, el mejor proyecto para Antioquia que significaba un cambio para el futuro del departamento, por su economía sobria, con ingresos estables de permanente crecimiento. Se hizo mención sobre el costo del proyecto en un total de 2.290 millones en USD, que incluye infraestructura, obras civiles (presa y obras anexas, así como obras de generación) y equipos (mecánicos y eléctricos), se habló de las garantías a otorgar y, que se aprobó en sesión del 30 de enero de 2008, incrementar el capital autorizado de la sociedad en 160.000 millones de pesos.

5.2.25. Acta 002 del 12 de marzo de 2008 con 08 folios, sesión ordinaria realizada en el salón del Concejo de Gobierno, piso 12 de la Gobernación de Antioquia. El gerente del IDEA, doctor ÁLVARO VÁSQUEZ OSORIO, retoma el punto 04 de nuevas condiciones para capitalización Hidroeléctrica Pescadero Ituango S.A. E.S.P.

5.2.26. Acta 06 del 27 de mayo de 2008, con 12 folios. El gerente informa sobre el avance en la capitalización del Proyecto Pescadero Ituango; comenta que tiene una composición de tres tipos de socios (i) Los privados, Empresa Públicas de Medellín y (ii) el Departamento. Para los primeros, lo más importante es maximizar su rentabilidad; para los segundos, es producir y vender energía y para el Departamento, es generar una fuente de ingresos que permita contrarrestar la pobreza de Antioquia.

5.2.27. Acta No. 07, sesión ordinaria del 18 de junio de 2008, desarrollada en el salón del Consejo de Gobierno de la Gobernación de Antioquia con 11 folios. En la página 3, numeral 04, "*Asuntos de Gerencia*"; informa el Gerente de Pescadero Ituango, acerca de la necesidad que existe de cambiar el presidente de la sociedad, para que sea asumida por el doctor JOSÉ FERNANDO VILLEGAS, presidente de la Cámara Colombiana de Infraestructura y miembro de la Junta Directiva de la Sociedad Pescadero Ituango. Explica que no se corren riesgos con este nombramiento porque los minoritarios y la Gobernación votan unidos y ello representa un porcentaje del 52% de participación, se comenta los pormenores de la subasta de energía, que adjudicó energía firme a la Sociedad Pescadero Ituango por 304 millones de dólares, de los cuales al IDEA le corresponden 152 millones.

5.2.28. Sesión ordinaria 011 del 18 de septiembre de 2008, en la Sala de Juntas del IDEA, con 17 folios y precisó que en el 5.1. Pescadero Ituango, expresa el señor gerente que el nombre del doctor **LUIS GUILLERMO GÓMEZ ATEHORTÚA** fue aceptado por unanimidad por las Empresas Públicas de Medellín.

5.2.29. Sesión ordinaria No. 014 del 4 de noviembre de 2008, en la Sala de Juntas del IDEA, con 09 folios, en el folio 04, numeral 05, el señor gerente indica que la próxima Junta Directiva de la Sociedad Hidroeléctrica Pescadero Ituango, se realizará el próximo miércoles 12 de noviembre de 2008, siendo los principales temas en el orden del día la posesión de la nueva Junta Directiva y la elección de su presidente.

5.2.30. Acta de Sesión Ordinaria No. 15 del 27 de noviembre de 2008, con 15 folios, en la página 5 de asuntos de gerencia, el doctor ÁLVARO VÁSQUEZ OSORIO, informa sobre las reuniones sostenidas con el presidente de la República, con el objeto de precisar la participación de la Nación en el Edificio “*Tribunales*”, reunión en la cual el primer mandatario expuso su interés por el Pescadero Ituango, como el más importante para el país. Además, hizo un análisis del compromiso del Gobierno Nacional para que éste salga adelante, sintetizándolo en los siguientes aspectos: (i) La declaratoria de zona franca para la zona de máquinas y transición, que representaría un ahorro de 150 millones de dólares, (ii) La posibilidad de que el inversionista que venga a trabajar conjuntamente con la sociedad no tenga que pagar un impuesto de renta del 33% sino del 15%, (iii) La posibilidad de garantizar una estabilidad jurídica superior a 20 años, (iv) cargo por confiabilidad que para la sociedad representa a la fecha, algo más de 300 millones de dólares. Indicó igualmente, que el gerente expresa la preocupación del presidente por la eventual demora en la vinculación, como socio de la multinacional y su solicitud para que la Sociedad proceda rápidamente en ese sentido, por encima de cualquier diferencia o interés particular entre los socios.

Puntualiza que el doctor MAURICIO VILLEGAS manifestó, que es sorprendente que E.P.M. no haya pensado en la importancia del proyecto y no haya realizado todo lo necesario para ejecutarlo, cuando el departamento, en cumplimiento de unas líneas claramente trazadas desde el plan de gobierno y ejecutadas por el IDEA, se da cuenta de la importancia del mismo, advirtiendo que la intención y los intereses de ambos socios es totalmente diferentes, considerando que para E.P.M. se trata de

un negocio más, que le genera importantes recursos para engrosar su caja, mientras que para el Departamento significa garantizar una renta por lo menos durante los próximos 100 años, confirmando el antiguo esquema que se tenía. Así mismo, la intención del Departamento y del IDEA, al buscar la participación de socios extranjeros, es lograr una prima para repartir entre los socios a prorrata de su participación, cosa que no se lograría, siguiendo los esquemas tradicionales de E.P.M.

Continúa en la página 6 para referir a la intervención del gerente en el último párrafo *“Manifiesta el gerente, en relación la visita de inversionistas extranjeros, que cada vez es más evidente su interés por participar en el proyecto, lo cual demuestra la necesidad de que la sociedad contrate prontamente una banca de inversión que se encargue de estructurar las condiciones para la realización de la subasta”* y en el folio 15 están las firmas.

5.2.31. Sesión Ordinaria 016 del 18 de diciembre de 2008, Acta de Junta Directiva IDEA, con 21 folios. El gerente comenta con detalles, la audiencia pública para el otorgamiento de la licencia ambiental, la cual se llevó a cabo en el municipio de Liborina - Antioquia el día 19 de diciembre de 2008. Informó que la Junta Directiva de la sociedad Hidroeléctrica Pescadero Ituango, dio la orden clara y puntual a la administración, para que se desarrollen todos los procedimientos necesarios tendientes a contratar una banca de inversión, que tendrá como responsabilidad la adecuación de todo el proceso de selección de interesados en desarrollar el proyecto a través del procedimiento de subasta, y que se sugiere, debe ser realizada en el auditorio de la entidad, con el acompañamiento de todos los entes de control y a viva voz, buscando garantizar la transparencia y efectividad del proceso, y que el gerente comentó, que la Contraloría Departamental de Antioquia, informó acerca de la operación de compra de acciones por parte del IDEA a algunos de los accionistas privados de la Sociedad Hidroeléctrica Pescadero Ituango y en relación con el proyecto, que lo más importante fueron las manifestaciones concretas del interés para su desarrollo y ejecución por parte de inversionistas extranjeros.

Acerca de la contratación por parte de la sociedad, de una banca de inversión que se encargue de la estructuración del proceso público para seleccionar la firma encargada de la ejecución del proyecto, indica, que el gerente en la última sesión de la Junta Directiva de la Sociedad Hidroeléctrica, realizada el 19 de diciembre de

2008, preguntó acerca de los avances en la contratación de dicha banca de inversión, a lo que el gerente de la sociedad indicó que se estaba trabajando en la elaboración de unos términos de referencia que permitan invitar y seleccionar a entidades de solvencia técnica, financiera y de experiencia que el proyecto implica y que además, se recibió por parte del gerente de ISA, un ofrecimiento de esa entidad para apoyar en los trámites de este tipo de negociación. Finalmente señala que la orden dada por la Junta Directiva al gerente de la Sociedad era el darle mayor prioridad y celeridad al proceso de contratación de la banca de inversión, toda vez que de ello depende parte de éxito en términos económicos y de tiempo, del proceso en ese momento.

5.2.32. Acta No. 03 del 24 de febrero de 2009, con 17 folios que trata de asuntos de gerencia. El gerente por octava vez consecutiva informa que el Instituto obtiene resultados positivos ante las instancias judiciales frente a los requerimientos de las Empresas Públicas de Medellín. Centra su intervención en el folio 6 que refiere: *“De otro lado, informa el gerente que el cronograma propuesto por la gerencia de la sociedad para la realización de la subasta, es de 31 meses, pero que el IDEA, por su parte, ha trabajado en la elaboración de una propuesta alterna que será llevada a la junta de la sociedad el día 25 de febrero y que supone la realización de la misma en seis o siete meses”*.

5.2.33. Acta de Junta Directiva 004 del 18 de marzo de 2009, con 19 folios, en el 07 aparecen los asuntos de gerencia y en el folio 8, se informa que han tratado en los estrados judiciales de cuestionar la adquisición del control accionario de la sociedad por parte del IDEA. Que una vez finalizada la sesión de la asamblea, se realizará sesión de Junta Directiva, en la que resulta como uno de los principales temas el que tiene que ver con la implementación del nuevo estatuto de contratación de la sociedad, para el cual, siendo consecuentes con la postura del IDEA en la asamblea de accionistas, se buscará a través de esta Junta Directiva de la Sociedad, pueda revisar todos y cada uno de los contratos que se pretenden suscribir con E.P.M. y así mismo, limitar la autonomía del gerente de la sociedad, de forma tal que la mayor parte de los contratos que pretenda realizar, tengan que pasar por la Junta Directiva.

Puntualiza que en el *“5.1.3. Subasta”*, se señala el Gerente, que en la Sesión de Junta Directiva de la Sociedad celebrada el 25 de febrero de 2009, el IDEA asumió ante solicitud sorpresiva, presentada en la misma sesión por el ingeniero **LUIS**

GUILLERMO GÓMEZ, responsabilidad de realizar la estructuración del proceso de subasta que se pretende realizar para financiar el desarrollo y puesta en ejecución del proyecto Hidroeléctrico Pescadero Ituango y que para la próxima sesión de Junta Directiva, se deben tener estructurados los pliegos para la contratación de la firma especializada que se encargará de acompañar al IDEA en todo el proceso de convocatoria y en el IDEA, la responsabilidad del tema de la subasta, recae principalmente en el subgerente financiero y el subgerente de cooperación y negocios internacionales.

Puntualizó lo informado por el gerente que previamente a la oferta de compra de acciones hecha por el IDEA a E.P.M., se hizo consulta con Vale, Alcoa y Río Tinto, verificando la intención que tienen las tres formas de participar como partes en la subasta y que, en la Junta Directiva de Hidroeléctrica Pescadero Ituango, celebrada el 25 de febrero de 2009, E.P.M., a través de sus representantes, expresó su voluntad de participar en la subasta. La postura del Departamento de Antioquia y el IDEA es que la subasta prevista permita adjudicar la energía firme a quien mejores beneficios otorgue para Antioquia.

5.2.34. Acta de la Junta Directiva 005 del 24 de abril de 2009, realizada en la Sala de Juntas del IDEA, con 10 folios, en la página 5 “*Asuntos de gerencia*”, punto 5.1. de la Hidroeléctrica Ituango, para precisar que los miembros de la Junta Directiva en el compromiso adquirido con el IDEA, en la pasada reunión de la junta de la Sociedad Hidroeléctrica Ituango, para liderar y llevar a cabo el proceso de selección de la Banca de Inversión que estructuraría la subasta para seleccionar el inversionista que financie el proyecto hidroeléctrico, indicaron que ha avanzado en la elaboración de los pliegos para la selección de la banca de inversión con la firma especializada contratada por el IDEA, en virtud del convenio celebrado con la Hidroeléctrica. Se confirmó una reunión en las instalaciones del Instituto para hacer revisión final de pliegos. Señaló, que el doctor JULIO ENRIQUE BOTERO expresa, que la decisión más acertada que se pudo tomar es que el IDEA lidere la subasta de la Hidroeléctrica Ituango. El doctor SANTIAGO PIEDRAHITA TABARES, hace la presentación de los términos y condiciones y el avance del proceso de contratación de la banca de inversión y que por su parte, los miembros de junta manifestaron preocupación frente al manejo que al interior de la Sociedad Hidroeléctrica Ituango le han dado algunos de sus funcionarios al tema de la subasta, considerado que se ha ido diluyendo el interés de algunos inversionistas extranjeros, que habían

manifestado su intención de participar en ella, que otro aspecto relevante para la subasta, es el tema regulatorio en nuestro país, lo cual podrá desestimular la participación de inversionistas extranjeros. La Junta Directiva recomendó, que el IDEA continúe con el liderazgo para llevar a cabo la subasta y sugiere que se tenga cautela frente al manejo que algunos funcionarios de la Hidroeléctrica le están dando al tema de la subasta, con el fin de evitar que resulte frustrado este esquema. El gerente informa, el interés que tiene el Instituto, de conformar un comité técnico asesor para que acompañe y asesore al IDEA en el proceso de subasta. Se ha considerado que el comité esté integrado por tres personas especialistas en el tema.

3.2.35. Acta de la Junta Directiva No. 008 del 20 de mayo de 2009, con 13 folios, se sitúa en la página 5 de los Asuntos de Gerencia de la Hidroeléctrica Ituango, para señalar que el doctor ÁLVARO VÁSQUEZ, percibe que la Sociedad Hidroituango ha desestimado la participación de los diferentes actores que han expresado interés en participar del proceso de subasta, lo cual se evidenció en una reunión compleja, sostenida con la firma VALE, que sorpresivamente trató de presentar una postura contraria a la que se venía manejando y solicitó más tiempo para la elaboración de estudios de factibilidad, para participar en el proceso y cambiar lo avanzado hasta ese momento. Ante lo expuesto, se les informó que al IDEA no le quedaba más alternativa, que volver a los esquemas tradicionales de financiación de este tipo de proyectos, lo cual al parecer los impactó bastante, quedando de revisar en detalle, lo que sería su participación en el proceso. No obstante, propusieron un esquema PPA, lo cual tendrá que ser analizado y revisado en detalle, tanto por el IDEA como por la Sociedad. Se comentó, asimismo, que en el proceso de selección de la banca de inversión que se encargaría de realizar la subasta, tuvieron algunas dificultades con la sociedad que esperan resolver de la menor manera. Asimismo, el señor gerente informó, que en la actualidad se tienen cinco bancas de inversión que han manifestado interés en participar en la estructuración de la subasta y que dos interesadas decidieron no participar por conflicto de intereses, como son el banco Santander y el Credit Suisse, y la firma ALCOA ha expresado de alguna forma, su desinterés en continuar en el proceso, pero se presume que podrá presentarse en alianza con E.P.M., finalmente puntualizó, que el doctor RAFAEL ECHAVARRÍA expresó, que se debe trabajar intensamente para lograr la participación de por lo menos tres oferentes.

5.2.36. Acta de sesión ordinaria 009 del 17 de junio de 2009, Sala de Juntas del IDEA con 15 folios. Su intervención lo fue para resaltar la página 3 No. 5.5. Hidroeléctrica Ituango, que el doctor EDGAR ARIAS invitó a 15 bancas de inversión de talla mundial para participar en el proceso de selección de la banca de inversión que se encargará de la estructuración de la subasta de energía y de estas presentaron propuestas tres, Banca de Inversión BBVA, Banca de Inversión Japonesa Mitsuho y BNP Paribas. El contrato fue adjudicado al BNP Paribas y se está en el trámite de su legalización.

5.2.37. Acta de sesión ordinaria 012 del 19 de agosto de 2009 en la Sala de Juntas del IDEA, con 15 folios, página 5. No. 5 de Asuntos de gerencia. El gerente comentó a los asistentes, que tanto en el periódico El Tiempo como en El Colombiano, se publicó un aviso en el que la Sociedad Hidroeléctrica Pescadero Ituango informa al público en general que está interesada en abrir un proceso de contratación tendiente a adjudicar a un tercero la construcción, detentación de la propiedad, operación, mantenimiento y futura transferencia de Hidroituango a una central de generación hidroeléctrica que cumpla por lo menos, con la obligación de energía firme, asignadas a Hidroituango y descritas en la certificación de obligaciones de energía firme, emitidas por XM el 25 de agosto de 2008, por lo que se consideró que se iba a alargar un poco más el proceso (hasta principios del año 2010), pero a su vez permitirá que haya más oferentes que puedan participar en el mismo y por lo tanto, se puede obtener un mayor valor de prima.

5.2.38. Acta de sesión ordinaria 014 del 21 de octubre de 2009, con 14 folio, página 4, No. 5.1. Asuntos de gerencia. Hidroituango. El gerente general informa, que se iniciaron las obras de construcción de la infraestructura vial y explanaciones para campamentos y su estación del Proyecto Hidroeléctrico Ituango y como aspecto importante destaca que se obtuvo la modificación de la licencia ambiental del proyecto, 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 BOOMT básico y por lo tanto se volvió al mismo, que se cuenta con 19 interesados en ejecutar el proyecto hidroeléctrico, de los cuales ocho manifestaron su interés en el proceso adelantado por la sociedad; cuatro adicionales que fueron conseguidos por el IDEA y otros siete que consiguieron la banca de inversión. El doctor **LUIS GUILLERMO GÓMEZ**, gerente de la

hidroeléctrica, manifestó que el optimismo es total frente al proceso de subasta que se está estructurando y la banca de inversión BNP Paribas, por su parte, considera que la subasta va a ser un éxito, que se cuenta con el modelo financiero del proyecto, presentado por la banca de inversión, el cual es bastante atractivo y optimista y se precisó que, el Proyecto Hidroeléctrico Pescadero Ituango es uno de los más atractivos en el mundo.

5.2.39. Acta de Junta Directiva de sesión ordinaria No. 015 del 25 de noviembre de 2009, con 24 folios. Asuntos de gerencia. 5.1. Central Hidroeléctrica Ituango. Que el gerente informa a los miembros de la Junta Directiva sobre el avance del proceso de selección del inversionista extranjero que financiará, construirá y operará el proyecto, que 22 empresas han manifestado su interés en el proyecto, según lo expresado por directivos del BNP Paribas y contar con solo tres participantes en la subasta sería un éxito, porque se generaría puja. Informó que se tuvo conocimiento que el día anterior a la junta, es decir, el 24 de noviembre de 2009, consignó en las oficinas del Hidroituango, el primer interesado, los valores correspondientes a los pliegos de condiciones y que en relación con el cronograma del proceso, se indicó que para el martes 29 de diciembre de 2009, se contaría con el primer modelo de precalificación, amén de que se proyecta para el 22 de febrero de 2010, tener listo el modelo de contratación del inversionista que construirá el proyecto. El 21 de mayo de 2010, es la fecha fijada para la realización de la subasta. Informa, que se han recibido sugerencias de que las propuestas sean presentadas en forma privada y cerrada y no de viva voz como se tiene previsto. Agrega que la subasta a viva voz con presencia de Procuraduría, Contraloría, Zar Anticorrupción, resulta el mejor mecanismo para el proceso, porque garantiza su transparencia.

Se llegó, por seguridad, a un modelo para el proceso de la subasta, más parecido a la legislación colombiana y se eliminó el modelo de negociación competitiva, lo que hacía el proceso más largo; el cierre total del proceso se tiene previsto para el 30 de junio de 2010. Puntualizó igualmente, que el señor gobernador realizó una petición especial para que se aceleren las obras de acceso al proyecto antes de que se seleccione el inversionista extranjero y que la reunión en la ciudad de Bogotá, realizada el 24 de noviembre de 2009, en el lanzamiento del proyecto de la Central Hidroeléctrica Pescadero Ituango, fue todo un éxito.

5.2.40. Sesión Ordinaria 16 del 17 de diciembre de 2009 con 16 folios, página 4. Temas de gerencia. Hidroeléctrica Ituango. El gerente informa que se viene avanzando en el proceso de selección del inversionista que financiará, construirá y operará el Proyecto Hidroeléctrico Ituango, que ya se cuenta con un número significativo de interesados inscritos y cinco, han solicitado que se corran las fechas para la precalificación. Además, que durante el primer semestre del año 2010 se deberán ir realizando varias contrataciones para ir cumpliendo el cronograma de actividades y sobre todo, su ruta crítica, con el fin de que el proceso no sufra atrasos y que el inversionista pueda cumplir con los compromisos del cargo de confiabilidad y se espera que la sociedad realice esta contratación entre los meses de febrero y marzo de 2010, que se tienen previstas capitalizaciones en la Sociedad Hidroeléctrica Ituango para el año 2010, que la subasta para seleccionar el inversionista encargado de la financiación, construcción y operación de la central ha sido programada para el 21 de mayo de 2010 y para el año 2011 se espera adelantar la licitación para la construcción de la presa.

5.2.41. Acta sin número del 27 de enero de 2010 de la Junta Directiva en la Sala de Juntas del IDEA, con 11 folios, en el 4 No. 5. Temas de gerencia. 5.1. Hidroeléctrica Ituango. El gerente informa que el 18 de enero de 2010 se cerró la etapa de precalificación en el proceso que se adelanta para la selección del inversionista que financiará, construirá y operará el Proyecto Hidroeléctrico Ituango, indicando que se presentaron once precalificados y varias firmas van a quedar descalificadas en el proceso, porque no cumplieron con los requisitos exigidos en los pliegos, que son insubsanables. Por su parte el doctor JULIO ENRIQUE BOTERO, destaca el propósito del negocio, de proporcionarle al departamento unos ingresos diferentes a los provenientes de los impuestos tradicionales y el gerente recuerda a los miembros de la Junta Directiva, que el propósito por el que se trabaja es que el próximo viernes 21 de mayo de 2010, a las 9 A. M., en el auditorio del IDEA, se realizará la subasta a viva voz, para seleccionar al inversionista, que financiará, construirá y operará el proyecto Hidroeléctrico Ituango.

5.2. 42. Acta de Junta Directiva No. 002 de 2010 del 24 de febrero de 2010, página 4. Asuntos de gerencia. Hidroeléctrica Ituango. El gerente informa que la fecha para la subasta, para seleccionar el inversionista que construirá, generará y financiará la Hidroeléctrica Ituango, no va a ser el 21 de mayo de 2010, como se tenía previsto, sino el 30 de julio, que de las once firmas que se inscribieron, siete resultaron

precalificados: El Consorcio KEPKO, Tres Gargantas, Electrobras, Andrade Gutiérrez y Asociados, Camargo y Correa, Odebrecht y E.P.M., que el consorcio KEPKO y ELECTROBRAS han presentado preocupación por la participación de E.P.M., porque dicha entidad conoce toda la información del proyecto y que no sólo es accionista, sino que además fue interventor en los estudios de prefactibilidad técnica, económica y ambiental elaborados por INTEGRAL, que los prepliegos estarán para publicar el 18 de marzo y esos documentos son claves, porque quedará definido el modelo del negocio y sólo será a partir de su publicación, que los interesados empezarán a analizar toda la información al respecto, momento a partir del cual, queda el proceso abierto desde el punto de vista legal. Finalmente informa el gerente, que la asamblea de accionistas de la Sociedad Hidroeléctrica Ituango se realizará el 24 de marzo de 2010 y el doctor JORGE GÓMEZ recomienda, que el IDEA haga una campaña publicitaria en caso de que se reciba una prima en la subasta del proyecto, cuyos recursos ingresarán al Departamento de Antioquia, informando a la opinión pública, los recursos que serán entregados al departamento por la subasta del BOOMT.

5.2.43. Acta de la Junta Directiva No. 003 del lunes 23 de marzo de 2010, con 14 folios, página 5, 5.1. El gerente encargado comenta a la junta que el 18 de marzo de 2010 publicaron los prepliegos del proceso de subasta que viene adelantando Hidroituango para seleccionar el inversionista que financie, construya y opere el proyecto hidroeléctrico, que la semana anterior se habían presentado unas comunicaciones por parte del BNP y Prieto Carrizosa, asesores de la Sociedad Hidroituango, relacionadas con su inconformidad y desaprobación a los pliegos aprobados por la Sociedad Hidroeléctrica Ituango. Por su parte, el Secretario General del IDEA informa que, en la última Junta Directiva de la sociedad, se observó un distanciamiento entre el grupo jurídico de la sociedad y la firma de abogados de BNP Paribas y Prieto Carrizosa. La Junta Directiva dio la instrucción al doctor **LUIS GUILLERMO GÓMEZ**, como gerente encargado de la Sociedad, de zanjar las discrepancias y cumplir con la publicación de los prepliegos el día 18 de marzo de 2010, y agregó, que los prepliegos son documentos técnicos, no definitivos, los cuales permitirán a los inversionistas, presentar sus observaciones, sugerencias y la sociedad, con sus asesores, estudia las observaciones y analiza si las hace parte del documento definitivo y se expresó, que los pliegos definitivos están listos para la última semana de junio.

5.2.44. Acta de Junta Directiva del IDEA, No. 004 del 29 de abril de 2010, con 35 folios, punto 5.1. Asuntos de gerencia. Numeral 5. El gerente encargado comenta a la junta que el 18 de marzo de 2010, se publicaron los prepliegos del proceso de subasta que viene adelantando Hidroituango para seleccionar el inversionista que financie, construya y opere el proyecto hidroeléctrico. En la página 23. Propositiones y varios. 6.1. Hidroituango. El gerente informa que por decisión de la Junta Directiva de la Sociedad Hidroeléctrica Ituango, dicha sociedad va a adquirir un crédito por 300 millones de dólares para capitalizarse con el fin de que los accionistas no tengan que invertir capital adicional. La Junta Directiva aprecia conveniente este procedimiento y avala la operación.

5.2.45. Acta No. 005 del 31 de mayo de 2010, llevada a cabo en el IDEA, con 21 folios, página 4. Asuntos de gerencia. Hidroeléctrica Ituango. El gerente informa a los miembros de la Junta Directiva sobre las presiones que se han recibido para que E.P.M. sea quien ejecute el proyecto, comenta que se viene avanzando en un proceso de negociación con dicha entidad, nombrándose a JUAN FELIPE GAVIRIA por parte de E.P.M. y al gerente del Instituto por parte del IDEA -Gobernación-, y las conversaciones se iniciaron desde el 24 de diciembre de 2009. Se dijo, además, que se han explorado varios esquemas de negocio con el fin de que sea EMP quien ejecute directamente el proyecto hidroeléctrico de Ituango y como facilitadores se nombraron a ALBERTO VELÁSQUEZ por parte del IDEA y a MANUEL SANTIAGO MEJÍA por E.P.M.

Como esquema de negocio, se propuso celebrar un contrato de cuentas en participación entre los accionistas y la Sociedad Hidroeléctrica Ituango y posteriormente, éstos suscribirán un contrato BOOMT con quien vaya a ejecutar el proyecto. Finalmente, señala que una vez EPM y el IDEA se pongan de acuerdo frente a los términos de una eventual negociación, ésta 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 para seleccionar el inversionista que financiará, construirá y ejecutará el proyecto de la Hidroeléctrica Ituango.

5.2.46. Acta No. 006 del 17 de junio de 2010 del IDEA, precisando la Fiscalía que esta es la última acta de la Junta Directiva de IDEA, con 19 folios, en la página 4. Asuntos de Gerencia. Hidroeléctrica Ituango. El gerente informó que en el desarrollo

del período de negociación directa con Empresas Públicas de Medellín y basado en la voluntad de la Junta Directiva del IDEA, de permitir la posibilidad de explorar alternativas al proceso de subasta, en su sesión del día 09 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.

En ejecución de dicho período, se ha llegado a un acuerdo metodológico de valoración del proyecto a partir de su valor neto, que es la técnica comúnmente aceptada para este tipo de efectos, considerando los beneficios que esperan recibir los socios de Hidroituango y lo que debe pagar E.P.M. como concesionario directo, sin necesidad de continuar con un proceso de subasta, siendo las variables a analizar, entre otras, el valor neto del proyecto, el costo promedio de capital y la tasa interna de retorno esperada.

Señala, que financieramente las remuneraciones esperadas siguen tal y como se previó en el proceso de subasta inicial, basados en un pago anticipado y un pago por regalías durante la operación; así, la estructura del negocio permanecerá en la medida en que el BOOMT se mantiene, retornando la Central Hidroeléctrica a manos de los socios de Hidroituango después de 40 años, a partir de la firma de los correspondientes contratos.

Que el periodo de negociación se adelanta observando estrictamente las directrices del señor gobernador, en el sentido de no vender ni una de las acciones del IDEA, el pago de una prima especial por la negociación directa y el pago de regalías a partir de la entrada en operación de la hidroeléctrica y el retorno de la misma en 40 años. Acerca del reconocimiento de una prima previa, indica que han sido muchos los comentarios acerca de la imposibilidad de E.P.M. para efectuarla. Sin embargo, expresa que se ha presentado la posibilidad de que, en vez de prima, dicho pago sea considerado como un pago anticipado o anticipo de regalías, siempre y cuando para el IDEA tenga un efecto positivo en su registro contable y los alcances de dicho pago sean los mismos bajo cualquiera de las consideraciones.

5.2.47. Acta No. 75 de la Junta Directiva de la Hidroeléctrica Pescadero Ituango del 04 de febrero de 2008, con 08 folios, página 3 del acta, ítem 6. Se autorizó a la administración para contratar con Empresas Públicas de Medellín la interventoría

para la elaboración del censo en zona de influencia y los diseños de las obras de infraestructura o vías de acceso. El doctor ALEJANDRO ESTRADA, Gerente de la Sociedad, recuerda a la junta que entre EEPPMM y la Hidroeléctrica existe un contrato marco de cooperación técnica que pone al servicio de la sociedad el conocimiento y experiencia de esa entidad en los temas que le son atinentes, lo que les ha permitido realizar varios contratos o actas de ejecución para procesos que requiere la Hidroeléctrica. Se presenta a la junta, la necesidad de realizar la interventoría del contrato para los diseños de las obras de infraestructura o vías de acceso, por un valor de 180 millones de pesos y también la interventoría del censo que se debe realizar en la zona de influencia de construcción de la hidroeléctrica.

Explica el doctor Rubiano sobre el censo que es conveniente, que este tema se adelanta para saber cuál es la población que hay en la zona de influencia del proyecto y se ha procurado buscar una entidad de amplio reconocimiento a nivel nacional para que haga el estudio, de tal forma que cuando comience la negociación de las tierras y las compensaciones a las comunidades, no se tenga ningún inconveniente. A este contrato las EEPPMM le haría el seguimiento o interventoría, entendiendo que la Hidroeléctrica no tiene personal para realizarla.

5.2.48. Acta 77 del 13 de marzo de 2008, de la Junta Directiva Hidroeléctrica Pescadero Ituango, la con 07 folios. Asiste el Gerente de la Sociedad, doctor ALEJANDRO ESTRADA y como miembro Principal, el doctor ÁLVARO VÁSQUEZ OSORIO, página 6, Propositiones y varios, Terrenos de ISAGEN. El presidente de la Junta, informa sobre el terreno de propiedad de ISAGEN, donde se desarrollarán las obras del proyecto y que es requerido también para la solicitud de zona franca. Manifiesta que desde el año 2000 había una promesa de compraventa que no se llevó a término. El doctor RUBIANO solicita a la Junta la autorización para que la administración proceda a realizar con ISAGEN la negociación del terreno, considerando las actualizaciones a los valores estipulados en la anterior promesa de compraventa. Para adelantar esta negociación, se contaría con un abogado de las EEPPMM y el departamento de bienes de esta entidad. La junta autoriza a la administración para la negociación del terreno, con el acompañamiento de las EEPPMM.

Evoca el subtítulo de “Zona Franca y Estabilidad Jurídica”, tema respecto del cual el doctor LUIS CARLOS RUBIANO, informa que se viene trabajando en la

preparación de la solicitud para el contrato de estabilidad jurídica con la Nación y la zona franca del proyecto, y solicita que, para la próxima junta, se programe en uno de los puntos, una exposición sobre la materia, con personal experto que ha trabajado este asunto en proyectos de las EEPMM.

5.2.49. Acta de la Junta Directiva No. 80 del 19 de mayo de 2008 con 10 folios. Enuncia que el gerente de la sociedad, doctor ALEJANDRO ESTRADA e invitado, Doctor JORGE MARIO FERNÁNDEZ, funcionario de E.P.M. fijan su intervención en el folio 09 - proposiciones y varios -. El Gerente presenta el tema remitido por el asesor jurídico de la sociedad, WILSON VÉLEZ RESTREPO, con relación a la decisión de ir a una subasta de energía, asumiendo los compromisos y garantías, implica que ya existe una decisión o voluntad de los dueños, de construir el proyecto y que por todo el contexto de lo que han venido realizando, la junta y la administración de la sociedad, lo expresado por el señor Gobernador y el Gerente General de las E.P.M., queda claro y expreso, que la decisión de construir el proyecto ya fue tomada, y que cuando la asamblea general autorizó las capitalizaciones y la junta y la misma asamblea la participación en la subasta, el presupuesto aprobado el año anterior, el proceso de las garantías, etc. era porque la decisión ya estaba tomada y se ratifica en la presente reunión.

5.2.50. Acta de la Junta Directiva No. 83 del 25 de junio de 2008, con 18 folios, en la Sala de Juntas del IDEA, página 6, número 7. "*Procesos contractuales*". Continúa el doctor JUAN DAVID CORRALES, funcionario de EPM, que en los términos se incluyó el Estatuto contractual de la sociedad, en el que se establece que cuando es uno solo el proponente, se puede llegar a una negociación directa. Se llamó a INTEGRAL, se llegó a un acuerdo con ellos, ajustaron su oferta y la presentaron por un valor de \$ 1.384.000.000.00, lo que equivale a un 16.41% menos de lo ofrecido inicialmente por la misma empresa. Lo anterior significa que restándole los cuatro ítems que se consideran necesarios para efectuar el contrato, la oferta de INTEGRAL sería de \$ 990.000.000; es decir, \$200.000.000 más que el presupuesto inicial, recordando que ese presupuesto inicial se tenía para diciembre de 2007 y la licitación salió en mayo de 2008.

Asegura que la recomendación del equipo de E.P.M., fue la de aceptar la oferta por los \$990.000.000, como una oportunidad de negociar para la hidroeléctrica, además, aceptar la contratación con INTEGRAL por los \$ 1.384.000.000 de la

puesta total, ya que posteriormente se deberían hacer modificaciones del contrato en cuanto al costo en el plazo si no se contratan los cuatro ítems adicionales propuestos por INTEGRAL. Entendiendo además que en esos momentos se está en una ruta crítica del proyecto. Interviene el doctor HUGO ALEJANDRO MORA, para comentar que generalmente en los términos de referencia se incluya como una causal de rechazo el que la oferta sobrepase el presupuesto establecido en la invitación. Frente a esto, comenta el doctor ALEJANDRO ESTRADA, que en los términos no se estableció presupuesto estimado por la sociedad. Se hizo licitación pública nacional, compraron tres personas el pliego y sólo una presentó la propuesta.

Se lee igualmente en el folio 7 del acta en comento, que continua el doctor HUGO ALEJANDRO MORA, agregando que se debió tener en cuenta los términos, porque si se pasan de ellos se perdería competencia y podrían ser cuestionados. Además, que se debe verificar el régimen jurídico aplicable, por el tipo de sociedad que es la hidroeléctrica, y se requiere de una directriz o resolución que aplique para el caso concreto. Responde el abogado WILSON VÉLEZ que en la sociedad existe el Estatuto de contratación que se debe aplicar para este caso.

El doctor LUIS CARLOS RUBIANO recuerda que en la junta pasada se aprobó que se realizará esta contratación por licitación pública, y así se hizo. En consecuencia, el proceso se ha venido cumpliendo en debida forma. Simplemente sucedió que la propuesta supera lo que inicialmente se tenía presupuestado y, además, se consideran otros ítems que inicialmente no estaban presupuestados, pero que, a la luz de los requerimientos reales y los beneficios para la ejecución correcta del proyecto, se deben aceptar.

Por su parte, el presidente de la junta, doctor JOSÉ FERNANDO VILLEGAS, pregunta ¿cuál es la recomendación de la parte jurídica?

El doctor HUGO ALEJANDRO MORA indica que se debe mirar la invitación que se hizo, que es ley del contrato que regirá todo el procedimiento. Si en los pliegos se contempló la posibilidad de que ofertaran cosas que no estuvieran previstas en ella, esto sería posible, de lo contrario considera que no se puede tener en cuenta.

El doctor JUAN DAVID CORRALES aporta que en los términos de referencia de este tipo de contrato siempre se deja abierta la puerta para que el proponente diga cuáles son sus necesidades para poder ejecutar el contrato. Nosotros podríamos rechazarlo y contratarlo por aparte, pero le saldría más costoso a la Hidroeléctrica.

Comenta el doctor LUIS CARLOS RUBIANO que en el tema de la consultoría no es como en el de la obra física, ya que en el primero hay muchos elementos que el consultor decide si son necesarios o no y los pone a consideración en su oferta. La Sociedad revisa si hay elementos que no fueron previstos, pero de acuerdo a la especialización y conocimiento del tema, puede considerar que se deben incluir.

Pregunta el doctor HUGO ALEJANDRO MORA: ¿En el momento en que se hubieran presentado los tres, ¿cómo se evaluarían?

El doctor JUAN DAVID CORRALES responde lo siguiente: Se toma el formulario F23 y se evalúa con lo que había solicitado la Hidroeléctrica. Con base en este análisis se adjudica. Allí se analizarían los tres en igualdad de condiciones. Así se hizo en el caso del diseño de vías.

El doctor CARLOS OSORNO complementa que los adicionales que está proponiendo INTEGRAL son definitivamente necesarios para el proyecto. Es muy importante que se realicen ya. Por ejemplo, en el caso de las fotos son esenciales en este momento, no sólo porque se requiere cartografía sino también porque se necesita apreciar quién está en este momento. Indica que todo lo que ofrece en la propuesta de INTEGRAL se hace urgente ahora.

Agrega el doctor ALEJANDRO ESTRADA que también el estudio de títulos propuesto es necesario hacerlo, porque la declaratoria de utilidad pública los requiere.

El doctor JOSÉ FERNANDO VILLEGAS indica que no cabe duda que todo lo que se está haciendo está correcto y es indispensable para el proyecto. Pregunta: la propuesta y lo que se negoció, desde el punto de vista del proceso contractual, ¿se está cumpliendo con los Estatutos y las normas? ¿Permite el Estatuto negociar con un solo oferente?

Indica el Secretario de la junta, abogado WILSON VÉLEZ, que el estatuto contractual prevé que cuando se presente un solo proponente, es viable entrar en la etapa de negociación directa y hacer ajustes.

5.2.51. Acta 86 de la Junta Directiva de la Hidroeléctrica Pescadero Ituango, llevada a cabo el 29 de agosto de 2008, Sala de Juntas del IDEA, con 16 folios. Es asistida por el Gerente de la Sociedad, doctor ALEJANDRO ESTRADA, en la página, punto 4. “*Nombramiento del Gerente General*” para leer el fragmento toma la palabra el doctor ÁLVARO VÁSQUEZ, y expresa que con el señor Gobernador han pensado que se requiere de una persona que, además de tener excelsas calidades, pueda calmar las aguas y permitir que todo siga marchando para bien de la ciudad, el departamento y el país. Ayer se reunió con el señor Gobernador y coincidieron en un nombre a quien a quien consultaron y pusieron en conocimiento del doctor FEDERICO RESTREPO POSADA, al doctor **LUIS GUILLERMO GÓMEZ ATEHORTÚA**. Se puso a consideración de los miembros de la Junta Directiva su nombre y se pregunta si hay más candidatos sobre la mesa. El doctor LUIS CARLOS RUBIANO expresa que las E.P.M. está de acuerdo en principio, pero quieren hablar con el doctor **GÓMEZ ATEHORTÚA**. Indica que, ante todo, quieren tener claridad para dónde van y consideran fundamental que la nueva administración tenga como tarea primordial un acuerdo de accionistas que permita el desarrollo del proyecto en las mejores condiciones, para beneficio de todos. Pide un plazo para que se tomen las decisiones.

El doctor ÁLVARO VÁSQUEZ destaca las calidades del doctor **LUIS GUILLERMO GÓMEZ** y considera prudente su nombre, para que se limen asperezas y se eviten comentarios como el del editorial del periódico y El Tiempo del día de hoy. Pide que para las decisiones se suspenda la actual junta y se reúna en los primeros días de la semana siguiente.

El doctor LUIS CARLOS RUBIANO pide especial discreción de todos los miembros de la junta para que no se filtre a la opinión pública el nombre propuesto, para evitar interferencias. El doctor JOSÉ FERNANDO VILLEGAS, presidente de la junta, aporta que estuvo hablando con el doctor FEDERICO RESTREPO, quien le indicó que E.P.M. no tienen candidatos y le parece convenientes las reuniones del doctor **LUIS GUILLERMO GÓMEZ** con el gerente de las E.P.M. y manifiesta su acuerdo

para la suspensión de la Junta Directiva hasta el próximo miércoles a las 7 y 30 de la mañana.

Después de un depurado análisis por parte de todos los miembros de la Junta Directiva, el doctor LUIS CARLOS RUBIANO expresa que para el efecto se debe designar a una persona que dé seguridad a todos los accionistas por su independencia y conocimiento en la sociedad y propone como la persona más indicada, al doctor JOSÉ FERNANDO VILLEGAS HORTAL, actual presidente de la Junta Directiva, para el cargo de gerente suplente de la Sociedad Hidroeléctrica Pescadero Ituango.

Luego de los apartes precedentes leídos por la señora Fiscal, pasa al folio 9, parte final "*Proposiciones y varios*". Indicó que El doctor ALEJANDRO ESTRADA llama la atención, que no cree que en un día o una mañana se pueda hacer la entrega y recibo de la gerencia, por bien de él y de la Sociedad, se ofrece personalmente y su tiempo, sin ningún compromiso de tipo económico laboral, siempre y cuando no tenga la representación legal para estar haciendo la entrega al doctor JOSÉ FERNANDO VILLEGAS y posteriormente designen como gerente en propiedad.

Continúa en la página 12, señalando la fecha y hora de la reunión de Junta Directiva, miércoles 3 de septiembre de 2008. Asistente el doctor JOSÉ FERNANDO VILLEGAS como presidente de la junta. Prosigue en el folio 13, donde el presidente de la junta, doctor JOSÉ FERNANDO VILLEGAS, recuerda que el orden del día que se encontraba pendiente, incluía los temas de nombramiento del gerente de la sociedad, proposiciones y varios. En este último punto propone retomar lo de la asamblea general.

Con relación al nombramiento del gerente de la sociedad, el doctor ÁLVARO VÁSQUEZ retoma la designación del doctor **LUIS GUILLERMO GÓMEZ ATEHORTÚA**, y comenta que el doctor **GÓMEZ** se reunió con el doctor FEDERICO RESTREPO, e igualmente aporta las manifestaciones hechas por el doctor LUIS ALFREDO RAMOS - Gobernador de Antioquia, y el doctor ALONSO SALAZAR - Alcalde de Medellín, en la reunión del Metro. De manera oficial, el doctor ÁLVARO VÁSQUEZ propone el nombre del doctor **LUIS GUILLERMO GÓMEZ ATEHORTÚA** como gerente de la Sociedad, como el mejor candidato para sacarla adelante en las actuales circunstancias que vive esta sociedad.

El doctor JOSÉ FERNANDO VILLEGAS aporta que estuvo reunido con el doctor **LUIS GUILLERMO GÓMEZ**, quien le encomendó que transmitiera a la junta que es su propósito llegar a un entendimiento entre los accionistas y de una manera expedita llegar a un acuerdo de accionistas. Ratifica el doctor JOSÉ FERNANDO VILLEGAS que tiene todo el apoyo de los accionistas mayoritarios de la sociedad.

El doctor LUIS CARLOS RUBIANO, mencionada la total tranquilidad por parte de E.P.M. en la designación del doctor **LUIS GUILLERMO GÓMEZ**. Reitera la necesidad del acuerdo de accionistas en beneficio del proyecto y considera importante que se definan los roles con el ánimo que no se tengan inconvenientes a futuro.

En este punto, la Junta Directiva aprueba, por unanimidad, la designación del doctor **LUIS GUILLERMO GÓMEZ** como Gerente de la Sociedad Hidroeléctrica Pescadero Ituango S.A. E.S. P. El doctor JOSÉ FERNANDO VILLEGAS expresa su beneplácito por la decisión tomada. Se reunirá con el doctor **GÓMEZ** para mirar la posibilidad de un empalme.

Continúa la Fiscalía con la lectura de la página 15, y precisa que el doctor ÁLVARO VÁSQUEZ pide que quede constancia que se estaba entendido que con la revisoría fiscal se había contratado un estudio que los llevara a resolver con claridad, quiénes son los dueños de la sociedad y no que simplemente fueran a auditar. Para la comisión que sugiere el doctor HUGO ALEJANDRO MORA, pone a disposición los recursos del IDEA y pregunta que si E.P.M. está a disposición de hacerlo. La comisión se reunirá y con base en sus conclusiones se citará a la asamblea extraordinaria.

En este punto los doctores ÁLVARO VÁSQUEZ y LUIS CARLOS RUBIANO proponen que la junta se vuelva a reunir la semana siguiente, para el jueves 11 a las 2:30, se aprueba por unanimidad por cinco miembros principales y disponen el orden de la reunión. Relaciona la reunión del próximo viernes de la asamblea extraordinaria, se acuerda darla por terminada y se citará próximamente a una nueva reunión.

Se debe anotar la controversia planteada sobre el tipo de régimen laboral al que se debe someter el gerente, doctor **LUIS GUILLERMO GÓMEZ**. El abogado WILSON VÉLEZ expresa que de acuerdo con el artículo 41 de la Ley 142 de 1994, su vinculación se rige por el derecho laboral. El doctor HUGO ALEJANDRO MORA expresa que de acuerdo con la sentencia C-736 del 2007, no queda duda de que las personas vinculadas a las Empresas de servicios públicos sean funcionarios públicos. Este tema se debe resolver rápidamente y el doctor LUIS CARLOS RUBIANO ofrece el apoyo de la abogada MARÍA ALEJANDRA GIL, de las E.P.M.

5.2.52. Acta 87 del 18 de septiembre de 2008 con 12 folios, la Sala de Juntas del IDEA. Presente el gerente de la sociedad, doctor ALEJANDRO ESTRADA y el presidente de la junta, doctor JOSÉ FERNANDO VILLEGAS, hoja No. 2. El doctor ÁLVARO VÁSQUEZ, teniendo en consideración la presencia del nuevo gerente de la sociedad, doctor **LUIS GUILLERMO GÓMEZ ATEHORTÚA**, propuso que se les dé la bienvenida a las reuniones de la Junta Directiva. El doctor JOSÉ FERNANDO VILLEGAS reitera al doctor **LUIS GUILLERMO GÓMEZ**, el apoyo de la Junta Directiva para su gestión, ya que todos están comprometidos en sacar adelante el proyecto, como independientemente se lo habían manifestado sus miembros.

Continúa en el folio 4 *“Informe de contratación”*. El doctor LUIS CARLOS RUBIANO presenta a las personas invitadas, integrantes del área de proyectos de E.P.M., en el negocio de la generación de energía, un área que está centrada en el proyecto: los doctores JUVENAL DARÍO ESPINAL BETANCUR, Subgerente Desarrollo Proyectos Generación Energía; CARLOS ALBERTO SOLANO BONNETT, Subgerente Comercial Generación; y **LUIS JAVIER VÉLEZ DUQUE**, Jefe área de Proyectos.

Con respecto al contrato marco de colaboración empresarial, los doctores LUIS CARLOS RUBIANO, MAURICIO CASTAÑO y WILSON VÉLEZ, aclaran algunas inquietudes de los doctores JOSÉ FERNANDO VILLEGAS, HUGO ALEJANDRO MORA y **LUIS GUILLERMO GÓMEZ**. Los doctores LUIS CARLOS RUBIANO y MAURICIO CASTAÑO explican el mecanismo con el que opera este contrato de colaboración empresarial, en el que se debe dar estricto cumplimiento a los estatutos contractuales de ambas sociedades, por medio de actas de ejecución y órdenes de servicio.

El abogado WILSON VÉLEZ, Secretario de la Junta, indica que cuando se presentó y aprobó ese contrato marco, se quisieron aprovechar las fortalezas que en el conocimiento del negocio tiene E.P.M., en beneficio del desarrollo de las diferentes actividades propuestas en el plan de trabajo de la sociedad. Se contempló que se daría cumplimiento a los requerimientos del estatuto contractual de la sociedad. Teniendo en cuenta la poca estructura de la sociedad, en algunos casos se ha apoyado en E.P.M. la elaboración de términos de referencia o procesos de selección, previa autorización de la Junta Directiva. LUIS CARLOS RUBIANO explica que, debido a la poca estructura administrativa de la sociedad, la misma se apoya en los mecanismos ágiles que le ofrece el contrato de colaboración con las Empresas Públicas de Medellín en la parte técnica.

Aclara el doctor **LUIS JAVIER VÉLEZ DUQUE** que todos los pasos que tienen que ver con la contratación, en cada una de las etapas, las aprueba previamente la sociedad. Explica igualmente que la adición al contrato para el diseño de las vías, se refiere a una variante en San Andrés de Cuerquia, porque la vía principal que va hacia Ituango, no permite el transporte de los equipos. Allí hay que construir una variante de aproximadamente cuatro kilómetros. Luego viene un tramo entre San Andrés de Cuerquia y El Valle, abajo en el río, cerca del Puente Pescadero, se debe rectificar esa vía ya que el puente quedará inundado.

5.2.53. Acta de Junta Directiva No. 88 del 3 de octubre de 2008, con 13 folios. Presidida por el Gerente de la sociedad, doctor **LUIS GUILLERMO GÓMEZ** e invitado el doctor JUVENAL ESPINAL, Subgerente Proyectos de Desarrollo de Proyectos Generación Energía, página 11, punto 8 “*Proposiciones y varios*”. Aduce que como ya está adjudicado el contrato de los diseños de las obras principales del proyecto, pregunta el doctor EFRAÍN OSSA, cuándo se tendrá el acta de inicio y quién va a hacer la interventoría. El doctor **LUIS GUILLERMO GÓMEZ** responde que tiene una propuesta de interventoría de este contrato por parte de E.P.M., que está analizando y está en la definición del tema. Con relación a la zona franca, se tendría una reunión en E.P.M. con el grupo que trabaja ese tema. El doctor LUIS CARLOS RUBIANO y los miembros de la Junta Directiva que representan a E.P.M., doctores JUAN FERNANDO BERMÚDEZ, CARLOS OSORNO y MAURICIO CASTAÑO, presentan la siguiente constancia:

“Que las Empresas Públicas de Medellín, en aras de la transparencia de la búsqueda de optimizar los recursos públicos como lo manda la ley 489 de 1998, de coordinación administrativa entre entes públicos, el período previo a la fecha de la elección, tanto del Alcalde de Medellín, de los Alcaldes Municipales y del Gobernador de Antioquia, presentó a los diferentes candidatos sus planes de expansión en distintos servicios públicos que presta E.P.M., de tal forma que cada uno de ellos contara con la información suficiente y oportuna para el diseño de sus planes de gobierno y se aprovecharan al máximo las sinergias de un trabajo conjunto Empresa-Alcaldías y Empresa-gobernación, en beneficio de las diferentes regiones de Antioquia.

Por lo anterior, se realizaron durante el año 2007, por parte del doctor JESÚS ARTURO ARISTIZABAL GUEVARA, Director Energía de las E.P.M., reuniones con varios candidatos a la Gobernación de Antioquia, entre ellos el doctor LUIS ALFREDO RAMOS BOTERO. Así mismo, se reunieron también con candidatos a la alcaldía de Medellín, y con candidatos a las alcaldías de otros municipios de Antioquia en donde se les explicó los diferentes programas que venía adelantando E.P.M., entre ellos el desarrollo del proyecto Pescadero Ituango y su importancia para la política de gestión social, ambiental, de inversiones regionales, políticas de empleo municipales, derivados de la ejecución de tan significativo proyecto para Antioquia y para el país”.

5.2.54. Acta de Junta Directiva No. 89 de Hidroeléctrica Pescadero Ituango del 12 de noviembre de 2008, con 15 folios - Salón Pedro Justo Berrio de la Gobernación de Antioquia. Asistentes, el gerente de la sociedad, doctor **LUIS GUILLERMO GÓMEZ** y como invitados el doctor LUIS CARLOS RUBIANO, Subdirector Empresas vinculadas E.P.M. y el doctor CARLOS URIBE, Asesor del IDEA. En la página 9, expresa el doctor JESÚS ARTURO ARISTIZABAL que, como ejercicio académico, le dan por parte de E.P.M. la bienvenida, para que sea objeto de poderlo reconocer en forma pormenorizada, estudiarlo, hacerle algunos comentarios, mejoras, modificaciones, etc.

Plantea inquietudes sobre la posibilidad de modificaciones a algunos aspectos de diseño en las obras principales del proyecto que no fueron contempladas en la factibilidad técnica, económica y ambiental que entregó INTEGRAL en el mes de agosto del año pasado y, teniendo en cuenta que estamos ya en el momento de la

iniciación de los diseños detallados por parte de INTEGRAL, cree que no debe ir por un lado la evaluación económica-financiera, que bajo la propuesta actual modifica los aspectos constructivos y el diseño mismo del proyecto y; por el otro, los diseños detallados que ya han sido contratados con INTEGRAL. Igualmente comparte lo planteado por el doctor FEDERICO RESTREPO con relación a cómo se van a construir los términos de referencia que permitan poder tener niveles de comparación de los diferentes proponentes y la convocatoria de esos potenciales inversionistas para el desarrollo de proyecto a través de diferentes alternativas. Dichos términos deben ser objetivos, claros y transparentes para todos los interesados a participar. Celebra que el doctor **LUIS GUILLERMO GÓMEZ**, como gerente del proyecto, asuma la interlocución válida para con los potenciales inversionistas.

5.2.55. Acta No. 90 del 26 de noviembre de 2008 de la Junta Directiva de la Junta Directiva de la Hidroeléctrica Pescadero - Sala de Juntas IDEA, con 15 folios. Presidida por el Gerente de la Sociedad, doctor **LUIS GUILLERMO GÓMEZ ATEHORTÚA** e invitados el Doctor LUIS CARLOS RUBIANO, subdirector de energía de E.P.M.; YOMAIRA GIRALDO MACÍAS, asesora financiera HPISA; doctor CARLOS URIBE, Asesor financiero. Página 12. El doctor HUGO MORA precisa que la sociedad es de naturaleza pública a la que le son aplicables los principios de la función pública, dentro de los que se encuentra el de la planeación. Se deben conocer cuáles son los proyectos que se adelantarán en las próximas vigencias para prever con la suficiente antelación en una situación real, consolidada y conocida por todos, cuándo se requiere disponer de esos recursos. Y contar con la respectiva disponibilidad presupuestal, si es que se adopta la tesis de que se requiere contar con la disponibilidad desde el inicio o si, por el contrario, se va a adoptar la teoría que se sugiere para la real ejecución del proyecto.

En cualesquiera de los escenarios planteados, se deben conocer cuáles con los proyectos que se adelantarán y las fechas precisas en las cuales se requieren los recursos. No se debe someter la capitalización cuando los términos de iniciación de cada proyecto son inciertos.

5.2.56. Acta de Junta Directiva No. 91 del 4 de diciembre de 2008 - Sala de Juntas del IDEA, con 17 folios. Preside el doctor **LUIS GUILLERMO GÓMEZ ATEHORTÚA**, Gerente de la Sociedad, invitado por E.P.M. Folio 11. El doctor

ÁLVARO VÁSQUEZ interviene para manifestarles sobre lo expresado por el doctor VILLEGAS; que tanto el doctor VILLEGAS como el doctor SERGIO BETANCUR no son funcionarios de la administración departamental y eso los convierte en el fiel de la balanza. Como el doctor VILLEGAS ha hecho referencia a que se logren unos acuerdos al interior de la Junta, creen que deberían ir más allá y ser unos acuerdos totales. No encuentra sentido que en la junta se lleguen a unos acuerdos, mientras que por fuera se siguen dando ataques en medios y en los tribunales por parte de otro socio del proyecto. Indica que ha sido acusado como delincuente y se hablan de cinco (5) intentos fallidos por parte de E.P.M., intentando volver a la negociación a su estado original. Se pregunta entonces, ¿qué posibilidades concretas hay de poder llegar a tener un acuerdo?

Este tema lo ha hablado con el señor Gobernador, quien ha estado particularmente molesto y ofendido, por lo que consideran una clara deslealtad de E.P.M. Alude a la declaración de funcionarios de E.P.M. en los medios de comunicación y que ya tienen documentados, además de lo que ha sido fundamental la coadyuvancia de la acción popular que colocaron los señores Botero en contra del IDEA, solicitando unas medidas cautelares que de fondo buscaban congelar el ejercicio de los derechos que se desprenden para el IDEA en las acciones que adquirió en junio y agosto. Hace un recuento de las diferentes demandas, recursos y tutelas que se han presentado. Indica que para la solicitud de reforma de la acción popular se sumaron todos los argumentos de E.P.M. Se refiere a la última conversación telefónica que sostuvo con el doctor FEDERICO RESTREPO, de que las intenciones de aplazar la realización de la Asamblea primero, y luego la Junta, si iban en la dirección de buscar que la negociación volviera a las circunstancias accionarias del 14 de julio, orden que él había recibido de su Junta Directiva, de implementar las acciones que la ley permitiera para volver a la situación anterior.

Insiste en que no tiene mucho sentido que al interior de la junta se intente ponerse de acuerdo en unos términos parciales si en lo otro no se hace claridad para dónde van. Manifiesta que se encuentra en una guerra jurídica y acepta esos términos, pues no tienen otra alternativa. Por eso, ratifica, debe ser un acuerdo global.

Hace un recuento de la reunión del 19 de julio de 2008, en el Club Unión, a la cual asistieron el señor Gobernador, el señor Alcalde, el señor Gerente de E.P.M., los dos amigables componedores, el doctor ALBERTO VELÁSQUEZ MARTÍNEZ y el

doctor MANUEL SANTIAGO MEJÍA, y él, en su calidad de Gerente del IDEA, y de los hechos subsiguientes que culminan con el comunicado publicado con los borradores del acuerdo que venían trabajando y lo que ha transcurrido en los tribunales.

5.2.57. Acta No. 92 del 17 de diciembre de 2008 - Sala de Juntas del IDEA con 12 folios. Asistente el doctor **LUIS GUILLERMO GÓMEZ** como Gerente de la Sociedad y como invitado el doctor LUIS CARLOS RUBIANO, subdirector de energía de E.P.M. Página 5. El doctor **LUIS GUILLERMO GÓMEZ** expresa que la misma reflexión se han hecho en la sociedad, pero considera que de todas formas se requiere funcionar mientras eso se resuelve y que buena parte de la planta técnica propuesta podría pasar al servicio de la empresa que gane la subasta y en ese momento la estructura podría cambiar. El horizonte no es claro y sólo se puede tener como cierto el modelo tradicional de trabajo y el apoyo que se tiene con E.P.M. Seguidamente se ocupa de la página 8 para articular el estudio de mercado contratado con E.P.M. costó \$114.000.000 y se requiere de \$14.000.000 adicionales por insuficiencia presupuestal. En el contrato de interventoría e impacto ambiental hecho con E.P.M., se realizó en enero de 2008 un pago de \$200.000.000 que corresponde a la vigencia de 2007 pero se cargó a la vigencia del año 2008. Finalmente, un pago que corresponde a análisis y estudios complementarios ejecutados por INTEGRAL, pagado en abril de 2008 por \$101.000.000 que también correspondía a un compromiso de la vigencia del año 2007.

En total se requiere de un traslado de \$315.000.000 que propone se retire de la cuenta diseño detallado de las obras principales, en la que se tiene disponible \$356.000.000 y en el 2008 sólo se ejecutará en un 50%.

5.2.58. Acta No. 94 del 28 de enero de 2009 - Sala de Juntas del IDEA, con 12 folios. El doctor **LUIS GUILLERMO GÓMEZ** como Gerente y el doctor JORGE MARIO PÉREZ, invitado como gerente de generación E.P.M., el doctor CARLOS SOLANO como subgerente comercial de generación. Página 8, punto 9 "*Informe de la administración*". El doctor **LUIS GUILLERMO GÓMEZ** informa a la junta que la licencia ambiental, como lo expresó el doctor JORGE MARIO PÉREZ, está próxima a expedirse por parte del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial. Informa a la junta que tuvo la visita de técnicos de la Empresa Minera Río Tinto, que vinieron a mirar con detalle, el proyecto, estuvieron en contacto con INTEGRAL y

se les suministró información técnica que es abierta al público. Presenta información sobre esta empresa y afirma que manifestaron su complacencia por el proyecto y por la calidad de la ingeniería colombiana.

Con relación a la compra de tierras, informa el gerente, que se firmó la escritura de compraventa con ISAGEN, de 786 hectáreas y se está dando prioridad a la compra de tierras que se requieren para la construcción de las vías que se sacarán a licitación próximamente. Mientras se adelanta el trámite de utilidad pública se avanzará con las promesas de compraventa de tierras, como lo ha recomendado la jurídica de Empresas Públicas, en su concepto sobre la viabilidad de este tipo de negociación. En cuanto al balance y estados financieros del 2008, informa que ya se tienen balances de prueba y se le informará próximamente a la junta, del cierre final.

La compañía contrató la contabilidad para este año por outsourcing con la firma CONTABLER. Con relación a los contratos de zona franca y estabilidad jurídica, informa que se han pedido a E.P.M., unas aclaraciones a la propuesta inicial y entre tanto se han reunido con otra firma que estaba pasando una propuesta.

Sobre la contratación de la subasta para los interesados en el desarrollo del proyecto, informa que han hecho contactos con bancas de inversión, con E.P.M. e ISA y expertos en el tema. Le cede la palabra a la doctora YOMAIRA GIRALDO, asesora financiera de la Hidroeléctrica, quien expresa que se han adelantado contactos con las firmas expertas en análisis de las alternativas de inversión que pueda tener el proyecto. Se establecieron contactos con BANCOLOMBIA, INVERLINK, CITY BANK y SANDAL BANK, y está pendiente una reunión con el BNP Paribas, Banco Nacional de París.

Se adelantan dos procesos de contratación: el primero es para la asesoría de la contratación de la banca de inversión, y el segundo es para la actualización de la evaluación financiera del proyecto, ya que la que se tiene es a nivel de la factibilidad. Coincide con el doctor JESÚS ARTURO ARISTIZÁBAL que para esta última se deben tener en cuenta los diseños definitivos del proyecto y espera tener información en los próximos ocho días de los contactos que se han hecho para ambos contratos. Para el primer contacto se esperan propuestas de E.P.M., ISA y NEW ECONOMIST FINANCE, esta última de Bogotá. Para este primer contacto,

por el momento, no se requiere actualización, pero se les informará en la próxima reunión.

Sobre esta contratación de la subasta, expresa el doctor **LUIS GUILLERMO GÓMEZ** que la sociedad ha entrado en un proceso de enorme magnitud y desconocido en nuestro medio. Por ello hay experiencias y se está en una etapa de aprendizaje. Trae a colación las dificultades presentadas en la adjudicación del tercer canal y la licitación del Túnel de la Línea, para señalar el cuidado que se debe tener con el desarrollo de esta contratación.

Presenta la doctora YOMAIRA GIRALDO, el cronograma elaborado para la subasta que se anexa a la presente acta. Indica que tiene cinco bloques principales de actividades. En primer lugar, se requiere la asesoría para la contratación de la banca de inversión para el que se estiman dos meses.

El bloque siguiente es la estructuración para la apertura de la subasta con la banca de inversión. Se debe definir la estrategia de manejo de la subasta, preparar mucha información y por ello se debe contar con un cuarto de datos que está disponible para los inversionistas y bancos interesados; igualmente el pliego de contratación, prospecto de oferta y manual de instrucciones del proceso de subasta. Para esta parte se han estimado cuatro meses.

El bloque siguiente es la primera parte de la subasta que incluye la audiencia pública, la apertura del cuarto de datos para el que se requiere de tres meses; reunión técnica con interesados, entrega de prospectos y precalificación, para lo que se les llamará, evaluará y definirá las firmas precalificadas. Todo esto se encuentra en el bloque tres de actividades previas.

Las compañías mineras informaron que requieren un mínimo de doce (12) meses para entregar las evaluaciones de pre-factibilidad de sus negocios y de esta manera se incluye este tiempo en el cronograma. Este período lo han denominado “*período de reserva*”. Pregunta el doctor FEDERICO RESTREPO, si las compañías no han solicitado opción previa o exclusividad por el costo que les implica el estudio de la factibilidad. El doctor JUAN FELIPE GAVIRIA expresa que la exclusividad no se puede dar y que esta solicitud se debe comparar con la presentación de las otras firmas que no requieran exclusividad.

Agrega el doctor **LUIS GUILLERMO GÓMEZ** que a los seleccionados se les informará que están opcionados, que pueden hacer sus análisis, presentar sus propuestas y se pasará al concurso o selección final.

Pregunta el doctor JESÚS ARISTIZÁBAL que, para la selección final, que es la evaluación de los proponentes que lleguen después de la precalificación. ¿Cómo se establece el término de seis meses? La doctora YOMAIRA informa que se estableció este término por la experiencia que se ha tenido en procesos similares. En este punto, el doctor HUGO MORA, reitera la solicitud que han hecho sobre la celeridad en la contratación de la banda de inversión, ya que en la presentación que se hace, se aprecian términos amplios. Antes de dar la aprobación, solicita que se puedan presentar observaciones al cronograma en la próxima reunión de junta.

Informa el doctor **LUIS GUILLERMO GÓMEZ** que conoce la urgencia por parte de todos los interesados, pero se aprecia que en el cronograma se contempla 32 meses para el proceso. Pide el doctor HUGO MORA que se contrate con prontitud, teniendo en consideración el informe que se presentó al iniciar la junta, en el que se determina que el cumplimiento de los plazos es inexorable con el cronograma que se comprometieron para la subasta de energía. El doctor FEDERICO RESTREPO aclara que el cronograma de la banca de inversión no compromete el cronograma de ejecución del proyecto.

En este sentido el doctor **LUIS GUILLERMO GÓMEZ** informa que están trabajando en las dos vías y que tratarán de reducir los plazos que sean factibles disminuir. La doctora ANA CRISTINA MORENO pide que, para la asesoría de la selección de la banca de inversión, también se tenga en cuenta la propuesta de una firma que quiere presentar el IDEA. Recuerda la doctora OMAIRA GIRALDO que se tiene previsto el cierre financiero del proyecto para noviembre del año 2010 y esto les da fuerza a las autorizaciones de endeudamiento y para mantener el monitoreo del mercado financiero, por las incertidumbres de los riesgos que se puedan presentar.

5.2.59. Acta No. 95 del 25 de febrero de 2009 con 24 folios - Sala de Juntas del IDEA. El Gerente de la sociedad, doctor **LUIS GUILLERMO GÓMEZ ATEHORTÚA**, folio 21. Informa el Secretario de la Junta, abogado WILSON VÉLEZ, que la administración ha remitido una propuesta de reforma de estatutos a los miembros

de la Junta Directiva, que se pondrán a consideración de la asamblea general de accionistas.

El doctor JESÚS ARISTIZÁBAL informa que E.P.M. tiene observaciones a varios puntos, pero no considera que este sea el momento para dilucidarlo. Propone un mecanismo para que los jurídicos de E.P.M., IDEA y la sociedad analicen y tomen definiciones. Recuerda que se requiere una mayoría especial del 70% de las acciones representadas en la asamblea, para aprobar reformas estatutarias y por ello propone el anterior mecanismo para llegar con un acuerdo que posibilite que la asamblea tome esa decisión.

Agrega el doctor JESÚS ARISTIZÁBAL que hay temas en los que E.P.M. no ve ningún problema, como es el de mejorar las condiciones de contratación, ya que es una cosa sustantiva, urgente y necesaria. Sobre esto se le podrá dar la aprobación a la cuantía para la gerencia contratar que sea mayor a cinco mil (5.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes. El secretario de la sociedad, abogado WILSON VÉLEZ, se encargará de coordinar la comisión propuesta.

5.2.60. Acta de Junta Directiva de Hidroituango No. 96 del 25 de marzo de 2009 - Sala de Juntas IDEA, con 8 folios. Gerente de la sociedad, doctor **LUIS GUILLERMO GÓMEZ**. Invitado, doctor JAIRO HERNÁN RAMÍREZ, director administrativo y financiero de Hidroituango, página 4. El doctor **LUIS GUILLERMO** explica a los miembros de la junta en qué consiste el contrato de la compra de predios con E.P.M., que está dividido en tres fases: La primera de ellas es la que requiere para llegar a la estructuración del manual de valores, de acuerdo con la declaratoria de utilidad pública; en segundo lugar, el proceso de adquisición de predios, mejoras y viviendas y, finalmente, el proceso de servidumbres y contratación de restitución de condiciones de vida a aquellos sectores de la población afectados.

5.2.61. Acta de Junta Directiva No. 97 del 29 de abril de 2009 - Sala de Juntas del IDEA, con 15 folios. Asistente, el doctor **LUIS GUILLERMO GÓMEZ ATEHORTÚA**, Gerente general de Hidroituango, la doctora MARISOL OROZCO como invitada, secretaria del IDEA, y el doctor JUAN GONZALO ÁLVAREZ, gerente estructura financiera de Hidroituango. Folio 13 punto 7 "*Consideración estatuto de contratación*". Puesto a consideración de la junta el proyecto de estatuto de

contratación para Hidroituango que se remitió previamente y después de una discusión sobre el tema, se aprueba que se da inicio al proceso de aprobación de un nuevo estatuto de contratación. Inicialmente hay consenso en la reforma del encabezamiento del artículo 18 del actual estatuto de contratación que en la actualizada reza: *“Para la selección del contratista se acogerá a la solicitud privada o pública de ofertas o cotizaciones, las que se formulará de acuerdo con los siguiente.... Y quedará de la siguiente forma: “Artículo 18: Para la selección del contratista se acogerá a la solicitud privada o pública de ofertas o cotizaciones. De acuerdo con las circunstancias y necesidades particulares, la Junta Directiva podrá autorizar excepciones o adoptar otras modalidades de selección de contratistas de conformidad con las normas en el Código Civil y en el Código de Comercio. Así mismo, la Junta Directiva autorizará diferentes formas de negociación y celebración de empréstitos tendientes al desarrollo del objeto social”*. El resto del artículo permanecerá como se encuentra en la actualidad. Puesto a consideración, es aprobado por la unanimidad de los asistentes. La reforma, modificación o permanencia del resto de los artículos se someterá al estudio de una mesa de trabajo que se integrará de la siguiente forma: Por el IDEA, la doctora MARISOL OROZCO; por el Departamento, el doctor JUAN CARLOS HERRERA; por E.P.M., los doctores GABRIEL JAIME VELÁSQUEZ y MARÍA ALEJANDRA GIL; y los representantes de Hidroituango, coordinados por el doctor WILSON VÉLEZ RESTREPO, Secretario General de la Sociedad.

5.2.62. Acta 98 del 27 de mayo de 2009, con 11 folios. Presente el doctor LUIS GUILLERMO GÓMEZ, Gerente General de Hidroituango. Invitados: JUAN GONZALO ÁLVAREZ, Gerente de estructuración financiera; doctor JAIRO HERNÁN RAMÍREZ, director administrativo y financiero de Hidroituango. Página 3 *“Informes de administración”*. Informa el doctor **LUIS GUILLERMO GÓMEZ** que otorgará un poder especial a un funcionario de E.P.M. para firmar las escrituras de compraventa a nombre de la sociedad con los propietarios de los predios, al igual que para participar en la comisión tripartita en representación de Hidroituango.

Continúa en la Página 7 para referir que el doctor JESÚS ARTURO ARISTIZÁBAL informa que la comisión prevista para la revisión del estatuto de contratación para la hidroeléctrica, se ha venido reuniendo, realizando aportes y consolidándolo. Para realizar la revisión final se tiene prevista una reunión para el próximo viernes 29 de mayo. Una vez terminada la revisión se pasará el proyecto a la Junta Directiva para

su aprobación. Se destaca del punto 7 “*Informe desarrollo de la contratación banca de inversión para la subasta*”, para precisar que continúa el doctor JUAN GONZALO ÁLVAREZ, informando sobre el proceso de la banca de inversión para la subasta que adelanta la sociedad y señala que se invitaron quince bancas, que representan las más importantes en este tipo de gestión a nivel mundial. Presenta la información que se acompaña a la presente acta y hace parte integral de ella.

El 6 de mayo se realizó una reunión informativa en Bogotá a la que se presentaron seis bancas y en ella se resolvieron las inquietudes básicas, presentadas por quienes asistieron y se les habló de lo que pretendía la hidroeléctrica y la estrategia que se busca.

El 15 de mayo se enviaron los pliegos definitivos y se prorrogó hasta el 1° de junio la fecha para el cierre de la misma. En esta fecha se realizará la entrega de propuestas, estudio, evaluación y adjudicación. Entre el 4 y el 20 de junio se podrá suscribir el contrato. Las bancas que han manifestado su interés en participar son: City, Misuho, J. P. Morgan, BNP Paribas y BBVA.

5.2.63. Acta 99 de la Junta Directiva, realizada el 24 de junio de 2009, con 12 folios. Aparecen como asistentes, el doctor ÁLVARO VILLEGAS MORENO como miembro principal y la doctora ANA CRISTINA MORENO como miembro principal; el doctor JUAN FELIPE GAVIRIA como miembro principal, los demás suplentes y como invitados el doctor JAIRO HERNÁN RAMÍREZ, director Administrativo y Financiero de Hidroituango; doctor JUAN GONZALO ÁLVAREZ, gerente estructuración financiera de Hidroituango. Página 4. El doctor **LUIS GUILLERMO GÓMEZ** aduce que habida consideración de los traslados presupuestales y disponibilidad de vigencias futuras que se acaban de aprobar, para realizar la adjudicación de los contratos de los procesos licitatorios para la construcción de las vías y para la interventoría de las obras de infraestructura. En primer término, procede a informar sobre el proyecto realizado en la adjudicación de la licitación para la construcción de las vías. Explica la forma como se consideraron las posibilidades en la licitación de obras de infraestructura en tres grupos, a saber: Un grupo que implica básicamente movimiento de tierras y algunos puentes menores; otro en el que además hay construcción de un túnel de un kilómetro y dos puentes de gran extensión; y un tercer escenario, que requiere mayores exigencias y es el de los dos grupos hechos por un solo contratista. La administración contrató un equipo de

E.P.M. para que adelantara la logística del proceso licitatorio y presentara una recomendación para la adjudicación de esta licitación. Invita el doctor **LUIS GUILLERMO**, a los doctores OCTAVIO RENDÓN y MARINO GÓMEZ, asesores técnicos de la Hidroeléctrica, para hacer la presentación de la forma como se adelantó este proceso.

Continúa en la página 10. Solicita el doctor **LUIS GUILLERMO GÓMEZ** a la junta autorización para iniciar el proceso de contratación y contratar estas obras. Puesta a consideración de la junta, la anterior solicitud por parte del presidente de la reunión, es aprobada por unanimidad. En este punto de la reunión, el doctor WILSON VÉLEZ, secretario de la junta, presenta a los miembros, los Certificados de Existencia y Representación Legal de las firmas que integran el consorcio SEDIC INGETEC y procede a leer los nombres de sus representantes legales y miembros de Junta Directiva.

Informe del proceso de subasta. El doctor JUAN GONZALO ÁLVAREZ, gerente de estructuración financiera de la sociedad, ingresa para informar a los miembros de la Junta Directiva, los avances del proceso de Banca de Inversión y hace la presentación que se incorpora a la presente acta. Informa que se presentaron los bancos: BBVA, BNP Paribas y Misuho. Este último se descartó por no presentar correctamente la propuesta. Se adjudicó el contrato el BNP Paribas.

A partir de la fecha, el IDEA realizará la interventoría del contrato, llevará la comunicación con el banco y liderará toda la operación con el BNP Paribas. Se integrará un comité de gestión que permanentemente estará trabajando y realizando la estrategia comunicacional que deberá quedar clara y aceptada por todos, incluidos los socios, ya que el proceso que continuará requiere de extrema prudencia y confidencialidad.

En la presente fecha, en otro salón del IDEA, se está realizando una reunión en la que participan los representantes del Banco, del IDEA como interventora del contrato de Banca de Inversión, de la firma de abogados y de la sociedad, del que debe salir el plan de trabajo inicial. Recomendaron los del BNP Paribas como abogados externos del proceso, a los de la firma PRIETO CARRIZOSA, e informa el doctor JUAN GONZALO ÁLVAREZ que el valor de esta asesoría podría llegar a un millón de dólares. El plazo establecido para el contrato de la banca de inversión

es de cinco meses prorrogables en dos meses más. En este punto, el doctor ÁLVARO VILLEGAS llama la atención al doctor JUAN FELIPE GAVIRIA y entendiendo el interés que tiene E.P.M., de participar como inversionista, le plantea la probable inhabilidad que podrá representar su intervención en la junta y el conocimiento del proyecto. Recomienda el doctor ÁLVARO VILLEGAS que alguien independiente como el doctor CARLOS BETANCUR JARAMILLO, presente un estudio o concepto sobre cómo se podría manejar la situación y estudiar la probable incompatibilidad.

El doctor JUAN FELIPE GAVIRIA informa que, en el propio diseño de la Banca de Inversión, tanto los de BNP como de la firma de abogados Prieto y Carrizosa, deben ser quienes señalen esa probable incompatibilidad por el mero hecho de estar E.P.M. en la junta. Señala que otra cosa, de la forma como se puede evitar esa incompatibilidad, es el manejo de la información diseñado conjuntamente por el banco y los abogados. El doctor HUGO MORA informa que el IDEA también contratará un estudio sobre este tema.

Puesta a consideración de los miembros de la junta por el señor presente, la autorización a la administración para que contrate el estudio sobre la probable incompatibilidad o inhabilidad de E.P.M., es aprobada por unanimidad.

Posteriormente la Fiscalía hace referencia al punto número 8. *“Consideraciones de estatuto de contratación Hidroituango”* Dadas las necesidades de algunos miembros de la Junta, de retirarse para cumplir con otras obligaciones, se aplaza la decisión de este tema para la próxima reunión.

5.2.64. Acta No. 100 del 29 de julio de 2009 de la Junta Directiva Hidroeléctrica Pescadero Ituango S.A. E. S.P., con 11 folios. Gerente General Hidroituango, doctor **LUIS GUILLERMO GÓMEZ ATEHORTÚA**. El doctor JUVENAL ESPINAL fungió como subgerente de proyectos generación E.P.M., como invitado. Página 5. *“Concepto de incompatibilidad de E.P.M.”* El secretario informa que, sobre esta inquietud, planteada por el doctor ÁLVARO VILLEGAS en la junta anterior, la sociedad solicitó un concepto a su asesora, doctora María Isabel Vanegas, concepto que se remitió a los miembros de la junta. Igualmente, este tema se debatió al interior de la banca de Inversión con los abogados de Prieto Carrizosa. Para sustentar este tema, ingresan en este momento los abogados JORGE DI TERLIZZI,

SANDRA MANRIQUE LOAIZA de Prieto Carrizosa y la doctora MARÍA ISABEL VANEGAS, abogada asesora de la Hidroeléctrica.

La doctora MARÍA ISABEL VANEGAS hace un resumen del concepto emitido, que igualmente se anexa a la presente acta, resultando como principal conclusión que las inhabilidades e incompatibilidades se encuentran definidas en la ley y su interpretación es restrictiva, razón por la cual, revisadas las diferentes normas del ordenamiento legal colombiano, se encuentra que E.P.M. no está incurso en ninguna causal de inhabilidad, incompatibilidad o conflicto de intereses.

Con relación a la presencia del gerente de E.P.M. en la Junta Directiva de Hidroituango, indica que su representación es institucional, no personal, debiendo tener el mismo interés que el resto de los accionistas. De la información que conoce tiene el compromiso de confidencialidad y utilidad, sólo para el mejor desarrollo de Hidroituango. Pregunta el secretario sobre lo que se podría presentar por el conocimiento previo que tiene E.P.M. del proyecto, que eventualmente la colocaría en situación de privilegio con relación a otros posibles interesados en el proceso de inversión.

Complementa la inquietud el doctor **LUIS GUILLERMO GÓMEZ**, en relación al conocimiento que hacia adelante puede tener de las estrategias propuestas por la Banca de Inversión. Resalta la doctora MARÍA ISABEL VANEGAS que la Hidroeléctrica tiene un estatuto de contratación en el que rigen los principios de transparencia, moralidad, publicidad, eficiencia, economía y eficacia. Le corresponde aplicar en sus procesos la selección objetiva y la igualdad por la que se debe garantizar la misma información que sea relevante, necesaria o útil para que todos estén en igualdad de condiciones. No puede haber ningún hecho o información que le represente a E.P.M. una ventaja con relación a los demás y se debe garantizar que el tiempo de que dispongan los inversionistas, sea suficiente para que puedan analizar oportunamente y en condiciones de igualdad la formación.

Agrega el abogado JORGE DI TERLIZZI, de la firma Prieto Carrizosa, asesora de la Banca de Inversión, lo importante es que todos tengan la información necesaria, de tal suerte que los ponga a todos en igualdad de condiciones. Por ello es importante el cuarto de datos, en el que esté la información que se dispondrá para

los interesados. Además, considera que toda la información de la Hidroeléctrica es pública.

El doctor FEDERICO RESTREPO, gerente general de E.P.M., destaca que es inevitable que, de alguna manera en este tipo de procesos, se pueda tener información con mayor antigüedad que otros, como en el caso de INTEGRAL en las licitaciones de Hidroituango. Informa que E.P.M. enviará a la gerencia de Hidroituango una carta suscrita por los representantes de E.P.M. en la junta (*el señor Alcalde, Dr. Alonso Salazar; el doctor Federico Restrepo y el doctor Jesús Aristizábal*), sobre su participación y conocimiento previo de información que se pueda entregar en la junta y pueda considerarse información restringida o que los privilegie de alguna forma. Da lectura a la carta que se anexa a la presente acta.

En el punto 8 *“Informe de la banca de inversión para la junta”* y acota que, para presentar este informe, ingresan los doctores SANTIAGO PIEDRAHITA, Subgerente de cooperación internacional del IDEA; JUAN GONZALO ÁLVAREZ, Gerente de estructuración financiera de Hidroituango; JORGE VALDERRAMA, LEONARDO OSORIO, ROCÍO SÁNCHEZ e IVÁN OLIVEROS, representantes del BNP Paribas, al igual que SANDRA MANRIQUE y JORGE DI TERLIZZI de Prieto Carrizosa, abogados de la Banca de Inversión.

El señor LEONARDO OSORIO, del BNP Paribas, presenta el informe sobre la estructura de la banca de inversión que desde el punto de vista de riesgos y del análisis jurídico, consideran la más conveniente para la sociedad. Esta presentación se anexa a la presente acta.

Señala el señor OSORIO que durante el último mes han realizado una serie de entrevistas con un grupo de empresas, potenciales participantes en el proceso. Presenta un resumen de retroalimentación que recibieron de las empresas interesadas en los distintos esquemas de negociación; un análisis de las distintas alternativas o modelos de negocios que consideraron viables, de acuerdo a la retroalimentación que recibieron. Presentan una estructura de decisión que ayude a tomar el camino o alternativa de modelo de negocio que se debe solucionar para seguir adelante, y finalmente los próximos pasos que se consideran pertinentes para la alternativa de negocio que piensan es la que más se adopta para los requerimientos de la empresa.

Concluye su informe, indicando que el esquema a BOOMT se ajusta mejor a los objetivos planteados en comparación con la consecución de un CFE y agrega que, a pesar de que la alternativa del BOOMT no asegura el desarrollo futuro de una planta de aluminio, la construcción del proyecto tendría un impacto económico positivo debido a la disponibilidad de energía competitiva, no sólo en la región sino en Colombia. Finalmente, es escogida la opción del BOOMT. Los pasos a seguir serían:

1. Proceso de consecución de declaratoria de zona franca para la sociedad contraparte del BOOMT.
2. Finalización del modelo financiero que refleje lo siguiente: Costos de construcción y operación actualizados, ingresos basados en corridas del MPODE y el esquema del BOOMT.
3. Desarrollo de pliegos para la subasta.
4. Elaboración de un protocolo de comunicaciones.
5. Definición de la lista de empresas a contratar para su participación en la subasta.
6. Montaje del cuarto de datos.

Considera el BNP Paribas en su informe, que el cronograma para la ejecución del proceso de subasta terminaría a mediados de febrero de 2010 con la presentación de propuestas. La primera fase se integraría con la modelación financiera, preparación de Sala de datos y el memorando de información, preparación de pliegos y contrato BOOMT; luego una presentación a los interesados, que sería en noviembre de 2009, el proceso de reconocimiento de la información comenzaría a partir de septiembre de 2009, para que los proponentes puedan presentar su oferta en febrero de 2010.

Llama en este punto la atención, el doctor JORGE DI TERLIZZI sobre el protocolo de comunicaciones que se debe seguir, y expresa que parte del éxito en este proceso es que se señale quiénes son las personas que van a dirigir las comunicaciones y las relaciones, ya que es un tema urgente y se deben tener unas reglas de juego claras para todas las partes. El doctor FEDERICO RESTREPO adhiere a la anterior recomendación, por lo sensible que podrá ser una información mal dada y manifiesta que se debe centrar todo en la gerencia de la sociedad. Continúa su presentación el señor LEONARDO OSORIO del BNP Paribas,

indicando que en el evento en que se asuma la decisión por la opción del BOOMT, lo que ocurriría después de subasta sería, las firma de los contratos de BOOMT, el pago de la prima de concesión, el desarrollo de la hidroeléctrica por el concesionario con su aporte de capital, el cierre financiero, la operación de la central por el concesionario y finalmente, la transferencia de la propiedad de la planta a la Sociedad Hidroituango.

En el punto 12 *“Proposiciones y varios”*. Antes de terminar la reunión, el doctor FEDERICO RESTREPO anuncia la entrega a la Gerencia de Hidroituango, de una comunicación en la que presentan algunas objeciones por razones de transparencia al estatuto de contratación propuesto por la sociedad, que solicita se tomen en consideración a momento de tomar la definición. Esta comunicación se anexa a la presente acta. En este momento el doctor ÁLVARO VILLEGAS solicita que se estudie el documento que publicó el doctor LUIS PÉREZ sobre ligereza al valorar el costo de la Central Hidroeléctrica Ituango, ya que considera que es importante contestarlo públicamente.

5.2.65. Acta 101 del 6 de agosto de 2009 en la Sala de Juntas del IDEA, con 5 folios. Asistente el doctor LUIS GUILLERMO GÓMEZ ATEHORTÚA, como Gerente de Hidroituango. El doctor SANTIAGO PIEDRAHITA, como invitado en su condición de Subgerente de Cooperación Internacional IDEA. Punto 5, página 4. *“Consideración Estatuto de Contratación de la Sociedad”*. El doctor FEDERICO RESTREPO recuerda la comunicación que se remitió a la sociedad y que conocieron los miembros de la junta sobre las observaciones que se tiene al estatuto, que parte de la consideración del estatuto de contratación que tienen en E.P.M. y en sus entidades filiales, ya que aprecian que estarían en contradicción con el que se propone para la sociedad, si se aprueba la modalidad de contratación directa, ya que consideran que toda la contratación se debe hacer previa una solicitud pública de ofertas. Expone el doctor ÁLVARO VÁSQUEZ que, en consideración a la apreciación anterior, propone que la administración realice una propuesta y la haga llegar a los miembros de la junta para que la puedan estudiar ante de la próxima reunión de junta. A renglón seguido, destaca el doctor FEDERICO RESTREPO, la incongruencia que existe entre el estatuto de contratación propuesto y los estatutos sociales de Hidroituango, con relación a la autorización que debe dar la junta para la contratación, ya que en el primero se expresa que la autorización es *“para autorizar el inicio de los procesos de contratación de más de 1000 SMLMV.”* y en

los últimos se expresa que la autorización que hace la junta al gerente, es para “la celebración o ejecución de cualquier acto o contrato cuya cuantía exceda de 1000 salarios mínimos legales mensuales vigentes o lo que siendo de cuantía indeterminada pueda alcanzar dicho límite”, siendo esta última de mayor alcance. Incluye la adjudicación y otorga más agilidad en la contratación al gerente de la sociedad.

Recomienda que se elimine lo propuesto y se incluya el texto de los estatutos sociales. Manifiesta el doctor ÁLVARO VÁSQUEZ que dentro de la propuesta que va a remitir la administración a la Junta Directiva, considere la recomendación que le hace el señor alcalde y E.P.M. en su comunicación, incluya lo que le parezca lógico y cumpla con la norma y lo remita con anticipación a la próxima reunión.

5.2.66. Acta No. 102 de la Junta Directiva de la Hidroeléctrica Pescadero Ituango, llevada a cabo el 26 de agosto de 2009 - Sala de Juntas del IDEA, con 08 folios. Presente el doctor **LUIS GUILLERMO GÓMEZ ATEHORTÚA** como Gerente General de Hidroituango. También se encuentra como invitado el doctor SANTIAGO PIEDRAHITA, Subgerente de Cooperación Internacional del IDEA. Página 5, punto 5. “*Consideración estatuto de contratación de la sociedad*”. Sobre este tema plantea el doctor ÁLVARO VÁSQUEZ que en la última reunión el doctor ÁLVARO VILLEGAS propuso que se continuara con el estatuto de contratación que está vigente en la hidroeléctrica. Esta proposición no aparece en el texto del proyecto de acta 101 puesta a consideración de los miembros de la Junta Directiva. Con relación a lo propuesto por E.P.M. en la comunicación sobre el estatuto de contratación, expresa el doctor FEDERICO RESTREPO que básicamente son dos puntos los que plantearon: dados los topes que se tienen en la propuesta de estatuto la mayoría de los procesos de contratación serían por contratación directa y ellos afirmaron que deberían ser por licitaciones o contratación pública, de acuerdo con lo establecido en el estatuto de contratación de E.P.M., a lo que también la rige el régimen de contratación privado, de acuerdo con la Ley 142. Presentaron esa observación por coherencia con su estatuto de contratación.

El otro punto era que el comité de contratación, integrado por representantes de la junta, consideran que la competencia de la contratación es de la Administración, de la gerencia de la entidad más que de la Junta Directiva, ya que piensan que, si hay mucha injerencia de la junta en los procesos de contratación, sería una especie de

cogobierno y opinan que no es pertinente que la junta esté involucrada en los procesos de contratación de la sociedad. Agrega, que lo que se dijo no es con el ánimo de ponerle palos a la rueda y que, si no se tenían en cuenta sus observaciones, dejarían una constancia porque tienen que ser coherentes.

Se suscita una discusión sobre lo tratado en la última sesión de la junta con relación al estatuto de contratación y lo expresado en el borrador del acta correspondiente. Después de un amplio debate en el que intervinieron todos los miembros de la junta, se plantea la posibilidad de mantener vigente el actual estatuto de contratación de la sociedad tal como lo propuso el doctor ÁLVARO VILLEGAS en la reunión anterior y se pregunta al doctor **LUIS GUILLERMO GÓMEZ**, si con él se considera maniatado para dar agilidad a los procesos administrativos. El doctor **GÓMEZ** manifiesta, que puede funcionar sin ningún problema con el actual estatuto de contratación puesto a consideración por la presidencia. La junta, por unanimidad, conviene entonces, continuar con el actual estatuto de contratación vigente para la sociedad.

5.2.67. Acta 103 del 30 de septiembre de 2009, Sala de Juntas del IDEA, con 10 folios. Junta Directiva de Hidroeléctrica Ituango S.A. E.S.P. El doctor **LUIS GUILLERMO GÓMEZ ATEHORTÚA**, Gerente General de Hidroituango. Presente el doctor SANTIAGO PIEDRAHITA, Subgerente de Cooperación Internacional IDEA. Página 9, punto 10. *“Proposiciones y varios”*. Informa el doctor JESÚS ARTURO ARISTIZÁBAL al secretario de la junta, doctor WILSON VÉLEZ que, al dar una lectura a los actos, encuentra que en la parte de la subasta se habla de la figura del *“BOMT”* y se trata es de un BOOMT, que son concesiones diferentes. Comenta el doctor VÉLEZ que la propuesta inicial fue la del BOMT para posteriormente la junta aprobó la otra estructura, del BOOMT. Anuncia que revisará las actas y realizará las correcciones que corresponden.

Informa el secretario de la junta que, por requerimientos de la supersociedades, Revisoría Fiscal y Control Interno de la Sociedad, se precisa que todas las actas de Junta Directiva, además de las aprobadas, deben estar debidamente firmadas por el presidente y secretario. Las que corresponde a la actual Junta Directiva no se han firmado y se procederá a realizar el trámite pertinente para ponerse al día. El doctor ÁLVARO VILLAS, con relación a lo consagrado en el acta 102 de la Junta Directiva, en la que afirma que los representantes de E.P.M. en la junta, consideran

que se deben retirar antes del informe de subasta. Le pregunta al doctor Jesús Arturo Aristizábal, si los representantes en de E.P.M. son sólo los funcionarios o si el doctor JUAN FELIPE GAVIRIA también es el representante de esa entidad. Responde el doctor JESÚS ARISTIZÁBAL que el doctor JUAN FELIPE GAVIRIA es un miembro particular que no tiene ninguna relación laboral con E.P.M. y está en la Junta Directiva a nombre de todos los accionistas que lo eligieron en la Asamblea General de Accionistas, como también es el caso del doctor ÁLVARO VILLEGAS que sólo tienen ese posible interés de los miembros de la junta que tienen relación laboral con esa entidad, tal y como quedó consignado en la parte final del protocolo de comunicaciones que elaboró la banca de inversión Paribas y que procede a dar lectura. Consecuentemente con lo anterior, en este punto se retira de la reunión el doctor Jesús Arturo Aristizábal.

Continúa en el numeral “11. Informe de la banca de inversión para la subasta” Ingresan los doctores SANTIAGO PIEDRAHITA, subgerente de cooperación internacional IDEA y el doctor JUAN GONZALO ÁLVAREZ, gerente de estructuración financiera de Hidroituango, al igual que los doctores JUAN FERNANDO GAVIRIA, abogado de la firma Prieto Carrizosa, asesores de la Banca de Inversión y los doctores LEONARDO OSORIO y ROCÍO SÁNCHEZ del BNP Paribas, líderes del equipo que ha realizado la elaboración del esquema o estructura que nuevamente se presenta a consideración de los miembros de la Junta Directiva que permanecen en la reunión.

5.2.68. Acta 104 del 28 de octubre de 2009, Junta Directiva Hidroeléctrica Ituango S. A E.S.P. Sala de Juntas del IDEA, con 12 folios. Presente el doctor **LUIS GUILLERMO GÓMEZ ATEHORTÚA**, Gerente General de Hidroituango. Están invitados los miembros del BNP Paribas y la firma de abogados Prieto y Carrizosa. Informe de E.P.M. sobre contrato de diseño, detallado en las obras principales y del contrato de compras de predios. Ingresan en este punto los doctores JUVENAL ESPINAL y JUAN DAVID CORRALES, funcionarios de E.P.M., quienes coordinan los equipos que adelantan la interventoría al contrato de diseño detallado de las obras principales que adelanta el consorcio Generación Ituango e igualmente, adelantar el contrato de la compra de predios.

5.2.69. Acta 106 del 21 de diciembre de 2009 con 08 folios. Junta Directiva Hidroeléctrica Ituango. Asistentes: Gerente General de Hidroituango, doctor **LUIS**

GUILLERMO GÓMEZ ATEHORTÚA. Punto “6 Consideración fecha asamblea extraordinaria de accionistas” - página 5. El doctor **LUIS GUILLERMO GÓMEZ ATEHORTÚA** recuerda que en la junta anterior la administración, por solicitud de los asesores Prieto & Carrizosa, propuso la citación de una Asamblea Extraordinaria con el fin de que se trataran dos puntos a saber: la autorización para constituir una sociedad de propósito específico (SPE) con el fin de lograr la aprobación de la zona franca, antes de la subasta y que posteriormente sirviera de vehículo para el manejo central de la hidroeléctrica por el beneficiario de la subasta y la reforma del objeto social, con el fin de blindar el proceso hacia posibles reclamaciones o demandas, para consignar en él con total claridad, la posibilidad de tercerizar el proyecto. Estas proposiciones se presentaron a la Junta Directiva y fueron aprobadas por unanimidad, para ser sometidos a consideración de la asamblea.

Posteriormente, en el transcurso de la Asamblea Extraordinaria, se presentaron inquietudes por parte de los accionistas minoritarios y de E.P.M., en cuanto a la información específica, por lo que se tomó la decisión de darla por terminada para convocar a una asamblea en fecha posterior, después de la realización de reuniones con los accionistas con el fin de complementar la información requerida para tomar las decisiones en la asamblea. En desarrollo de esta decisión se realizaron varias reuniones con los accionistas, en las que además participaron representantes de E.P.M. y del IDEA, y en ellas se presentaron inquietudes sobre la información requerida para tomar las decisiones porque, o no se tiene todavía, o no sería conveniente entregarla porque podrá representar información privilegiada para E.P.M. con relación a otros posibles partícipes de la subasta.

Luego en la página 7. Recuerda el doctor JUAN FELIPE GAVIRIA el sentido de las proposiciones que llevaron a la anterior reunión de junta, tanto los representantes del BNP como los abogados de Prieto & Carrizosa. Entiende que alguien podría pensar en manejos de E.P.M. para impedir el ingreso de otros proponentes, pero reitera que como la administración hizo la propuesta de la creación de una nueva sociedad, se hace necesario que presente a consideración todos sus elementos y especialmente sus estatutos, para obtener un acuerdo de los accionistas. Expresa que, si esa sociedad se constituye como una sociedad espejo de Hidroituango, no se presentaría problema alguno.

El doctor HUGO ALEJANDRO MORA considera que los asesores Prieto Carrizosa deben documentar de manera suficiente, previa y ampliamente, las consideraciones que lleven a decisión de la Junta Directiva, para que ésta pueda tomar decisiones conscientes e informadas. Reflexiona que se han quedado cortos los asesores en la información que lleva a la Junta Directiva. Considera que son ellos, Prieto Carrizosa, quienes elaboraron las propuestas, los que deben asesorar y proponer el acuerdo de accionistas previo al manejo de la sociedad de propósito específico.

Comparte el doctor FEDERICO RESTREPO lo expresado por el doctor MORA. Considera que los asesores recomendaron un cambio en los estatutos, que no es tan simple como lo presentaron y reitera que se les ha informado que, en las reuniones con los accionistas y abogados, los asesores no manifestaron total claridad sobre los temas.

En la página siguiente *“Informes del proceso de subasta”*. Ingresan los doctores SANTIAGO PIEDRAHITA, Subgerente de Cooperación Internacional del IDEA y el doctor JUAN GONZALO ÁLVAREZ, Gerente de Estructuración Financiera de Hidroituango, para presentar el informe del avance del proceso de subasta. Por las restricciones establecidas por la Banca de Inversión, al igual que lo planteado en su comunicación por los representantes de E.P.M. en la junta, este punto no se incorpora en la presente acta.

5.2.70. Acta 108 del 24 de febrero de 2010 de Junta Directiva Hidroeléctrica Ituango S.A. E.SP. Sala de Juntas de Hidroituango, con 24 folios. Presente el doctor **LUIS GUILLERMO GÓMEZ ATEHORTÚA**, Gerente General de Hidroituango. Invitados, representantes de la firma BNP Paribas, de la oficina Prieto Carrizosa, la doctora MARÍA ISABEL VANEGAS, abogada asesora de Hidroituango, DORA MARCELA GALLEGU, abogada de E.P.M. Página 5. Literal “e”. *Empresas Precalificadas en el proceso de subasta*”. Expresa el doctor **LUIS GUILLERMO** que como es de conocimiento público, de las 18 firmas que se presentaron, quedaron precalificadas las 7 firmas siguientes:

- China Three gorges corporation.
- Consorcio KEPKO, integrado por varias firmas (*Korea Electric Power Corporation, Korea Hidro & Nuclear Power Co, Posco Engineering & Construction y Daewoo Engineeringn y Company ‘Corea’*)

- Consorcio y Comercio Camargo Correa S. A (*Brasil*)
- Centrales Eléctricas Brasileñas S. A. (*ELECTROBRAS – Brasil*)
- Constructora Norberto Odebrecht (*Brasil*)
- Constructora Andrade Gutiérrez S.A. (*Brasil*) y,
- Empresas Públicas de Medellín (*Colombia*)

Literal f). Reunión con la Procuraduría. En la tarde del 24 de febrero de 2010 se reunirá la administración con el Procurador y algunos funcionarios de la Procuraduría General de la Nación, para efectos del acompañamiento que realizará esta entidad al proceso de subasta por solicitud que se le formuló atendiendo el deseo de la Junta Directiva.

Pregunta la doctora ANA CRISTINA MORENO si con la vicepresidencia de la República se tiene igual tipo de acompañamiento. Informa el doctor **LUIS GUILLERMO GÓMEZ** que con ellos se han efectuado dos reuniones y entregaron el protocolo de seguimiento a la contratación pública, en el que se encuentran una serie de recomendaciones o prácticas para el proceso, que se han incorporado en los contratos de subasta.

En la página 7, informa el secretario de la junta que el informe de gestión de la Junta y la Gerencia se remitió a los miembros el pasado 18 de febrero. Propone el doctor ÁLVARO VÁSQUEZ que el informe se apruebe en la reunión y si se presenta alguna observación importante por parte de los miembros de la junta, se realice una junta virtual para su ratificación. Es aprobado por unanimidad el informe de gestión.

Con relación a la reforma de los estatutos para modificar la asignación al Gerente por la Asamblea y se traslade su competencia a la Junta Directiva, expresa el doctor FEDERICO RESTREPO que está de acuerdo en que este tema se lleve como reforma de estatutos a la próxima asamblea, siempre y cuando se exprese de forma concreta en la citación. El doctor FEDERICO RESTREPO solicita que quede constancia en el acta que a partir de la presente reunión y con el fin de que no se generen posibles inhabilidades, también el doctor JUAN FELIPE GAVIRIA se retirará de la reunión de junta cuando se trate el punto de informe de avance de la subasta. Lo anterior por cuanto empezará a trabajar como delegado de E.P.M. en la elaboración de los documentos para armar la propuesta para la subasta.

En la página 17 del acta en comento, el doctor WILSON VÉLEZ expresa que se han presentado diferencias conceptuales como consecuencia de lo expresado por el doctor **LUIS GUILLERMO GÓMEZ**. Coincide en la fortaleza de Prieto Carrizosa en los procesos de Project Finance y en propiciar mecanismos para facilitar la llegada de los inversionistas, pero a criterio de los abogados de Hidroituango se aprecia debilidad en la aplicación de normas de Derecho Público, esenciales para la defensa de los intereses de una sociedad que como Hidroituango, tiene más del 99.5 %, proveniente de entidades públicas. Los abogados de Prieto 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 estructura 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 que lo más conveniente para los intereses de la sociedad era 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 de seguimiento a las directrices del dueño del proceso.

Reitera el doctor **LUIS GUILLERMO GÓMEZ** que un caso típico de esa actividad 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 cumplimiento del cronograma.

Acota el doctor HUGO MORA que en el diseño del proceso de subasta no pueden estar tres equipos jurídicos diferentes, sino que se debe tener un solo equipo jurídico

y tiene que haber una identificación de roles. El punto de quiebre de decisiones lo debe tener el gerente, en virtud de la autonomía que le otorgó la misma Junta Directiva. 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 doctor JESÚS ARISTIZÁBAL 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 debe cambiar. Por su puesto, se debe estudiar las condiciones del contrato y tomar la decisión. Expresa el doctor **LUIS GUILLERMO GÓMEZ** que esa decisión, la está evaluando la Administración y concluye que la relación con los abogados de Prieto Carrizosa ha sido tormentosa.

5.2.71. Acta No. 109 Hidroeléctrica Ituango S. A E.S.P. del 24 de marzo de 2010 de la Junta Directiva de Hidroeléctrica Ituango S.A ESP en 08 folios. Asisten el doctor **LUIS GUILLERMO GÓMEZ ATEHORTÚA**, Gerente General de Hidroituango. Página 3, punto b. del numeral 4. “Informe de Gerencia”. Información económica de los contratos relativos al proceso de subasta. Informa el doctor **LUIS GUILLERMO GÓMEZ** que hasta la fecha se llevan invertidos \$ 2.287.000 en el proceso de su basta, incluido lo que corresponde al pago de asesores y la nómina de la sociedad que participa en el proceso por parte de la gerencia de estructuración financiera y de los abogados de la secretaría general. Del total de lo pagado, corresponde hasta la fecha \$ 820.000.000 pagados a la firma de abogados Prieto & Carrizosa y \$ 500.000.000 pagados al BNP.

5.2.72 Acta No. 110 del 28 de abril de 2010 de la Junta Directiva Hidroituango S.A. E.S.P. en 15 folios. Dr. **LUIS GUILLERMO GÓMEZ ATEHORTÚA**, Gerente General de Hidroituango. Está presente la doctora MARÍA ISABEL VANEGAS como abogada asesora; el doctor JUAN FERNANDO GAVIRIA como abogado de Prieto & Carrizosa. Folio 11. Finalmente, el doctor JUAN GONZALO ÁLVAREZ expresa que por recomendación de los asesores 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. Para apoyar la

anterior propuesta intervienen los doctores LEONARDO OSORIO y JUAN FERNANDO GAVIRIA.

Después de un amplio debate, el doctor FEDERICO RESTREPO reitera que en el entendido que se está desarrollando un proceso de negociación entre IDEA y E.P.M., en la publicación de los prepliegos se debe suspender hasta se dé un proceso de convergencia en la negociación directa, o esta fracase.

Propone el doctor ÁLVARO VÁSQUEZ que como se solicitó anteriormente, se suspenda la junta hasta el miércoles 5 de mayo con la finalidad de definir bajo los supuestos expresados por el doctor RESTREPO, la suspensión o continuación del proceso de subasta y como su consecuencia, la publicación o no de los prepliegos del proceso, al igual que la manifestación solicitada. Por unanimidad se aprueba la proposición presentada por el doctor ÁLVARO VÁSQUEZ, una vez agotado el orden del día.

A continuación, el doctor ÁLVARO VÁSQUEZ expresa que en el periódico El Mundo de la fecha 28 de abril, se publica un editorial en el que se afirma que la decisión de no realizar la subasta fue tomada en forma unilateral por el IDEA y la Gobernación. Pregunta al doctor FEDERICO RESTREPO si está de acuerdo que esta decisión fue tomada por la Junta Directiva. El doctor FEDERICO RESTREPO acepta que esa fue una decisión de la Junta Directiva en Pleno. Propone el doctor VÁSQUEZ un pronunciamiento oficial de Hidroituango al respecto. Se aprueba que la administración se manifieste públicamente sobre el tema.

Continúa en el *“Informe del avance de la subasta”*. Por limitaciones del proceso de subasta no se incluye en la presente acta el aparte que corresponde al presente punto del orden del día. Se suspende la reunión hasta el día 5 de mayo. Continuó la junta el miércoles 5 de mayo a las 08:00 de la mañana en la Sala de Juntas del IDEA. Además de los miembros que participaron en la reunión del 28 de abril, participa el doctor JUAN FELIPE GAVIRIA y no asiste la doctora ANA CRISTINA MORENO PALACIO.

Página 13 *“Consideración suspensión del proceso de subasta”*. Para dar continuidad al tema de la reunión del 28 de abril, sobre la suspensión del proceso de subasta y publicación de prepliegos, el doctor ÁLVARO VÁSQUEZ informa sobre

las conversaciones que han sostenido entre E.P.M. y el IDEA. Indica que ante el avance de las conversaciones se tienen tres temas por definir, a saber: 1. suspender la subasta. 2. Autorizar una negociación directa entre Hidroituango y E.P.M. 3. Modificar el objeto del contrato con el BNP Paribas, de tal suerte que le permita desarrollar una asesoría para esa negociación directa. El doctor FEDERICO RESTREPO expresa que para el beneficio del proceso han considerado que no es conveniente que se estén realizando dos procesos de manera paralela: el de subasta y el de negociación directa. Piensa que se debe suspender inicialmente la publicación de los términos de la subasta para evitar conflictos con los otros proponentes. Expresa preocupación que, en el evento de no llegar a un acuerdo, si participa la banca de inversión BBP Paribas, a pesar de un acuerdo de confidencialidad, si se adelanta posteriormente la subasta y la gana otro proponente, se puede llegar a filtrar información privilegiada que suministre E.P.M.

Otro tema que suministra el doctor RESTREPO es que para E.P.M. el proceso es serio, a tal punto que desde el inicio conformaron un equipo de trabajo que al interior de la empresa incluye más de 20 personas, cuentan con una banca de inversión y esta ha contactado asesores y finalmente que han invertido cuantiosos recursos. Por lo anterior, reitera que no tratan de comprar tiempo en perjuicio de otros interesados y aclarar cualquier duda al respecto. El doctor SERGIO BETANCUR anota sobre la mención al doctor LEONARDO OSORIO del BNP, al tema de seriedad, que probablemente hacía referencia a que desde el punto de vista internacional no se consideraba serio tener al mismo tiempo el proceso de subasta y de negociación directa.

El doctor **LUIS GUILLERMO GÓMEZ** acota que desde 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 y financiero tiene un conocimiento suficientemente amplio, al igual que desde el punto de vista técnico y financiero, lo que les permite tener una posición muy clara de la empresa frente a la participación de un tercero en el proyecto. Por consiguiente, considera que no se requerirá acudir a la banca de inversión para adelantar una negociación directa. Agrega que 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 comisión 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.

Expresa el doctor ÁLVARO VÁSQUEZ que por la naturaleza pública de las entidades que intervienen, el aporte positivo que se aprecia a una eventual participación de la Banca de Inversión es el de avalar las cifras que sustenten un posible acuerdo. Lo anterior, sin consideración al manejo que se dé a los honorarios, que deberían ser razonables de acuerdo a la gestión que realicen. Agrega el doctor LUIS GUILLERMO que el conocimiento y aval de la valoración ya lo han presentado e igualmente ya se les ha pagado por ello ante lo cual reitera que no necesitarían de la banca de inversión y que en Hidroituango tienen la información suficiente para entrar en un proceso de negociación como el que se propone.

Sobre las inquietudes planteadas por el doctor FEDERICO RESTREPO, expresa el doctor ÁLVARO VÁSQUEZ que las aprecia razonables. Agrega que también puede existir el riesgo para E.P.M. que se les pueda presentar una inhabilidad para participar en la subasta, si después de adelantar una negociación directa esta fracasa. Acepta el doctor RESTREPO que esa es otra de las inquietudes del área jurídica de E.P.M., pero reitera que le están aportando a una negociación que llegue a feliz término y que ese siempre ha sido uno de los argumentos de terceros para cuestionar la participación de E.P.M.: El conocimiento que tiene de la Hidroeléctrica del negocio. Después de algunas reflexiones sobre la conveniencia de suspender el proceso de subasta y darlo a conocer a la opinión pública, los elementos sustanciales de una negociación directa, estructura jurídica, el plazo para llegar a acuerdos, precalificar prepliegos, etc., los miembros de la junta acuerdan que se continúa con el trámite de la negociación directa entre el IDEA y E.P.M. Una vez se tenga una decisión, se convocará nuevamente la junta para tomar las decisiones que corresponden sobre la suspensión, terminación o continuación del proceso de subasta, publicación de prepliegos, informe de la opinión pública, etc.

5.2.73. Acta 111 del 9 de junio de 2010 en 13 folios de la Junta Directiva Hidroituango S.A. E.S.P. Gerente General de Hidroituango. Doctor **LUIS GUILLERMO GÓMEZ ATEHORTÚA**. Está presente como invitada la doctora MARÍA ISABEL VANEGAS, Abogada asesora de Hidroituango. Página 4, punto 8 “*Consideraciones suspensión proceso de subasta*”. Informa el doctor **LUIS GUILLERMO GÓMEZ** que desde la reunión anterior de la junta se consideró la

posibilidad de comunicar tanto a los participantes en la subasta como a la opinión pública, la suspensión del proceso de subasta, considerando la posibilidad de adelantar un proceso de negociación directa con E.P.M. en virtud del cual esta empresa desarrollaría el proyecto.

El doctor ÁLVARO VÁSQUEZ pone a consideración de la Junta Directiva la posibilidad de suspender el proceso de subasta por unas semanas, hasta cuando la misma Junta Directiva decida reabrirlo o darlo por terminado, con el fin de dar tranquilidad a los otros ser precalificados y para poder avanzar con la negociación directa con E.P.M. Es aprobado por la unanimidad de los miembros de la junta presentes.

En consecuencia, la gerencia de la sociedad dará a conocer a la opinión pública, un comunicado oficial en el que se anuncie la suspensión del proceso de subasta. El doctor JUAN FELIPE GAVIRIA inquiriere sobre la consecuencia de la suspensión en relación con el contrato que se tiene con la banca de Inversión de Hidroituango, BNP Paribas, en el entendido de que dicha firma deba continuar participando en las negociaciones que se siguen. Manifiesta el doctor **LUIS GUILLERMO GÓMEZ** que de acuerdo con lo que se defina sobre la negociación directa, se continuará trabajando con el banco y para ello se debe definir si la nueva negociación se puede incluir en el contrato actual o se debe realizar un nuevo contrato. Aporta el doctor ÁLVARO VÁSQUEZ que el tema se tratará en el punto siguiente del orden del día. Pregunta la doctora ANA CRISTINA MORENO, si los documentos publicados el 18 de marzo de 2010 fueron oficiales. Responde el doctor WILSON VÉLEZ que los prepliegos se colgaron oficialmente en la página web de Hidroituango. Incluso personas interesadas en el proceso, incluyendo los representantes de E.P.M. en la subasta, realizaron preguntas sobre ellos.

5.2.74. Acta 112 del 28 de junio de 2010 en 14 folios. Presente el doctor **LUIS GUILLERMO GÓMEZ ATEHORTÚA**, Gerente General de Hidroituango; la doctora MARÍA ISABEL VANEGAS, abogada asesora de Hidroituango. Página 8 para Expresa el doctor ÁLVARO VÁSQUEZ que el 30 de mayo le informó al doctor **LUIS GUILLERMO GÓMEZ** lo que habían acordado: que E.P.M. contrataba a Santander Investment y pagaba la mitad de los honorarios de Inverlink; a su vez Hidroituango pagaría la otra mitad de los honorarios. En la última reunión de Junta realizada el 8 de junio, se autorizó a la administración de Hidroituango para negociar con el BNP

Paribas su gestión por fuera de la subasta. El doctor ÁLVARO VILLEGAS entiende que se trata de una negociación entre los dos accionistas mayoritarios.

El doctor ÁLVARO VÁSQUEZ le informa que realmente se ha proyectado como una negociación directa entre Hidroituango y E.P.M., ya que el negocio tendría una debilidad jurídica si la negociación fuera del IDEA y el Departamento, negociando y dejando por fuera a los minoritarios. Por ello se acordó que el BNP pagaría a Inverlink el 50% de sus honorarios y posteriormente se le reembolsaría a través del contrato de Hidroituango. El doctor JUAN GONZALO ÁLVAREZ comenta que al interior de Hidroituango se ha manejado lo siguiente: los acuerdos o posibles negociaciones entre los dos socios mayoritarios dan la hoja de ruta para que Hidroituango entre a negociar directamente con E.P.M. Esa hoja de ruta parte de la reunión en la presidencia de la República en la que se produce un memorando de entendimiento. Ahora bien, desde el 01 de junio, *antes de la reunión de Junta-*, la administración de Hidroituango viene negociando con el BNP en cuanto a la tarifa que se debe cobrar, ya que en la última reunión de junta se determinó que debería ser razonable, en el entendido de que es una negociación directa. Desde esa fecha se viene negociando con el BNP y no se ha logrado llegar a un acuerdo.

En la última reunión del comité de contratación de Hidroituango, realizado el viernes 25 de junio se definieron los parámetros de negociación y en el día de hoy 28 de junio se recibió una propuesta verbal del BNP que estará oficializando próximamente. Entre tanto, para no entorpecer el avance de la negociación, Hidroituango le ha venido entregando a Inverlink la información de análisis que maneja, sin asumir la posición de socio IDEA. Con lo anterior Inverlink ha comprendido el concepto general del negocio de Hidroituango. Sin embargo, el doctor ÁLVAREZ le solicitó una reunión con el doctor JORGE MARIO PÉREZ de E.P.M., quien le manifestó la misma inquietud. Por ello Inverlink vino a Medellín y se reunió con el IDEA, E.P.M. e Hidroituango. Al finalizar las reuniones le expresaron que ya entendían el negocio propuesto, porque en un principio no lo tenían claro.

Acota el doctor ÁLVARO VÁSQUEZ que lo presentado inicialmente por Inverlink en la reunión del martes 22 de junio era totalmente distinto a lo acordado en Bogotá. Continúa el doctor ÁLVAREZ informando que el 17 de junio se resolvieron dudas financieras, el 18 de junio se les entregó la información, el 22 de junio se realizaron

las reuniones arriba relacionadas con el IDEA, E.P.M. e Hidroituango. Con base en lo anterior Inverlink presentaría un documento con el entendimiento del proceso y su hoja de ruta, lo que quedaron de entregar el viernes 25 y finalmente lo entregaron en la mañana de la reunión de la junta, viernes 28 de junio como su entendimiento de la metodología del negocio.

Complementa el doctor ÁLVARO VÁSQUEZ, que el acuerdo de fondo es que las bancas de inversión BNP Paribas por Hidroituango y Santander Investment por E.P.M., trabajen cada una por su parte con una tercera que es Inverlink, quien hará una recomendación de conformidad para que los negociadores lleguen a un punto de acuerdo. Informa el doctor FEDERICO RESTREPO que la Doctora CLAUDIA JIMÉNEZ, Ministra Consejera, le presentó el documento inicial al señor Presidente, quien le hizo unas observaciones y ese documento finalmente fue el que mandó con membrete. El doctor ÁLVARO VILLEGAS, como miembro de la Junta Directiva y para poder sustentar sus decisiones, solicitó que se le ponga en conocimiento del acuerdo al que se le llegó en la Presidencia de la República. Expresa el doctor **LUIS GUILLERMO GÓMEZ** que tampoco conoce el documento que tiene E.P.M. y que se remitió en membrete, de la presidencia.

El doctor FEDERICO RESTREPO que el acuerdo se debe suscribir entre Hidroituango que es la sociedad contratante, y E.P.M. Pero que la negociación es entre los dos socios mayoritarios porque Hidroituango está representando la posición de todos los socios. Reitera que la formalización del acuerdo es con Hidroituango, pero la negociación es entre E.P.M. y el IDEA. Explica lo que se acordó en la presidencia: dos bancas de inversión, cada una representando a dos accionistas que además son públicos: E.P.M. y el IDEA y un tercero que actúa como un validador. Allí la doctora CLAUDIA JIMÉNEZ introduce el término de “*Muralla China*”. Las dos bancas no se reúnen directamente, sino que cada una se reúne con la tercera banca.

Se estudiará si teniendo en cuenta que en BNP Paribas conoce suficientemente el negocio para una subasta, se puede llegar a un acuerdo entre Hidroituango y el BNP que le permita a este último participar en esa negociación entre los socios. Conoce que Inverlink no se ha podido reunir con BNP porque a su vez no hay podido llegar a un acuerdo con Hidroituango. Agrega que se trata de darle un mandato al BNP Paribas dentro de Hidroituango, para que asuma el papel de banca de

Inversión del IDEA y por las limitaciones de la ley de garantías se estableció que fueran las bancas de inversión las que le pagaran al tercero y luego ellas le pasaban la cuenta a las respectivas entidades que representan. Señala igualmente que la negociación con Inverlink la coordina la Ministra CLAUDIA JIMÉNEZ, quien les consultó si estaban de acuerdo tanto a E.P.M. como al IDEA y dada la aceptación se le dio el mandato a Inverlink.

El doctor JUAN GONZALO ÁLVAREZ pide se aclare la posición jurídica de Hidroituango, que sus abogados han manifestado que Hidroituango no puede utilizar el actual contrato que tienen con el BNP Paribas para que éste realice lo expresado por el doctor FEDERICO RESTREPO, porque han sido insistentes en manifestar que esta entidad no puede actuar a nombre del IDEA.

Solicita el doctor WILSON VÉLEZ se aclare si la pregunta es sobre la posibilidad de modificar el contrato para que el BNP represente a Hidroituango en la negociación con E.P.M. o si se trata de que Hidroituango modifique su contrato con el BNP para que éste represente al IDEA en la negociación con E.P.M. Aclara el doctor ÁLVARO VÁSQUEZ que se trata de que represente a los socios de Hidroituango diferentes de E.P.M. Expresa el doctor WILSON LÓPEZ que lo entendido y ha sido expresado por los abogados de Hidroituango, es que es válido modificar el contrato que esta entidad tiene con el BNP Paribas para que lo asesore en una negociación directa con E.P.M. Lo que no han considerado válido jurídicamente es que Hidroituango realice una modificación de su contrato con el BNP para que él asesore a los accionistas de Hidroituango, distintos de E.P.M., en una negociación con esta última entidad por cuanto se estaría pagando por una gestión por otro, lo que consideran que no es válido jurídicamente, ya que los accionistas de Hidroituango son personas naturales o jurídicas con una personalidad jurídica diferente a la de Hidroituango.

Agrega que Hidroituango puede contratar con cualquiera para que lo represente en una gestión, pero no puede hacerlo para que ese contratista represente a uno o varios de sus socios que no son la misma persona jurídica que es Hidroituango. Manifiesta el doctor ÁLVARO VÁSQUEZ que no entiende esa posición porque no la conocían al interior de la junta y sólo se viene a expresar al momento de la presente reunión.

El doctor VÉLEZ expresa que en varias oportunidades han manifestado su criterio sobre la viabilidad de la posible relación contractual del BNP con Hidroituango en una negociación directa con E.P.M. y las dificultades jurídicas para que, pagado por Hidroituango, el BNP asesore un tercero. El doctor ÁLVARO VILLEGAS considera que los abogados deben buscar una salida a corto plazo, porque no se podría entender cómo, siendo la ingeniería la que ha sustentado de forma exitosa a E.P.M. en la construcción de represas, no se realizara el negocio siendo las dos partes, Departamento e IDEA y E.P.M. lo mismo de Antioqueñas. Concluye que se debe hacer un gran esfuerzo para sacar adelante el proceso.

5.2.75. Acta 113 del 28 de Julio de 2010 en 14 folios. Sala de Juntas del IDEA. Junta Directiva Hidroituango. Presente el doctor **LUIS GUILLERMO GÓMEZ ATEHORTÚA**, Gerente General de Hidroituango. Página 9, “5”. *Avance del proceso de negociación directa HI – WPM*”. El doctor JUAN GONZALO ÁLVAREZ hace a los miembros de la Junta la exposición del avance de la negociación directa entre HI y EPM, con base en la presentación que se anexa a la presente acta.

Se mantiene los mismos objetivos que en el proceso de subasta, el esquema implica que lo realizaría E.P.M. directamente o a través de un vehículo especial para que realice el proyecto.

Para que realice el proyecto se buscaría una estructura que optimice eficiencias tributarias y jurídicas. Las bases de negociación son las siguientes:

- Negocio tercerizado: Contratación de un tercero para que financie, construya, opere, mantenga y transfiera la Hidroeléctrica a Hidroituango al final del contrato. Hidroituango no participará en la financiación y operación del proyecto, ni asume los riesgos directamente asociados al mismo.
- Pago de una contraprestación para Hidroituango, incluido un pago inicial, remuneración operativa y restitución de la hidroeléctrica.
- Estructura financiable para el contratista.
- Estructura fiscalmente eficiente para que no genere sobrecostos al contratista que puedan significar una menor remuneración a Hidroituango.
- Control del activo por parte de Hidroituango y libertad negocial para el contratista.
- Estructura jurídica blindada.

Informa que se manejan dos niveles en el proceso que se sigue; a saber: el (i) consiste en un acuerdo entre los dos socios mayoritarios que determinaron la forma cómo se debe trabajar en el marco de la negociación. A su vez Hidroituango trabajará sobre la estrategia que le habrán de definir sus accionistas mayoritarios. El (ii) nivel se refiere a la relación contractual que se generaría entre Hidroituango y E.P.M., como contratante el primero y contratista el segundo y no como de la sociedad con su accionista o dueño, a través de los contratos que será necesario suscribir como consecuencia de lo acordado.

El coordinador por parte de E.P.M. es el doctor CARLOS ALBERTO OSORNO y por parte de Hidroituango es el doctor JUAN GONZALO ÁLVAREZ. Con los equipos designados se está trabajando para preparar un memorando de entendimiento en el que se debe consignar lo grueso de la negociación. De allí en adelante sigue la elaboración de los contratos. Se sigue trabajando con las dos bancas de inversión: Santander Inveinvest por E.P.M. y BNP Paribas por Hidroituango. Para preparar el modelo de negocio que se utilizará dentro de ocho años se propuso la continuidad del trabajo de la banca de inversión Inverlink que debe ser avalado por las dos empresas y hacer parte como una de los anexos de los contratos. Este modelo debe contener un instructivo con el nivel de detalle de la forma cómo se debe llevar el modelo, qué deben aprobar igualmente ambas entidades. La otra parte que se asignara a Inverlink es la de continuar realizando la intermediación o tercería entre las partes. Los honorarios de Inverlink lo pagarán las bancas de inversión de cada una de las empresas y lo cobrarán como gastos reembolsables a cada uno de sus clientes.

5.2.76. Acta 114 Junta Directiva Hidroituango del 25 de agosto de 2010 en 11 folios. Gerente General el doctor **LUIS GUILLERMO GÓMEZ ATEHORTÚA**. Invitados el doctor LUIS ALFREDO RAMOS BOTERO, Gobernador de Antioquia; JESÚS ALFONSO JARAMILLO, secretario privado de la Gobernación. Página 6. El doctor **LUIS GUILLERMO GÓMEZ**, sobre el tema de la reforma del estatuto de contratación informa que lo que se ha propuesto es más bien una adecuación del estatuto por algunas incongruencias o inconsistencias que tiene, ya que los temas sensibles no se tocan. El doctor HUGO MORA coincide que por la revisión que hizo de la propuesta de Hidroituango no hay modificaciones de fondo. El doctor FEDERICO RESTREPO propone que de acuerdo a lo anterior y en la medida que

no interfiera con la contratación de los túneles de desviación, se apruebe la reforma propuesta por Hidroituango al estatuto de contratación, con la ratificación que se debe hacer en reunión de los abogados de E.P.M. y Hidroituango que están conociendo del tema. Puesto a consideración por el señor presidente, es aprobada por unanimidad.

Continúa en el punto 8. “*Consideraciones contrato de estabilidad jurídica*” El doctor **LUIS GUILLERMO GÓMEZ** manifiesta que, con el fin de ganar tiempo para el proyecto, es conveniente continuar con los trámites para la consecución de la estabilidad jurídica y zona franca. Se ha contemplado la posibilidad de que en la escisión pudieran pasar ambas a la sociedad beneficiaria o SPE. Informa el doctor FEDERICO RESTREPO que no tienen objeción a la continuidad de trámites para la estabilidad jurídica, pero aclara que los beneficios de la zona franca no se suman o son compatibles con los del contrato de estabilidad jurídica, ya que son excluyentes y se debe acoger a uno de los dos.

Página 8, punto 11 “*Coordinación desarrollo de actividades para el proceso de negociación directa*”. Pide el doctor **LUIS GUILLERMO GÓMEZ** que como Hidroituango debe continuar con la negociación directa con E.P.M., se le informe de los términos del acuerdo al que han llegado los dos accionistas, IDEA y E.P.M., que la administración de Hidroituango aún no conoce. El doctor FEDERICO RESTREPO le informa que la negociación culmina con los montos que se deben anticipar o pagar a todos los accionistas de Hidroituango diferentes a E.P.M., 205 millones de dólares y una tasa interna de retorno a E.P.M. de acuerdo con unos flujos o parámetros a los que se han llegado con las bancas de inversión. Se pretende resolver cómo se hace para que esos aportes iniciales no impliquen afectación fiscal y, en segundo lugar, para que el IDEA y los accionistas minoritarios pudieran hacer que esos ingresos pasaran por el estado de resultados. Se llegó a la pregunta de la escisión de Hidroituango para tener una nueva entidad, a la cual le cede parte de los activos del proyecto. Esa sociedad será una sociedad espejo de Hidroituango en principio e Hidroituango se mantiene con un patrimonio menor. E.P.M. compra en esa sociedad las acciones de los otros accionistas que deseen venderle.

Continúa en el folio 9, cuarto párrafo para agregar que el doctor VÁSQUEZ a la explicación que hizo el doctor FEDERICO RESTREPO sobre los términos del acuerdo, que también se tendrá un plazo de restitución a los 50 años, la aplicación

de la fórmula presentada por Inverlink dentro de ocho años cuyos parámetros quedarán definidos en el contrato y que el excedente que logre el proyecto por encima de la TIR será para Hidroituango.

Expresa el doctor **LUIS GUILLERMO GÓMEZ** que, desde su llegada a la gerencia de la compañía, su objeto prioritario ha sido lograr que el proyecto llegue a feliz término, para lo cual se ha venido trabajando con un grupo altamente calificado de asesores jurídicos, financieros y técnicos, para el montaje del proceso de subasta. Esto otorga al grupo de trabajo un profundo conocimiento sobre el tema. Igualmente, manifiesta que se ha invertido una importante suma en adquirir ese conocimiento que se va a aplicar en la negociación directa con E.P.M.

5.2.77. Acta No. 116 de la Junta Directiva del 29 de septiembre de 2010, con 18 folios. Sala de Juntas del IDEA. Presente el doctor **LUIS GUILLERMO GÓMEZ ATEHORTÚA**, Gerente General de Hidroituango. Se encuentra el Gerente financiero del IDEA, la directora de Contabilidad del IDEA, funcionarios de E.P.M. Página 6, literal d. *“Autorización para tercerización y contrato de BOOMT con E.P.M”* Informa el secretario de la Junta que en los Estatutos Sociales de Hidroituango se encuentra una norma que establece la Asamblea General de Accionistas debe aprobar la factibilidad del proyecto. En este sentido el numeral 20 del artículo 34 de los estatutos, establece en cabeza de la Asamblea General de Accionistas la facultad de: *“decidir sobre la factibilidad final del proyecto de acuerdo a los estatutos técnicos, ambientales, económicos y financieros que se realicen”*. Finalmente, y después de analizar detenidamente el tema, la Junta Directiva decide que se incorpore en el proyecto de escisión que se llevará para la aprobación de la Asamblea General de Accionistas.

Continúa con el literal e. *“Suministro de información a E.P.M”*. Expresa el doctor WILSON VÉLEZ que en este punto los asesores de Hidroituango, Brigard Urrutia, al realizar el estudio del acuerdo de accionistas, han llamado la atención sobre los siguientes puntos:

-E.P.M. es accionista de Hidroituango y para efectos de la negociación del contrato BOOMT es necesario revelar cierta información de carácter fundamental de Hidroituango, relacionadas con el proyecto.

-Hidroituango sólo tiene obligaciones de revelar a los accionistas la información como sociedad sobre sus negocios y actividades en el desarrollo de inspección.

-El ejercicio del derecho de Inspección, de acuerdo con el Código de Comercio y estatutos, se realiza en los libros y papeles de la sociedad, inventarios, balances, cuentas y demás comprobantes exigidos.

-La ley establece términos y condiciones estrictos para el ejercicio del derecho de inspección, quince días antes de la Asamblea ordinaria.

-Gran parte de la información que debe ser revelada a E.P.M. en el marco de la negociación no se compagina con los términos y condiciones en los cuales los accionistas tienen derecho a ejercer la inspección de los libros y papeles de la sociedad, así como también dicha información debe ser revelada en una oportunidad distinta a la establecida en la ley.

-A falta de autorización, Hidroituango no estaría facultada para entregar esta información. La Administración de Hidroituango tiene a su cargo el deber de proteger y guardar la reserva comercial e industrial de la sociedad.

-En el evento en que Hidroituango entregue información que deba ser revelada para efectos de la negociación, o por lo menos aquella información sea de dominio público sin contar con las autorizaciones correspondientes para proteger el carácter reservado de la información de la sociedad, tanto de la sociedad como la administración, pueden estar sujetas a consecuencias legales y estatutarias que ocasionen responsabilidad solidaria e ilimitada frente a los perjuicios que por dolo o culpa ocasionen a la sociedad.

-De acuerdo con los estatutos de Hidroituango, la Asamblea General de Accionistas es el órgano competente para autorizar la revelación de esta información. Esta autorización debe ser otorgada tanto a la Junta Directiva como a la administración de Hidroituango.

La doctora MARÍA ALEJANDRA GIL, abogada de E.P.M., advierte que no aprecia conflicto en la medida en que la información que se le suministre a E.P.M. en su condición de contratistas y no de accionista.

Propone el doctor FEDERICO RESTREPO que el tema también se incluya dentro del proyecto de escisión que se pondrá a consideración de los accionistas. Puestos a consideración por el señor presidente, es aprobado por unanimidad.

“f.- Tratamiento conflicto de interés” El secretario de la junta, doctor WILSON VÉLEZ, expresa que también los asesores Brigard & Urrutia, han advertido que en el desarrollo del contrato es posible que se den conflictos de interés en los que pueden incurrir los administradores de Hidroituango y E.P.M. en la toma de decisiones relacionadas con la negociación y ejecución posterior del contrato BOOMT que eventualmente deban ser tratados por la Junta Directiva. Al llegar allí se presentaría el conflicto con la doble posición de E.P.M. como contratista y accionista de Hidroituango. Solicita a la doctora CLAUDIA NAVARRO, abogada de Brigard & Urrutia para que complemente su concepto. La doctora NAVARRO reitera que en la etapa precontractual y cuando el contrato se formalice, en la ejecución del contrato BOOMT con E.P.M., se pueden presentar instancias de toma de decisiones respecto de los cuales los miembros de la Junta Directiva designados por E.P.M. tendrían que manifestar la existencia de conflictos de intereses. Ello se debe a que es posible que el miembro de junta designado por E.P.M. tenga un conflicto entre sus deberes respecto de Hidroituango en su calidad de administrador y/o su lealtad y relación con E.P.M. en cuanto ente nominador. Agrega que la definición de conflicto de interés entre los administradores en las sociedades comerciales como Hidroituango y el procedimiento establecido frente a su ocurrencia, están regulados en el numeral 7 del artículo 23 de la ley 222 de 1995 y en el decreto reglamentario 1925 de 2009.

En estos eventos se debería convocar a la asamblea de accionistas como órgano que dirime los conflictos de interés. En consecuencia, para evitar las recurrentes citaciones a este organismo, se podrían definir esquemas a los que se pueda acudir, tal como la designación de personal ad-hoc que remplacen a quienes se encuentren impedidos, deliberar con sólo tres miembros o designar un organismo específico que trate este tipo de eventos. Finalmente, y ante la ausencia de claridad sobre los problemas que se puedan resolver por fuera del contrato y para cuya solución se tenga que acudir a la Junta Directiva, provocando el conflicto de Interés, el doctor FEDERICO RESTREPO propone que cuando los conflictos se presenten se cite a la asamblea de accionistas o se tome la decisión que corresponda sobre la solución

del conflicto en concreto. Esto con el fin de llevar a la próxima asamblea sólo lo esencial para definir el proyecto de escisión que es para lo que se convocó.

Página 9. Como consecuencia de lo aprobado en los anteriores puntos, el doctor JUAN FELIPE GAVIRIA propone que en el proyecto de Hidroituango S.A. E.S.P., además del proyecto mismo ya aprobado, se incorpore la autorización de tercerización y contratar el BOOMT, al igual que el suministro de la información que requiera E.P.M. para realizar este contrato con Hidroituango. Puesto a consideración por el señor presidente, es aprobado por la unanimidad de los presentes.

5.2.78. Acta 177 del 27 de febrero de 2010, con 6 folios, se realiza en la Sala de Juntas del IDEA. Presente el doctor **LUIS GUILLERMO GÓMEZ ATEHORTÚA**, Gerente General de Hidroituango. Invitados: Algunos funcionarios de E.P.M. Se sitúa en el folio 6. "*Proposiciones y varios*". El doctor ÁLVARO VÁSQUEZ agradece el reconocimiento y expresa su gratitud a los miembros de la junta, por cuanto todos aportaron para que se llegara a feliz término en el proceso que ahora se tiene con E.P.M. Comparte lo ratificado por los accionistas en la asamblea sobre la pregunta enviada por la SAI al señor gobernador en carta suscrita por el doctor ÁLVARO VILLEGAS sobre la posibilidad de que Hidroituango adelante otros proyectos. Por eso consultó recientemente con el señor Gerente **LUIS GUILLERMO GÓMEZ**, si Hidroituango podría desarrollar los proyectos de Encimadas y Cañaveral, considerando las fortalezas, el músculo y las condiciones profesionales que tiene Hidroituango. Afirma que el IDEA consideraría positivamente esta posibilidad y si la junta valida el tema y se puede modificar el objeto social de Hidroituango en otra asamblea, el Departamento estará listo para explorar esas opciones, considerando además que el doctor OSCAR JARAMILLO, actual gerente técnico de Hidroituango, participó con ISAGEN en el desarrollo de estos proyectos. Complementa expresando, que en Hidroituango la inversión y el montaje ya se hicieron y hay un Know-How y experiencia importante que no sería lógico perderlos en este y otros proyectos que fueran compatibles con los intereses de E.P.M. con la aspiración del Departamento que requiere de procesar otros ingresos propios. Reitera su gratitud a todos los miembros de la junta.

El doctor **LUIS GUILLERMO GÓMEZ**, solicita a la junta autorización, para informa a quienes participaron en el proceso de subasta la terminación del proceso y la

negociación directa que se hizo con E.P.M. Igualmente, para que se les reembolse el aporte hecho para participar en el proceso. Puestas a consideración de la junta, ambas propuestas por el doctor ÁLVARO VÁSQUEZ, son aprobadas por la unanimidad de los presentes. No teniendo más temas a tratar se da por terminada la reunión siendo las 11:30 a. m, del miércoles 27 de octubre de 2010.

5.2.79. Acta No. 118 del 24 de noviembre de 2010, con 11 folios, se realiza en la Sala de Juntas Hidroituango. Asistentes: Doctor **LUIS GUILLERMO GÓMEZ ATEHORTÚA**, Gerente General de Hidroituango; algunos funcionarios de E.P.M.; el doctor **LUIS JAVIER VÉLEZ DUQUE**, jefe área de proyectos Subgerencia Desarrollo Proyectos Energía E.P.M. Página 13. “Informe de Gerencia”. El doctor **LUIS GUILLERMO GÓMEZ** presenta a los miembros de la junta los siguientes informes:

- Estados financieros.
- Licitaciones.

Ingresa en este punto los doctores CARLOS OSORNO, asesor estratégico energía de E.P.M. y **LUIS JAVIER VÉLEZ DUQUE**, jefe área proyectos subgerencia desarrollo proyectos energía E.P.M. Anota el doctor FEDERICO RESTREPO que la interventoría que realizara la sociedad Hidroeléctrica Ituango a la ejecución del proyecto por parte de E.P.M. y se pretende contratar, se debe realizar de forma diferente a como se desarrollan la interventorías ordinarias por cuanto hay una auditoría técnica financiera y legal que corresponde a la actual sociedad, Hidroituango, sociedad concedente y hay otra al interior de la concesión que se sale de los esquemas convencionales de interventoría.

Pregunta si esa consideración se hizo al momento de elaborar los pliegos de condiciones en la licitación. El doctor **GÓMEZ** informa que el alcance de la interventoría que se sacó a licitación es el mismo que se realiza en los contratos de forma convencional y tradicional como la que se realizar en las obras de Porce III. El doctor **LUIS JAVIER VÉLEZ**, representante legal designado para la sociedad beneficiaria de la escisión, E.P.M. ITUANGO, ratifica que la interventoría que se está contratando es la tradicional de obras que monitorean los tres aspectos: Calidad de obras, cronograma y costo de inversiones.

Continúa en la página 6. Numeral 7 “*Consideración, supervisión y monitoreo del contrato BOOMT con E.P.M. Ituango*”. Considera el doctor ÁLVARO VILLEGAS que se debe tener como mira que le vaya bien a Antioquia y solicita que este trámite se agilice y que no se exija más, pero tampoco menos, que en lo que un BOOMT se exigiría a otro contratista que se lo hubiere ganado en la subasta, teniendo en E.P.M. la confianza que se merece. El doctor **LUIS GUILLERMO GÓMEZ** señala, que cuando se adelantó el proceso de subasta, la supervisión fue motivo de mucho análisis por los equipos de trabajo y cuando el proceso varió a la contratación directa con E.P.M., se miró con mucho detenimiento la forma cómo se acomodaría a esa negociación. En esta negociación surgen variaciones en elementos esenciales como en los riesgos en la subasta los asumía en su mayoría el subastador y en la negociación con E.P.M. la situación es diferente por cuanto Hidroituango asume el riesgo de construcción. Esto sólo implica, que se debe ejercer un mayor control sobre el costo final del proyecto, lo que se refleja de las propuestas que se han planteado.

De otro lado, expresa que para la administración de Hidroituango ha sido complejo delimitar las negociaciones con E.P.M. por cuanto con ellos se tienen tres posiciones claras y diferentes: como socio de la empresa, como miembro de la junta y la otra, como contratista del BOOMT, lo que significa escenarios diferentes. Por ello han considerado que E.P.M., no debe tomar partido en la definición de la forma cómo se le ejercerá la supervisión, sino que lo debe hacer la sociedad de forma independiente, determinando el alcance de esa supervisión para lo que se deben tener claras las diferencias legales que existen entre contratista y contratante.

En la página 7, acota el doctor FEDERICO RESTREPO, que aceptando que E.P.M., más que contratista es concesionario, lo que tiene connotaciones diferentes, no se puede aceptar que exista coadministración. Una cosa es controlar costos y otra, duplicar los esfuerzos en una estructura administrativa por parte de la concedente para coadministrar un contrato. El negocio de E.P.M. no es hacer el proyecto más costoso y no existen intereses contrapuestos, precisamente por la doble condición de accionista y contratista. Le preocupa tener una carga de funcionarios de Hidroituango coadministrando la ejecución del proyecto, tal como se deja entrever en las propuestas remitidas por Hidroituango. Señala que se están exigiendo garantías que ni el BID ni la banca multilateral exigirían. El negocio de E.P.M. no es construir la central, expresa, sino operarla, procurando lo que menos cueste,

cumpliendo con su funcionalidad. Por esa razón, ellos serán los más exigentes controladores de que quien construya esté sometido a las máximas condiciones de diseño y técnica con el menor costo posible, cumpliendo las exigencias contractuales por las que se adjudique el proceso.

5.2.80. Acta 119 del 22 de diciembre de 2010, con 16 folios. Sala de Juntas Hidroituango. Asistente el doctor **LUIS GUILLERMO GÓMEZ ATEHORTÚA**, Gerente General de Hidroituango; el doctor invitado **LUIS JAVIER VÉLEZ DUQUE**, jefe área proyectos subgerencia desarrollo proyectos energía E.P.M. Folio 3. “Informe de Gerencia” precisa que en este punto ingresan los doctores OSCAR JARAMILLO y JAIRO HERNÁN RAMÍREZ, Gerente Técnico y Director Administrativo y Financiero de Hidroituango, respectivamente y **LUIS JAVIER VÉLEZ DUQUE**, Jefe área proyectos subgerencia desarrollo proyectos energía E.P.M. El doctor **LUIS GUILLERMO GÓMEZ** presenta a los miembros de la junta los siguientes informes:

Revisión redacción de los contratos del BOOMT. Informa el doctor **GÓMEZ** que los días 20 y 21 de diciembre y en el presente día 22 de diciembre se viene realizando una reunión de los abogados, asesores externos, banca de inversión y equipos técnico y financiero de E.P.M. e Hidroituango, para hacer una minuciosa revisión de lo que será la minuta del contrato BOOMT. En esa revisión se han encontrado elementos que considera deben ser puestos en consideración de la junta por parte los abogados asesores de ambas empresas, lo que se efectuará en el punto que se tiene previsto del orden del día de la presente reunión.

Informe de proceso de licitación túneles de desviación. Informa el señor gerente que 26 firmas retiraron pliegos, ya se realizó visita al sitio de obra y se tiene previsto el cierre del proceso para el 25 de enero. En este proceso, de común acuerdo con E.P.M., no modificaron los términos de participación financiera en cuanto al endeudamiento y se reabrió la venta de pliegos por ocho días. En el caso de presentarse nuevos interesados se programará la visita correspondiente.

5.2.81. Acta 120 del 26 de enero de 2011, reunión ordinaria de la Junta Directiva Hidroeléctrica Ituango, con 20 folios. Presente el doctor **LUIS GUILLERMO GÓMEZ ATEHORTÚA**, Gerente General de Hidroituango. Invitados: doctor **LUIS JAVIER VÉLEZ DUQUE**, jefe área proyectos subgerencia desarrollo proyectos energía

E.P.M. Página 2. “3. Informe avance de negociación con E.P.M” El doctor **LUIS GUILLERMO GÓMEZ** presenta a los miembros de la junta su saludo de bienvenida al año 2011. Informa que con el fin de presentar un balance general de los negocios entre Hidroituango y E.P.M., los temas que están por definir y en especial lo atinente al alcance de la solicitud del trámite ante la Superintendencia de Industria y Comercio, ha invitado al doctor CARLOS UMAÑA, de la firma Brigard Urrutia, abogados asesores de Hidroituango. Ingresan los doctores JUAN GONZALO ÁLVAREZ, gerente de estructuración financiera y CARLOS UMAÑA, representante de la firma Brigard & Urrutia, abogados asesores de Hidroituango. Se encuentra presente por parte de E.P.M., los doctores JORGE MARIO PÉREZ, Gerente energía, CARLOS ALBERTO OSORNO, Asesor estratégico de energía; **LUIS JAVIER VÉLEZ DUQUE**, Jefe área proyectos subgerencia proyecto energía E.P.M. y MAURICIO RESTREPO TERREROS, Abogado subdirección jurídica, al igual que la doctora MARISOL OROZCO, Secretaria General del IDEA.

El doctor JUAN GONZALO ÁLVAREZ informa que, las mesas de trabajo de E.P.M. e Hidroituango han venido trabajando de forma permanente, se han realizado cuatro plenarios, está a punto del cierre la minuta del contrato BOOMT y se elaboró un listado con los temas pendientes.

A continuación, el doctor CARLOS UMAÑA presenta su informe sobre los avances en el trámite ante la SIC que viene adelantado E.P.M., a saber: Se presentó la solicitud de 29 de diciembre y las publicaciones se hicieron 14 de enero en El Colombiano y el 17 de enero en el periódico El Tiempo. Agrega que, a partir de la última publicación, los terceros tienen un plazo de diez días para opinar y terminado este plazo, la SIC tiene un plazo hasta de tres meses para decidir sobre el tema. En el evento en que decida continuar el proceso dará comienzo a la segunda fase, de acuerdo a la Resolución 35006 del 30 de junio de 2010, de la SIC.

El doctor FEDERICO RESTREPO considera en relación con la cesión de los contratos pre-constructivos, que ningún trámite debe alterar la ejecución del proyecto dados los compromisos que se tienen con la CREG. Afirma que, si no se tiene formalizado el contrato del BOOMT, E.P.M. no podrá financiar el proyecto. Por consiguiente, considera necesario determinar hasta qué punto el trámite de la SIC puede poner en riesgo la ejecución del proyecto.

5.2.82. Acta 121 del 116 de febrero de 2011 en la Sala de Juntas de Hidroituango, consta en 10 folios. Presente el doctor **LUIS GUILLERMO GÓMEZ ATEHORTÚA**, Gerente general de Hidroituango. Invitado: **LUIS JAVIER VÉLEZ DUQUE**, jefe área proyectos subgerencia proyectos energía E.P.M. Página 3, el numeral 4. “*Consideración informe de Gestión de la Junta y Gerencia para la Asamblea de Accionistas*” El doctor **LUIS GUILLERMO GÓMEZ** informa que en desarrollo del compromiso estatutario a presentar a la reunión ordinaria de la Asamblea General de Accionistas el informe de gestión de la Junta Directiva y de Gerencia, la Administración remitió a los miembros de la junta un borrador del informe en el que se presenta un resumen de lo acontecido en la empresa en el año 2010 y ser objetivos en su presentación. A continuación, hace a la junta una síntesis del informe que se anexa a la presente acta.

5.2.83. Acta 122 del 9 de marzo de 2011 de la Junta Directiva Hidroeléctrica Ituango en 23 folios. Lugar: Salón Provenza H E. Presente el doctor **LUIS GUILLERMO GÓMEZ**, Gerente general de Hidroituango. Página 4, punto “6. *Informe sobre el avance de negociación con E.P.M. y consideración del contrato BOOMT a suscribir entre Hidroituango y E.P.M. Ituango.* El doctor **LUIS GUILLERMO GÓMEZ** informa, que lo fundamental de la negociación ya está acordado y se quiere poner en conocimiento de la junta con un poco más de detalle, los documentos que acreditan la operación futura del contrato con E.P.M. Ituango S.A. E.S.P. Comenta el doctor **GÓMEZ** que este tema comenzó a tratarse hace 28 meses en la Junta Directiva de Hidroituango, por el doctor **ÁLVARO VÁSQUEZ**, Gerente del IDEA para entonces, a quien solicitó que se estudiara posibilidad de que el proyecto se desarrollara a través un mecanismo mediante el cual un tercero financiara el proyecto y aliviara la carga de los accionistas. Se inició entonces el proceso de subasta que logró la calificación de siete firmas; luego se decidió su suspensión y la iniciación de la negociación directa entre el IDEA y E.P.M. Esta decisión tenía como fundamento, entre otros, que los accionistas recibieran un pago inicial y que los riesgos de construcción se compartirían por Hidroituango con el Contratista del proyecto: E.P.M. o una sociedad filial. Destaca que estas características difieren de un contrato BOOMT convencional.

Considera el Doctor **GÓMEZ** que con el contrato elaborado se ha logrado tener un documento modelo en este tipo de contratación en el país. Agrega que

Hidroituango, ha querido defender siempre los intereses de la sociedad y de sus accionistas. Reconoce que no ha sido fácil la negociación, pues se trata de negociar con un contratista de altos quilates que además es socio de la compañía, con dos miembros en su Junta Directiva, que ha sido interventor de varios contratos de la sociedad y que tiene una solvencia técnica, financiera y jurídica de muy alta calidad: E.P.M.

Se siente satisfecho por el trabajo realizado por todo el equipo de asesores y funcionario de las dos empresas. Este es un contrato novedoso que servirá de modelo de otras contrataciones, fundamentalmente por la magnitud del proyecto y el tiempo de duración que tenderá, por lo que se deberían prever todas las circunstancias contractuales no dejar problemas ni conflictos jurídicos a los futuros administradores.

Finalmente, pasa a exponer la parte financiera del contrato BOOMT, concede la palabra al doctor JUAN GONZALO ÁLVAREZ, gerente de estructuración financiera de Hidroituango. Posteriormente el Doctor CARLOS UMAÑA hará la presentación de los elementos jurídicos.

Comienza el doctor ÁLVAREZ señalando que espera resolver, con su presentación que se anexa, las inquietudes que los miembros de la junta puedan tener sobre los elementos esenciales del contrato. A los miembros de Junta se les remitió la minuta del contrato con los papeles anexos: el de suspensión, verificación, etc. El anexo de garantías se está refinando con E.P.M. y el contrato de usufructo se está revisando por los abogados y asesores de ambas partes. Empieza a explicar todas las condiciones particulares del contrato BOOMT, precisando que ahí en el acta, se incluyen todas las particularidades del contrato.

5.2.84. Acta 123 del 30 de marzo de 2011, con 12 folios, reunión ordinaria Hidroeléctrica Ituango, en la Sala de Juntas del IDEA. Asistente el doctor **LUIS GUILLERMO GÓMEZ ATEHORTÚA**, Gerente general de Hidroituango. Invitado: El doctor **LUIS JAVIER VÉLEZ DUQUE**, jefe área proyecto subgerencia proyectos energía E.P.M. El doctor JUAN GONZALO ÁLVAREZ, Gerente Estructuración Financiera de Hidroituango. MAURICIO RESTREPO TERREROS, abogado subdirección jurídica energía de E.P.M. Folio 11, numeral "9. *Consideraciones aprobación contrato BOOM y Usufructo a suscribir entre Hidroituango y E.P.M.*

Ituango y la aceptación de la garantía otorgada por E.P.M.” Comenta el doctor **LUIS GUILLERMO GÓMEZ** que se trata en este punto que la junta ratifique su aprobación al contrato BOOMT, presentado en la reunión del pasado 9 de marzo y que más tarde se firmará entre Hidroituango S.A. E S. P. y E.P.M. Ituango S.A. E. S. P, en el auditorio del IDEA con la presencia de los doctores ALONSO SALAZAR, Alcalde de Medellín; LUIS ALFREDO RAMOS, Gobernador de Antioquia. Igualmente, al contrato de Usufructo que se firmará entre ambas entidades y que se le dé la aceptación a la garantía otorgada por E.P.M. como casa matriz de E.P.M. Ituango.

Toma la palabra el doctor CARLOS UMAÑA y recuerda que ya la Asamblea General de accionistas, en su reunión del pasado 27 de octubre de 2010, había aprobado la elaboración del contrato y autorizado al señor gerente de la sociedad, doctor, **LUIS GUILLERMO GÓMEZ**, para suscribirlo. Con relación a la presentación hecha en la reunión anterior, destaca que el contrato conserva la estructura de una presentación y los temas que faltaban, la corrección de estilo de precisión, la negociación de la garantía y su texto, partiendo de que E.P.M. debe ser solidario e ilimitado en función del porcentaje que tendrá en E.P.M. Ituango (99.95%)- se están concluyendo. Se negociaron todas las garantías de hacer y la de pago, todo lo que se debe hacer en el contrato. No se aceptó el beneficio de excusión a E.P.M.

5.2.85. Acta 124 del 04 de mayo de 2011.Reunión ordinaria Junta Directiva Hidroeléctrica Ituango, con 19 folios. Doctor **LUIS GUILLERMO GÓMEZ ATEHORTÚA**, Gerente General de Hidroituango. Como invitado, el doctor **LUIS JAVIER VÉLEZ DUQUE**, Gerente E.P.M. Ituango SA. E.S.P. El doctor MAURICIO RESTREPO TERREROS, abogado subdirección jurídica energía E.P.M. Página 17, punto “9 *Proposición y varios*”. Propone el doctor **LUIS GUILLERMO GÓMEZ** que la Junta Directiva asuma una posición clara con respecto al tema del conflicto de intereses que en reiteradas oportunidades ha planteado en reuniones anteriores. Recuerda que expresó en la junta pasada que con relación a la definición de la estructura administrativa y nueva planta de cargos de Hidroituango, E.P.M. podría estar impedida para actuar con un eventual conflicto de interés por ser, al mismo tiempo que accionista, miembro de la junta y ahora contratista del BOOMT y a quien precisamente vigilará Hidroituango con la estructura que éste debe definir. Por esta razón les solicito a los abogados asesores Brigard & Urrutia, que emitan su concepto al respecto. Este concepto le llegó a la administración, se los envió desde la semana anterior a todos los miembros de la junta y se anexa a la presente acta.

Piensa que es complejo el tema y que el concepto por lo menos, genera una duda razonable sobre la existencia de este conflicto, no solo con respecto a la definición de la estructura administrativa de la sociedad, sino por el rol que tiene Hidroituango a partir de la firma del BOOMT - tal como aparece en el folleto que hace poco se les entregó-, cual es, precisamente, la vigilancia de ese contrato, suscrito entre Hidroituango y E.P.M. Ituango. Por consiguiente, la gran mayoría de los temas que en adelante se tratarán en la junta, a no ser que se modifique el objeto social de Hidroituango, tendrán que ver con el desarrollo de ese contrato y se estaría presentando un conflicto de interés casi permanente para que E.P.M., como miembro de la junta, opine con relación a esos temas.

Se ocupa seguidamente la señora representante de la Fiscalía, de introducir al debate oral, la evidencia documental correspondiente a las actas de la asamblea de accionistas de la Hidroeléctrica Ituango, lo que explica en lo sucesivo, se pierda la secuencia en años o consecutivo de fechas de las referidas actas.

5.2.86. Acta No. 21 del 25 de marzo de 2009 de la Hidroeléctrica Pescadero Ituango. Asamblea General extraordinaria de accionistas llevada a cabo en el auditorio del IDEA. Con 19 folios. Página 11. Primer párrafo. Finalmente, se pone a consideración de la Asamblea General de Accionistas la modificación del artículo primero de los Estatutos Sociales de la Hidroeléctrica Pescadero Ituango que a la fecha reza:

“Artículo 1. NOMBRE Y NATURALEZA JURÍDICA. *La Sociedad se denominará ‘HIDROELÉCTRICA PESCADERO ITUANGO S.A. E.S.P.’, será de Naturaleza Comercial del tipo de las anónimas y se constituirá como una empresa de Servicios Públicos Mixta del orden Departamental.*

El artículo 1 quedara así:

Artículo 1: NOMBRE Y NATURALEZA JURÍDICA. *La sociedad se denominará ‘HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A E.S.P.’ pero podrá identificarse con la sigla ‘HIDROITUANGO S.A. ESP’, será de naturaleza comercial, del tipo de las anónimas y se constituirá como una Empresa de Servicios Públicos Mixta”³.*

³ Folio 11, acta 21 del 25 de marzo de 2009, evidencia documental No. 86 de la Fiscalía

Puesta a consideración la reforma del artículo uno de los Estatutos Sociales, es aprobado por la unanimidad de los accionistas presentes.

5.2.87. Acta No. 22 del 27 de noviembre de 2009. Asamblea General extraordinaria de accionistas Hidroeléctrica Ituango S.A. E. S. P, en el auditorio del IDEA, la conforman 10 folios. Página 4 numeral “5. *Consideración de la constitución de la Sociedad de Propósito Específico*”. El doctor ÁLVARO VILLEGAS MORENO cede la palabra al doctor **LUIS GUILLERMO GÓMEZ ATEHORTÚA**, Gerente General de la sociedad, quien expresa 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 la Zona Franca. Presenta al doctor JUAN GONZALO ÁLVAREZ, gerente de estructuración financiera de Hidroituango, para que realice la presentación del tema de los señores accionistas. Para absolver las inquietudes de los accionistas, también se encuentran presentes representantes del BNP Paribas, los abogados de la firma Prieto & Carrizosa, asesores para el proceso de la banca de inversión, al igual que los abogados de la sociedad.

El Doctor JUAN GONZALO ÁLVAREZ hace a los accionistas la presentación que se incorpora a la presente acta. Inicialmente hace un recuento de los antecedentes del proceso, a partir de los objetivos que se plantean para sacar adelante el proyecto. Se requiere de garantizar un cierre financiero que ratifique que el proyecto saldrá avante, teniendo en cuenta los recursos que se requieren y que se pretende con el proceso que se adelanta y que no los aporten los accionistas.

Para realizar el cierre financiero del proyecto se requiere de recursos de capital por un valor cercano a los de mil millones de dólares para lo que existen algunas limitaciones, ponerlo a cargo de los actuales accionistas o el financiamiento del proyecto a través de un inversionista. Explica el desarrollo actual del proyecto y los contratos que se vienen realizando como la compra de predios, construcción de las vías, campamento, etc. Para finales del 2010 se requiere del financiamiento para continuar con el desarrollo de proyecto.

Los lineamientos que se buscan con la estructuración en la financiación del proyecto que se está realizando son:

-Negocio tercerizado: Contratación de un tercero para que financie, construya, opere, mantenga y transfiera la hidroeléctrica a Hidroituango al final del contrato. Hidroituango no participara en la financiación y operación del proyecto ni asume los riesgos directamente asociados al mismo.

-Pago de una contraprestación para Hidroituango (incluido un pago inicial para reconocer total o parcialmente los gastos incurridos por Hidroituango a la fecha).

-Estructura financiable para el contratista. No se puede pretender una estructura que sólo beneficie a la sociedad, sino también a los interesados en el proyecto.

-Estructura físicamente eficiente que no genere sobrecostos al contratista que puedan significar una menor remuneración a Hidroituango.

-Control del activo por parte de Hidroituango y libertad negocial para el contratista que asuma el riesgo de su construcción.

Explica el significado BOOMT que implica que un tercero financie, construya, opere, mantenga y transfiera al final del proceso la propiedad del proyecto a Hidroituango.

5.2.88. Acta No. 23 del 24 de marzo de 2010, de la Asamblea General ordinaria de accionistas Hidroituango S.A. E.S.P. en el auditorio IDEA. Con 29 folios. Toma la palabra el doctor **LUIS GUILLERMO GÓMEZ** y hace un recuento de la invitación que hizo a una asamblea extraordinaria en el 2009 con el fin de pre constituir una sociedad vehículo con el fin de avanzar en la tramitación de la concesión de zona franca para el proyecto, por los beneficios económicos que ello le traería, las objeciones presentadas en esa asamblea y las posteriores reuniones para suministrar la información pertinente, que los accionistas presentaron la propuesta de que esa sociedad se constituyera como una sociedad espejo de Hidroituango. Esta 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 constitución de la sociedad proyecto. *(el punto enunciado por la Fiscalía se localiza en el párrafo 2 del folio 8 del acta).*

5.2.89. Acta 24 del 27 de octubre de 2010 en el auditorio del IDEA, con 20 folios. Asamblea general extraordinaria de accionistas Hidroeléctrica Ituango E.S.P. Folio “5.- Consideración Proyecto de Escisión de la Sociedad Hidroituango S.A. E.S.P.”

El señor presidente de la asamblea otorga la palabra al doctor **LUIS GUILLERMO GÓMEZ**, quien a continuación se dirige a los asambleístas. Expone en primer lugar el doctor **GÓMEZ**, los antecedentes que dieron lugar a la decisión que hoy se pone a consideración: el proyecto de escisión con todos su anexos, balance y estados financieros auditados y el concepto del auditor, que se remitió previamente a los señores accionistas, quienes además tuvieron la oportunidad desde el pasado 30 de septiembre de 2010 para ejercer el derecho a inspección en este proyecto. A saber:

-Declaratoria de utilidad pública. Resolución 317 de 2008 Ministerio de Minas y energía.

-Licencia Ambiental. Resolución 155 de 2009. Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial.

-El proyecto fue incluido en el Plan de Expansión de referencia Generación Transmisión 2009-2023 UPME.

-Asignación obligaciones de Energía firme y cargo por confiabilidad 1.085 GWh a razón de USD\$13.998 MWh.

-Estudios y diseños técnicos por parte de las firmas consultoras de Hidroituango.

-Análisis económicos favorables para la factibilidad económica y financiera del proyecto.

Agrega el doctor **GÓMEZ** que después de explorar las posibilidades de financiación, la junta 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 Hidroituango. Lo anterior se intentó inicialmente a través de un proceso de subasta. Posteriormente y teniendo en consideración que E.P.M. cuanta con toda la capacidad, técnica, financiera y la experticia que se requiere para el objeto propuesto, los dos grandes accionistas se

pusieron de acuerdo para que esta entidad realice el proyecto a través de un contrato de BOOMT.

Señala la forma de los dos esquemas propuestos por los que se llegó finalmente a la negociación con E.P.M. En el primer esquema Hidroituango contrataba directamente con el inversionista. En el esquema indirecto, a través de un vehículo controlado por su casa matriz, se realiza el contrato de BOOMT, el contrato de usufructo sobre los predios requeridos para la central hidroeléctrica, se montan las garantías y soportes necesarios, se hace la supervisión del control del contrato por parte de Hidroituango y la obligación de la casa matriz de ejercer el control de la sociedad de propósito especial.

A continuación, plantea las ventajas de esta tercerización: a saber:

-E.P.M. ejecuta el proyecto hidroeléctrico a través de un vehículo (Contratista-sociedad beneficiaria).

-Obtención de nuevos recursos para el proyecto.

-Hidroituango no requiere más capitalización para el desarrollo del proyecto.

-Optimización resultados del proyecto con una zona franca y estabilidad jurídica del proyecto.

-Maximizar beneficios de accionistas de Hidroituango por cuanto recuperan el valor de lo invertido hasta el momento en Hidroituango más un margen, y tiene una fuente de liquidez inmediata en la venta de las acciones de la sociedad beneficiaria.

-Mantienen los accionistas su participación accionaria en Hidroituango y por ello recibirán beneficios durante la operación del proyecto y al término del contrato del BOOMT, obtendrá Hidroituango la restitución de la hidroeléctrica al momento del término del contrato.

Plantea el señor gerente de la sociedad la forma de creación del vehículo que se propone: se realiza el presente proceso de escisión con la creación de un vehículo o sociedad beneficiara espejo en la que los accionistas actuales mantienen la misma

composición accionaria que hoy tienen en Hidroituango y a la que se traslada parte del patrimonio actual de Hidroituango. Esta sociedad se llamará E.P.M. Ituango S.A. E. S. P. A esta compañía se traslada los activos necesarios para la realización del proyecto.

Constituida E.P.M. Ituango, Hidroituango celebrará con ella el contrato BOOMT, para que financie, construya, mantenga, opere y revierta el uso de la central cuando termine este contrato. Igualmente, celebrará el contrato de usufructo de tierras que le otorgará el uso de ellas a E.P.M. Ituango. En esta sociedad E.P.M. comprará las acciones a los accionistas que las quieran vender, para obtener el control de la sociedad beneficiaria. Presenta el doctor Gómez las condiciones generales y específicas del contrato.

Página 14 *“PROPOSICIÓN”*. La asamblea general de accionistas aprueba que la escisión se realice con base en el valor nominal de la acción de un peso. *“Aprobación”* Puesta a consideración por el señor Presidente la anterior proposición, es aprobada por la unanimidad de los accionistas presentes.

9.- Consideración aprobación del contrato BOOMT Lee el señor secretario la siguiente proposición, presentada por la administración de Hidroituango. *“PROPOSICIÓN”*. Al aprobar la escisión, los accionistas de la hidroeléctrica Ituango S.A. E.S.P. ratifican su intención para que el desarrollo del proyecto se lleve a cabo por parte de Empresas Públicas de Medellín E. S. P. y, por lo tanto, reconocen y aceptan que para el efecto es necesario que esta entidad sea la mayoritaria de la sociedad beneficiaria de la escisión con lo que la Hidroeléctrica Ituango S.A. E.S.P. celebrará el contrato tipo BOOMT. En este sentido los accionistas reconocen que el valor que se cancelará a cada accionista que venda sus acciones en la sociedad beneficiaria de la escisión, corresponde a la contraprestación que debe cancelar Empresas Públicas de Medellín E.S.P. por adquirir el derecho a desarrollar el proyecto. De esta manera, la suma que obtendrá la hidroeléctrica Ituango S.A. E.S.P. y por intermedio de ésta, sus accionistas, por la celebración del contrato BOOMT con la sociedad Beneficiaria, lo obtendrán directamente los accionistas de aquella, sin que se requiera operación societaria para este propósito. Por lo anterior, los accionistas consienten expresamente en la celebración de contrato tipo BOOMT con la beneficiaria, por parte del representante legal de Hidroituango S.A. E.S.P.

Después de un debate sobre si se debe colocar el encabezado de la propuesta que el desarrollo del proyecto se debe llevar a cabo “por parte de Empresas Públicas de Medellín E.S.P.”, o se debe expresar que es por parte de E.P.M. Ituango. El señor presidente de la asamblea, doctor ÁLVARO VILLEGAS, pone a consideración la proposición como se presentó originalmente.

“Aprobación”. Puesta a consideración de la Asamblea por el señor presidente, doctor ÁLVARO VILLEGAS, es aprobada la proposición presentada por la administración, por el 99.7% de los accionistas presentes.

Seguidamente la fiscalía se traslada al folio 16. Teniendo en cuenta que por la escisión aprobada nace a la vida una nueva sociedad de la que se constituye como Asamblea Constituyente la presente reunión. El doctor JESÚS ARTURO ARISTIZÁBAL, servidor de Empresas Públicas de Medellín, presenta la plancha para la Junta Directiva de E.P.M. Ituango S.A. E.S.P. La plancha que se presenta para incorporarse de acuerdo con los estatutos que determinan que tendrá cinco principales y cinco suplentes, es la siguiente:

Plancha No. 1. Principal: JORGE MARIO PÉREZ, MARÍA ALEJANDRA GIL, LUIS CARLOS RUBIANO, CARLOS ALBERTO OSORNO y ÁNGELA MARÍA GUERRERO.

Suplentes: JUVENAL ESPINAL, MARCELA GALLEGO, MAURICIO CASTAÑO, JOSÉ LUIS YATE y MAURICIO RESTREPO.

Representante Legal: **LUIS JAVIER VÉLEZ DUQUE.**

Revisores Fiscales: PRICEWATERHOSE COOPERS

Los doctores JUAN IGNACIO SANÍN y WILSON SALA ZAR proponen la siguiente plancha:

Plancha 2. Principal: JORGE MARIO PÉREZ, MARÍA ALEJANDRA GIL, LUIS CARLOS RUBIANO, CARLOS ALBERTO OSORIO y ANGELA MARÍA GUERRERO.

Suplentes: JUVENAL ESPINAL, MARCELA GALLEGO, MAURICIO CASTAÑO, JOSÉ LUIS YATE y ROQUE MAYA.

El doctor WILSON VÉLEZ, secretario de la Asamblea, informa que a esta altura de la reunión se encuentra presente el 99.534122% del total de la composición accionaria.

Puesta a consideración por el señor presidente, es aprobada la plancha No. 1 por el 99.5% del total de los accionistas presentes.

Por consiguiente, la Junta Directiva de E.P.M. ITUANGO es la siguiente:

Principal: JORGE MARIO PÉREZ, MARÍA ALEJANDRA GIL, LUIS CARLOS RUBIANO, CARLOS ALBERTO OSORNO y ANGELA MARÍA GUERRERO.

Suplentes: JUVENAL ESPINAL, MARCELA GALLEGOS, MAURICIO CASTAÑO, JOSÉ LUIS YATE y MAURICIO RESTREPO.

A continuación, el señor presidente otorga la palabra al doctor ÁLVARO VÁSQUEZ OSORIO, Gerente General del IDEA, accionista mayoritario de Hidroituango. Expresa el doctor ÁLVARO VÁSQUEZ su reconocimiento a las personas que han aportado para llegar a este punto de no retorno de la Central Hidroeléctrica Ituango S.A. E.S.P., por el que Antioquia y el país dispondrán del proyecto hidroeléctrico más importante de su historia. En especial, hace su reconocimiento al equipo de Hidroituango con el doctor **LUIS GUILLERMO GÓMEZ** a la cabeza, que ha venido trabajando. Por ello respalda la proposición del doctor ÁLVARO VILLEGAS por la SAI y el reconocimiento presentado por el doctor JUAN IGNACIO SANÍN.

Con lo anterior se materializa la posibilidad del desarrollo hidroeléctrico de Antioquia para todos los antioqueños y se tiene una herramienta preparada con mucha inteligencia, asumiendo costos muy importantes, se tiene un vehículo para aprovecharlo. Son muchas las personas que han intervenido: Las bancas de inversión, las compañías de abogados etc.

Continúa al folio 19 para referirse al tercer párrafo, expresando que a continuación hace un reconocimiento especial al Doctor ÁLVARO VILLEGAS porque en los momentos más difíciles, fue un factor de cohesión de todo el proceso. Igualmente, al doctor **LUIS GUILLERMO GÓMEZ** porque recibieron de él toda la colaboración y el apoyo para avanzar en cada uno de los temas pendientes, para lograr hoy, con éxito, las decisiones tomadas en la asamblea extraordinaria. Sus funcionarios han

venido trabajando con E.P.M. en las diferentes mesas que se organizaron. Al doctor **GÓMEZ** y su gente les expresa un reconocimiento muy especial. Al doctor ÁLVARO VÁSQUEZ le reconoce la persistencia y la caballerosidad que mostró con su actuación a partir del momento en que tomó la decisión en la junta, de buscar esas opciones para llegar finalmente a una negociación entre el IDEA, la Gobernación y E.P.M. Igualmente le expresa gratitud al señor Gobernador, doctor LUIS ALFREDO RAMOS BOTERO y reitera que se trató de un negocio justo para todas las partes, y en el cual todos salieron ganadores.

A los accionistas minoritarios les solicita que atiendan el llamado de E.P.M. para llegar a una feliz negociación que permita que E.P.M. obtenga el 100% de las acciones de la sociedad Beneficiaria y que les permita, con fluidez, desarrollar la ejecución del proyecto.

Expresa a todos un Dios les pague.

5.2.90. Acta 26 del 30 de marzo de 2011. Asamblea general ordinaria de accionistas que consta de 15 folios. Se centra en el folio 5. *“Informe de gestión de la Junta Directiva y la Gerencia de la Sociedad”* El presidente de la asamblea, doctor FRANCISCO BELTRÁN, cede la palabra al doctor **LUIS GUILLERMO GÓMEZ**, Gerente de la Sociedad, para que presente el informe conjunto de la Junta y la Gerencia.

En primer lugar, el doctor **LUIS GUILLERMO GÓMEZ** presenta a los accionistas las siguientes palabras: Hace un año planteaba ante ustedes en este mismo escenario de la asamblea ordinaria, que el 2010 sería un año de grandes definiciones para la vida de la sociedad y su destino futuro. Los hechos así lo han demostrado. En el cronograma inicial del proyecto estaba contemplado el cierre financiero para el mes de noviembre de 2010. Hoy vemos con gran satisfacción cómo se han definido los aspectos fundamentales que garantizarán la financiación y construcción del proyecto por cuenta de uno de nuestros socios mayoritarios, E.P.M., una de las empresas de mayor experiencia y trayectoria en el país en lo que hace a la generación de energía eléctrica, de amplio conocimiento nacional e internacional.

En un trabajo permanente, vuestro equipo de profesionales ha estado siempre atento a los lineamientos de la Junta Directiva, a los pormenores del acuerdo entre

los accionistas mayoritarios que permitió suspender el inicio del proceso de subasta internacional y definir la ejecución del proyecto por parte de E.P.M. y a las incidencias políticas, legales, tributarias, fiscales y administrativas, que conlleva a una transacción de esta envergadura, que sin duda, marcaría un hito en la historia de la financiación de los proyectos hidroeléctricos en Colombia.

No vamos a negar que ha sido un camino difícil. Los ingenieros sabemos que no hay más complejo que construir sobre lo hecho sin que se afecte el normal funcionamiento de la obra intervenida. Y en nuestro caso, teniendo especial cuidado en que las obras de construcción de las vías de acceso y el avance de las licitaciones según el cronograma, no tuvieron ningún tropiezo, hicimos toda la gestión que hace posible que hoy, con la anuencia de ustedes, señores accionistas y de los miembros de la Junta Directiva, estemos ad portas de firmar el contrato definitivo para delegar en E.P.M., la ejecución de la Central Hidroeléctrica Pescadero Ituango.

La misión que me fue encomendada cuando por especial deferencia fui nombrado como gerente general, está llegando a feliz término. Estoy convencido de que pronto terminará el proceso de empalme con E.P.M. e Hidroituango asumirá, con toda responsabilidad, un nuevo papel que le compete por la firma del contrato BOOMT: el de verificar el cumplimiento de los acuerdos contractuales que suscribiremos con E.P.M. para hacer posible la generación de energía en el 2018 y que después de 42 años de excelente operación, la central regrese a la sociedad, con los beneficios a los que aspiran no sólo ustedes, sus accionistas, sino el Departamento y la Nación.

Este es un proyecto que se hace realidad y gracias a la asociación de dos grandes empresas que se formaron en el siglo pasado con el ahorro de todos los antioqueños, acumulando en ellas un enorme patrimonio. De un lado, el Instituto para el Desarrollo de Antioquia, que se creó con los fondos de la venta del Ferrocarril de Antioquia; y el otro, Empresas Públicas de Medellín, que hace buen uso de la riqueza hídrica de nuestro terruño. Es por ello que los beneficios deben revertirse a toda la región como afortunadamente así será.

Quiero destacar de todos y cada uno de mis colaboradores el empeño puesto para la feliz ejecución de este importante proyecto. La historia recordará y reconocerá el

trabajo profesional, dedicado y decidido del equipo pionero de la Central Hidroeléctrica Pescadero Ituango. A Ustedes señores accionistas, por su confianza en esta administración. A todos y cada uno de los integrantes de la Junta Directiva por su acompañamiento, que hizo posible un trabajo a la altura de las importantes decisiones que requiere una obra de esta envergadura.

Aprovecho para manifestar también mi reconocimiento, desde la distancia, al doctor ÁLVARO VÁSQUEZ OSORIO, por su gestión en la presidencia de la junta. Al señor Gobernador de Antioquia, doctor LUIS ALFREDO RAMOS BOTERO; y al señor alcalde de Medellín, ALONSO SALA ZAR JARAMILLO, por sus invaluable aportes para la concreción de este enorme proyecto, con el que Antioquia ratifica su liderazgo como potencia hidroeléctrica en el panorama nacional. A continuación, el doctor **LUIS GUILLERMO GÓMEZ** hace un resumen, a los presentes en la asamblea, del texto del informe de la Junta y la Gerencia, que se entregó a los accionistas, se anexa a la presente acta y hace parte integral de ella.

5.2.91. Acta No. 01 del 29 de marzo de 2011. Es la primera acta de reunión de Junta Directiva de EMP ITUANGO S.A. E. S.P y consta de 10 folios. Lugar: Edificio inteligente E.P.M., piso 13 Salón sur. Miembros Principales: JORGE MARIO PÉREZ GALLÓN, LUIS CARLOS RUBIANO ORTEGÓN, CARLOS ALBERTO OSORNO GIRALDO. Miembros Suplentes: JUVENAL ESPINAL BETANCUR, MARCELA GALLEGU MARTÍNEZ, MAURICIO CASTAÑO VARGAS, JOSÉ LUIS YATE RAMÍREZ y MAURICIO RESTREPO TERREROS. Otros asistentes: Asistió **LUIS JAVIER VÉLEZ DUQUE**, gerente y representante legal de E.P.M. Ituango S.A. E.S.P. Igualmente asistieron los siguientes funcionarios de Empresas Públicas de Medellín E.S.P., LYA ESTHER TOBÓN, WILLIAM ÁNGEL, JAIME HUMBERTO CORREA y ANDRÉS MAURICIO CÓRDOBA.

Previo al inicio de la reunión, ANDRÉS MAURICIO CÓRDOBA hizo un recuento a los asistentes, sobre la constitución de E.P.M. Ituango S.A. E.S.P., sociedad beneficiaria de la escisión de Hidroituango S. A E.S.P., comentando que el registro de la misma en Cámara de Comercio quedó con fecha del 25 de marzo e indicó los nombres de los miembros de la Junta asignados, que aceptaron el nombramiento conforme al certificado de existencia y representación expedido por la Cámara de Comercio.

Se sitúa en la página 6. “5. Autorización suscripción contrato BOOMT” MAURICIO RESTREPO hizo un recuento de la negociación del BOOMT, realizado por el equipo de Empresas Públicas de Medellín y los asesores externos contratados para el efecto y del clausulado definitivo del contrato.

“Aprobación” La Junta Directiva autorizó por unanimidad al Gerente y representante legal de la sociedad E.P.M. Ituango S.A. E.S.P., para suscribir el contrato BOOMT con la sociedad Hidroituango S.A. E.S.P., conforme al objeto y clausulado general del mismo, en los términos negociados por Empresas Públicas de Medellín con la sociedad Hidroituango S.A.

“Autorización para la suscripción del contrato con Empresas Públicas de Medellín E.S.P.”. El gerente y representante legal informa sobre la necesidad de suscribir un contrato con Empresas Públicas de Medellín E.S. P. en cuyo objeto se determine el marco dentro del cual Empresas Públicas de Medellín E.S.P. ejecutará, en calidad de contratista, todas las actividades, prestará todos los servicios y suministrará todos los recursos necesarios para el funcionamiento y cumplimiento de las obligaciones como sociedad de E.P.M. Ituango en calidad de contratante y para la gerencia y ejecución del proyecto hidroeléctrico Ituango de acuerdo con todas y cada una de las obligaciones que adquiere EMP Ituango en virtud del contrato BOOMT a suscribir con Hidroituango S. A.

“Aprobación” Los miembros de la Junta Directiva autorizaron por unanimidad al gerente y representante legal, suscribir el mencionado contrato con Empresas Públicas de Medellín.

5.2.92. Acta No. 01 del 18 de mayo de 2011 de la Asamblea General Extraordinaria de accionistas E.P.M. Ituango S.A. E.S.P. en 12 folios, llevada a cabo en el auditorio PP SUR, ubicado en el Edificio Inteligente de Empresas Públicas de Medellín. “Convocatoria. Notificación publicada el día 11 de mayo de 2011 en los diarios *El Espectador* (Página 11) y *El Colombiano* (página 16A)” Se traslada al folio 2. Previo a la Asamblea General, el gerente de EMP Ituango S.A. E.S.P., **LUIS JAVIER VÉLEZ DUQUE**, ofreció un saludo de bienvenida a todos los accionistas y a su vez presentó algunos antecedentes de la sociedad, entre ellos de la constitución de la misma como sociedad Beneficiaria de la escisión de Hidroituango S.A. E.S.P., protocolizada en la Notaría 17 de Medellín por escritura pública 893, cuyo objeto es

la financiación, construcción, operación, operación, mantenimiento y explotación comercial de la Central Hidroeléctrica Pescadero Ituango y su restitución a la sociedad Hidroeléctrica Ituango S.A. E.S.P., a la terminación de los contratos que suscriba con esta misma.

5.2.93. Invitación pública internacional a precalificar contratación de la financiación, construcción, operación, mantenimiento de una central de generación hidroeléctrica con capacidad de 2.400 megavatios bajo un esquema BOOMT, emitido por la Hidroeléctrica Ituango el 17 de noviembre de 2009. Anexos: Adendas, decisión, evaluación informe de precalificación y comunicación a precalificados. La evidencia cuenta con 93 folios. Se centra en la página 8 de la invitación. “Objeto”. 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 (el proceso). En caso de que Hidroituango decida dar concurso 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 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.

Continúa al numeral 2.3.8. de la página 11. “Ley aplicable y jurisdicción” De conformidad con lo establecido en las Leyes 142 y 143 de 1994, de la República de Colombia, la precalificación, el proceso y la totalidad de disposiciones contenidas en la invitación a precalificar, se sujetan al derecho colombiano en cuanto a los actos y contratos de Hidroituango y a los estatutos de Hidroituango. Cualquier conflicto que surja en relación con la invitación a precalificar y/o el proceso se somete a la jurisdicción de los tribunales competentes de la República de Colombia, a la jurisdicción del lugar donde se encuentre incorporado un interesado o la jurisdicción del lugar donde se encuentre la mayoría de los activos del interesado a opción exclusiva de Hidroituango. Sin perjuicio de lo anterior, los términos de referencia definitivos podrán incorporarse algunos de los principios de contratación incluidos

en la ley modelo de la comisión de las Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional sobre la contratación de bienes, obras y servicios. En cualquier caso, los principios de no discriminación y de tratamiento Nacional de la Organización Mundial de Comercio, incluidos en el articulado III Acuerdo sobre contratación Pública correspondiente al Acuerdo de la Ronda de Uruguay, serán incluidos en los términos de referencia definitivos. En virtud de esta invitación a precalificar, el proceso es abierto en los términos del artículo VII del Acuerdo sobre Contratación pública mencionado.

Seguidamente se traslada al folio 69, “*DECISIÓN No. 15 de 2 de febrero de 2010*”. Por medio de la cual se definen los interesados precalificados en el proceso de invitación pública internacional a precalificar para la contratación, financiación, construcción, operación y mantenimiento de una central de generación hidroeléctrica con capacidad de 2.400 megavatios bajo un esquema BOOMT. En ejercicio de sus facultades legales y en especial la que le confiere en los estatutos sociales (Escritura Pública 309 del 8 de junio de 1998 y el estatuto de contratación -Resolución 003-2005.) y considerando que el 17 de noviembre de 2009 Hidroituango publicó una invitación pública internacional a precalificar para la contratación de la financiación, construcción, operación y mantenimiento de una central de generación hidroeléctrica con capacidad para 2.400 megavatios bajo un esquema BOOMT.

Continuó en la página 71, numeral 10 para señalar que el 01 de febrero de 2010, con base en la información suministrada en los sobres presentados por los interesados y las aclaraciones, correcciones y subsanaciones realizadas por éstos, en la forma y oportunidad previstas en las comunicaciones de Hidroituango y en la invitación pública internacional a precalificar, 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 agentes interesados por cumplir con todos y cada uno de los requisitos previstos en la invitación a precalificar.

Nombre del interesado:

- China Three Gorges Corporation.
- Consorcio KEPKO.
- Centrales Eléctricas Brasileñas.

- Construccoes e Comercio Camargo Correa S. A.
- Constructora Andrade Gutiérrez S. A.
- Empresas Públicas de Medellín.

Continuó en el numeral 14. Que con base en sus propios análisis y en el concepto presentado por BNP Paribas, la gerencia de estructuración financiera de Hidroituango considera que el cierre financiero calificado por Constructora Norberto Odebrecht S. A., mediante la concesión IIRSA NORTE, debe ser tenida en cuenta por encontrarse ajustado a lo establecido en la adenda No. 5 de la invitación a precalificar y en consecuencia el interesado debe ser precalificado por cumplir con todos y cada uno de los requisitos en la invitación a precalificar.

DECIDE: Artículo Primero: Otorgar la precalificación a los siguientes interesados:

- China Three Gorges corporation.
- Consortio KEPKO.
- Centrales Eléctricas Brasileñas.
- Constructora Norberto Odebrecht S. A.
- Construccoes e comercio Camargo Correa S. A.
- Constructora Andrade Gutiérrez S. A.
- Empresas Públicas de Medellín.

Se ubicó en la página 75 para referir que continúa con el informe de evaluación del 1° de febrero de 2010, ubicándose en el folio 79 numeral 3. Principios de la invitación a precalificar. Con base en lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, Hidroituango, en desarrollo de su actividad contractual está sujeta a la aplicación de los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad, publicidad, contenidos en el artículo 209 de la Constitución Política. Adicionalmente la Junta Directiva de Hidroituango, mediante la Resolución 005-2003, adoptó el estatuto de contratación en cuyo artículo 3° estableció que la contratación de Hidroituango *“se realizará en un ámbito de libre competencia, con criterios de eficaz y eficiente administración, orientado a los principios de la buena fe, moralidad, transparencia, economía, equidad, responsabilidad, igualdad, imparcialidad y celeridad”*.

Para efectos del presente informe de evaluación de las solicitudes de precalificación (el Informe), resulta pertinente resaltar que, en virtud del principio de transparencia,

desarrollado en el artículo 24 de la Ley 80 de 1993, se establece la prohibición de incluir en los pliegos de condiciones, condiciones y exigencias de imposible cumplimiento. Para darle aplicación a este principio, algunos de los requerimientos formales que se habían solicitado inicialmente en la invitación a precalificar, fueron reconsiderados en la medida en que resultaban de imposible cumplimiento para algunos interesados, como, por ejemplo, la vigencia del certificado de existencia y la constatación en dicho certificado del nombramiento del auditor, revisor fiscal o figurar auditorías similares (los auditores). El principio de economía contenido en el artículo 25 de la Ley 80 de 1993, concretamente el numeral 17, prohíbe a las entidades, rechazar solicitudes aduciendo la inobservancia por parte del peticionario de las formalidades establecidas por la entidad para su tramitación. Lo anterior en concordancia con lo dispuesto por el párrafo 1° del artículo 5° de la Ley 1150 de 2007, el artículo 10 del Decreto 2474 de 2008 y el artículo 228 de la Constitución Política, conlleva a que se debe dar prevalencia a lo sustancial sobre lo formal.

Por otro lado, es importante anotar que, en aplicación del postulado de la buena fe, contenido en el artículo 83 de la Constitución Política y de lo dispuesto en el numeral 7 del artículo 26 de la Ley 80 de 1993, se dio por cierta la información contenida en el sobre y las declaraciones y manifestaciones realizadas por los representantes legales, representantes autorizados, auditores, apoderados y demás funcionarios del interesado.

Enlaza la fiscalía, al folio 93 que refiere el memorando 031, para WILSON VÉLEZ RESTREPO, Secretario General, de JUAN GONZALO ÁLVAREZ, Gerente Estructuración Financiera, del 4 de febrero de 2010. Remite el informe de precalificación invitación pública internacional a precalificar. JUAN GONZALO ÁLVAREZ RESTREPO, Gerente Estructuración Financiera.

5.2.93. Se trata del Informe de Precalificación y se sitúa en el oficio 04 de noviembre por los cuales el señor Gerente General de la Hidroeléctrica comunicó a la constructora China Tres Gargantas sobre la terminación del proceso de subasta que fue conforme lo había dispuesto la Junta Directiva. Aclara que esa evidencia queda con 156 folios que está es la evidencia 93.

5.2.94. Corresponde al documento denominado Acuerdo de Voluntades entre Empresas Públicas de Medellín e Hidroeléctrica Ituango del 4 de julio de 2010,

compuesta por 04 folios. Precisa que los antecedentes de este acuerdo de voluntades refieren: Hidroituango se encuentra adelantando la fase preparatoria de apertura de un proceso de subasta para la selección de un inversionista que previsiblemente bajo una figura de concesión, financie, construya, opere, mantenga y restituya la hidroeléctrica a Hidroituango, planta hídrica con capacidad instalada de 2.400 megabytes (el proyecto). En la reunión de la Junta Directiva de Hidroituango el 9 de junio de 2010, se decidió por unanimidad, suspender el proceso de subasta para explorar conjuntamente con E.P.M., otras alternativas de negocio. E.P.M. e Hidroituango han manifestado su voluntad de llegar a un acuerdo a través de una estructura de negociación directa bajo condiciones que satisfagan las necesidades de las partes. Para estos efectos E.P.M. e Hidroituango han decidido vincular al proceso a INVERLINK S.A. S., como facilitador, que, entre otros, propondrá mecanismos que permitan la convergencia en los términos de un eventual negocio atendiendo los intereses de las partes.

Los objetivos del acuerdo: El presente acuerdo de voluntades define los principios de la negociación directa, los términos generales de un eventual negocio, la metodología de trabajo a seguir; y finalmente, el cronograma de implementación del acuerdo.

Este acuerdo firmado el 04 de julio de 2010 está suscrito por el Doctor **LUIS GUILLERMO GÓMEZ ATEHORTÚA**, Gerente General; el doctor FEDERICO RESTREPO POSADA, Gerente de Empresas Públicas de Medellín; presidente; gobernador; alcalde; y el doctor ÁLVARO VÁSQUEZ OSORIO. Gerente general del IDEA.

5.2.95. Corresponde al Acuerdo Marco, celebrado entre IDEA y E.P.M. de fecha 11 de agosto de 2010 y la conforman 07 folios. Este acuerdo celebrado entre el Instituto para el Desarrollo de Antioquia (IDEA), establecimiento público de carácter departamental, descentralizado y de fomento, representado legalmente por el doctor ÁLVARO VÁSQUEZ OSORIO, identificado con cédula 70.045.340, en calidad de representante legal y Empresas Públicas de Medellín E.S.P., empresa industrial y comercial del Estado del orden municipal; en adelante E.P.M., representada legalmente por el doctor FEDERICO RESTREPO POSADA, identificado con la cédula 70546837, en calidad de representante legal.

En las consideraciones se lee:

C. Que en la reunión de la Junta Directiva de Hidroituango S.A E. S.P. del 9 de julio de 2010, se decidió por unanimidad suspender el proceso de subasta para explorar conjuntamente con E.P.M. otras alternativas de negocio que permitieran el desarrollo del proyecto por E.P.M.

D. Que el 4 de julio de 2010 Hidroituango y E.P.M. firmaron un acuerdo de voluntades que definía entre otros, los principios de la negociación directa, los términos generales de un eventual negocio y la metodología de trabajo a seguir.

Este acuerdo de voluntades se plasmará en los documentos jurídicos necesarios para concretar los contratos bajo las condiciones acordadas (en adelante los contratos). En cumplimiento del principio de coordinación y colaboración, prevista en el artículo 6° de la Ley 489 de 1998, según el cual las autoridades administrativas garantizarán la armonía en el ejercicio de sus funciones y se abstendrán de perturbar el desarrollo de sus cometidos públicos. Las partes se comprometen a que una vez suscrito el presente acuerdo harán su mejor esfuerzo para lograr que en el término menor a un año se ejecute el objeto del presente acuerdo. Que los accionistas que suscriben el presente acuerdo, en consideración a sus calidades de entes públicos, quienes en todo momento han dado estricto cumplimiento a la Constitución Política y a la ley, han acordado que sea E.P.M. quien desarrolle directamente la financiación, construcción, operación y mantenimiento del proyecto Hidroeléctrica Ituango.

Sobre el acuerdo. El objeto del presente acuerdo es establecer los términos y condiciones básicos de la estructura jurídica, económica y financiera mediante la cual E.P.M. pueda financiar, construir, operar, mantener y restituir la Hidroeléctrica Ituango en lo que concierne a los compromisos y obligaciones que tanto el IDEA como E.P.M. asumen para concretar dicha estructura.

5.2.96. Corresponde al acuerdo celebrado entre IDEA y E.P.M., de fecha 10 de septiembre de 2010 y consta de 16 folios. Este acuerdo tiene carácter vinculante para las partes y se celebra entre Instituto para el Desarrollo (IDEA) y Empresas Públicas de Medellín. El objeto del presente acuerdo es establecer los términos y condiciones básicas de la estructura jurídica, económica y financiera, mediante la

cual E.P.M., directamente o indirectamente a través de un vehículo diferente de Hidroituango y bajo su control, mediante un contrato de BOOMT, desarrollo integralmente el proyecto, es decir, que financie, construya, opere, mantenga y restituya la central hidroeléctrica Hidroituango y, b. Determinar en concreto las condiciones de la venta de acciones que el IDEA y los accionistas minoritarios de Hidroituango diferentes a E.P.M. lleguen a tener en la Beneficiaria, según lo indicado más adelante. El alcance de este proyecto se entiende en lo que concierne a los compromisos y obligaciones que tanto el IDEA como E.P.M. asumen para contratar dicha estructura.

Se centra en el folio 2, cláusula segunda. “*ESTRUCTURA ACORDADA*” para referir que La Estructura acordada por el presente acuerdo previos los trámites requeridos y autorizaciones necesarias, consiste en:

- a) El IDEA y E.P.M. propondrán y darán su voto favorable sobre los siguientes aspectos en Hidroituango: (i) La escisión de una porción patrimonial asociada al proyecto, necesaria para su desarrollo, con excepción, cuanto menos de la licencia ambiental del proyecto y la propiedad de los terrenos necesarios para la ejecución del mismo (la escisión) y (ii), la celebración del contrato BOOMT, adoptado por Hidroituango como mecanismo para desarrollar el proyecto entre Hidroituango y la sociedad beneficiaria de la escisión (la beneficiaria) y,
- b) El IDEA celebra con E.P.M. el contrato de compraventa de la participación accionaria que lleguen a tener en la beneficiaria bajo las condiciones que se establecen en este acuerdo y en los términos del artículo 1869 del Código Civil Colombiano, que regula la venta de cosa futura.

Lo anterior teniendo en cuenta las siguientes consideraciones especiales:

1. La beneficiaria será una sociedad por acciones que tendrá entre otras, las siguientes características: (1) Como únicos accionistas a las mismas personas naturales y jurídicas que al tiempo de la escisión sean accionistas de Hidroituango y en la misma proporción que tengan en Hidroituango (2) Una disposición acorde a la ley sobre exclusión de socios que, al menos contemple, de ser necesario, qué ocurrirá en el evento en el que se apruebe la fusión de la beneficiaria con E.P.M. (3) Que tengas como representante legal a quien haya nominado E.P.M. y (4) Que

tenga un objeto social específico, limitado a las actividades del contrato BOOMT que será suscrito con Hidroituario.

2. El contrato de BOOMT considerará que Hidroituario o sus accionistas, recibirán de la beneficiaria una remuneración periódica a partir del momento en que el proyecto entre en operación comercial, remuneración que será definida según: (1) la metodología de valoración establecida por la banca de inversión INVERLINK (que aparece en el anexo 1 del acuerdo) y (2) los criterios de valoración que se fijan más adelante.

3. La composición de la porción patrimonial que se escindirá de Hidroituario corresponde a E.P.M., considerando que dentro de dicha porción patrimonial se incluirá depósitos bancarios, los cuales se encuentran en cuentas del IDEA. Mientras la escisión no se haya perfeccionado y el contrato BOOMT no se haya suscrito entre Hidroituario y la beneficiaria, todo acto o contrato de Hidroituario cuya cuantía sea superior a cien Salarios Mínimos Legales Mensualmente Vigentes, será sometido a la aprobación de su Junta Directiva, cual deberá preservar la integridad de los activos que se escindirán.

4. Sobre los terrenos necesarios para la ejecución del proyecto que conserve Hidroituario, según lo indicado en el literal a) ordinal (i), deberá celebrarse un contrato de usufructo a título gratuito con la sociedad beneficiaria. En todo caso se respetarán las exigencias definidas en la declaratoria de zona franca o en las normas que regulen la materia, en cuanto a la propiedad y destinación de los terrenos. Si Hidroituario decide emprender cualquier proyecto sobre dichos terrenos, permitido por la licencia ambiental del proyecto, deberá concertarlo con la beneficiaria.

Cláusula tercera. Compraventa de las acciones de la sociedad beneficiaria. Por el presente documento, y en concreción de la estructura escogida para E.P.M., para que E.P.M. sea la que desarrolle el proyecto según lo indicado en los considerandos de este acuerdo, el IDEA acepta vender y E.P.M. acepta comprar la totalidad de la participación accionaria en la sociedad beneficiaria de la escisión, la cual a la firma del presente acuerdo se espera que exista una vez perfeccionada dicha operación societaria.

5.2.97. Se refiere a “OTRO SÍ AL ACUERDO ENTRE IDEA Y EPM”. Esta evidencia se presenta en 4 folios. Entre las partes Instituto para el Desarrollo de Antioquia, representado legalmente por el DOCTOR ÁLVARO VÁSQUEZ OSORIO, en su calidad de representante legal y Empresas Públicas de Medellín, representada legalmente por el doctor JESÚS ARTURO ARISTIZÁBAL GUEVARA, en su calidad de Representante legal como Gerente General encargado, se conviene celebrar el presente otro sí al Acuerdo celebrado el 10 de septiembre de 2010 previas las siguientes consideraciones:

Se ubica en el folio 2, y refiere Primero: Adiciónese el presente párrafo al final de la cláusula segunda, estructura acordada.

Parágrafo. En caso de que, durante la vigencia del acuerdo, se dé la escisión y la suscripción del contrato BOOMT entre Hidroituango y la beneficiaria, pero las autoridades competentes no autoricen a E.P.M. adquirir la participación de los accionistas de Hidroituango en la beneficiaria diferentes a E.P.M. Este acuerdo se entenderá prorrogado hasta tanto E.P.M. resuelva dicha situación con las autoridades, de manera que le permita adquirir dicha participación en los términos pactados en este acuerdo.

5.2.98. Corresponde a la Escritura Pública No. 2813 del 20 de octubre de 2011 incorporada en 08 folios. Otorgantes: E.P.M. Ituango SA. E. S. P y Empresas Públicas de Medellín E S. P. En la ciudad de Medellín, departamento de Antioquia, República de Colombia, a los 20 días del mes de octubre de 2011, a la Notaría 22 del Círculo de Medellín cuyo Notario Titular es el doctor LUIS FERNANDO DELGADO LLANO, comparecieron el doctor **LUIS JAVIER VÉLEZ DUQUE**, mayor de edad, domiciliado y residente en Medellín, identificado con la cédula de ciudadanía No. 70123.774 y FEDERICO RESTREPO POSADA, también mayor de edad, domiciliado y residente en Medellín, identificado con la cédula de ciudadanía nro. 70.546.837, quienes hicieron ante el suscrito Notario, las siguientes declaraciones que éste recibió y ordenó extender. Se centra en la cláusula segunda. Que E.P.M. Ituango S.A. E.S.P., a quien se denomina para efectos de este, esta escritura como E.P.M. Ituango; y Empresas Públicas de Medellín E. S. P a quien se le denomina E.P.M. para efectos de esta escritura y ambas para efectos de esta escritura serán denominadas 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 E.P.M. ejecutara, en calidad de contratista, todas las actividades necesarias para: (i) El funcionamiento y cumplimiento de las obligaciones como sociedad de E.P.M. Ituango en calidad de contratante y (ii) para la gerencia del proyecto Hidroeléctrica Ituango, con el alcance que se especifica a continuación:

1- En relación con el funcionamiento y cumplimiento de las obligaciones de E.P.M. Ituango como sociedad, las actividades que ejecutará E.P.M. se describen a título enunciativo en el anexo 1, es entendido en todo caso que E.P.M. está obligada a ejecutar todos los actos necesarios para garantizar que E.P.M. Ituango pueda cumplir con las obligaciones que se derivan de su condición de empresa de servicios públicos domiciliarios, con capital mayoritario público.

2. La gerencia del proyecto comprende la gestión para la contratación, construcción, puesta en marcha, operación y mantenimiento por el mismo plazo del contrato BOOMT firmado entre E.P.M. Ituango S.A. E.S.P. e Hidroituango S A. E.S.P. el 30 de marzo de 2011, así como otras obras complementarias y en general todas las actividades necesarias para el cumplimiento de las obligaciones derivadas del mencionado contrato BOOMT.

5.2.99. Corresponde a la Escritura Pública No. 893 del 23 de marzo de 2011 de la Notaría 17 del Círculo de Medellín, constante de 121 folios y se ubica la señora Fiscal, en la página 1 para referir, cuyo Notario titular es el doctor JUAN GUILLERMO LONDOÑO CORREA, compareció el doctor **LUIS GUILLERMO GÓMEZ ATEHORTÚA**, mayor, domiciliado y residente en Medellín, identificado con la cédula 3.331.900, quien hizo ante el suscrito Notario las siguientes declaraciones que éste recibió y ordenó extender:

Que en el presente acto obra en su calidad de Gerente y por lo tanto en nombre y representación de la empresa de Servicios Públicos mixta del tipo de las anónimas de este domicilio que gira bajo la denominación de Hidroeléctrica Ituango S.A. E.S.P., constituida mediante la Escritura Pública No. 2309 del 8 de junio de 1998, otorgada en la Notaría 18 del Círculo de Medellín, todo lo cual acredita con el certificado expedido por la Cámara de Comercio local sobre constitución legal de la citada compañía, el cual adjunta para su protocolización.

Continúa en la página 2, para reseñar la cláusula cuarta, que conforme a la misma acta No. 24 mencionada, el máximo órgano social autorizó al representante legal de Hidroeléctrica Ituango S.A. E.S.P. para realizar los aportes contables que fueren necesarios, de acuerdo con las variaciones que se presentaran dentro del período comprendido entre la fecha del balance que sirvió de base para establecer las condiciones en que se realizará la escisión (agosto 31 de 2010) y la fecha de solemnización de la misma. Quedó igualmente facultado dicho representante legal para llevar a cabo todos los actos necesarios para el perfeccionamiento de la escisión y realizar todos los trámites que se requieren para el efecto, ante las autoridades competentes. Cláusula Quinta: Que, en consecuencia, obrando en el carácter expresado, procede a solemnizar como en efecto lo hace mediante el otorgamiento de la presente Escritura Pública, el acuerdo de escisión aprobado por la Asamblea General de Accionistas de Hidroeléctrica Ituango S.A. E.S.P. en su reunión extraordinaria del 27 de octubre del presente año (acta No. 24), el cual es del siguiente tenor y refiere que la escritura continúa con el acuerdo, todo el trámite de la escisión.

Seguidamente la señora delegada Fiscal centra en el folio 51 y refiere que la Sociedad Beneficiaria que se crea mediante el presente proceso de escisión, se registra por los siguientes estatutos sociales: Disposiciones legales, Capítulo 1. Nombre, Naturaleza jurídica, Domicilio, Duración y Objeto. Naturaleza y Accionistas. La Sociedad es una sociedad de naturaleza comercial del tipo de las anónimas constituida como una empresa de servicios públicos mixta con autonomía administrativa, patrimonial y presupuestal conforme a las leyes de la República de Colombia. Artículo Quinto. Objeto social. La sociedad tendrá por objeto la financiación, construcción, operación, mantenimiento y explotación comercial de la central Hidroeléctrica Pescadero Ituango y su restitución a la sociedad Hidroituango a la terminación de los contratos que suscriba con esta última. Literal 7. Celebrar contratos para ejecutar por sí misma o por conducta de contratistas, consignatarios, delegados o representantes, las actividades de su objeto social. Literal 8. La sociedad podrá constituir bajo la fórmula jurídica que convenga, consorcios o asociaciones, uniones temporales o demás tipos de asociaciones con firmas nacionales o extranjeras, para el desarrollo del proyecto Hidroeléctrico Pescadero Ituango.

Folio 70, artículo 62. De Facultades de la Junta Directiva. Es competencia de la Junta Directiva ejercer las siguientes facultades: Literal m). Ejercer cualquier otra función que no esté asignada en estos estatutos a otros órganos corporativos al igual que aquellas que puedan ser necesarias o convenientes para garantizar el adecuado desarrollo del objeto social, considerando que se entiende que la Junta Directiva ha recibido las más amplias facultades para hacer, ejecutar u ordenar la ejecución de cualquier acto o contrato expresa o legalmente incluido en el objeto social.

Continúa en el artículo 67, visto en la página 72. Responsabilidades del Gerente. El gobierno, administración y representación legal de la sociedad será responsabilidad del Gerente, quien tendrá particularmente las siguientes obligaciones: Literal B. Desarrollar todos los actos, operaciones incluidas en el objeto social de acuerdo con la ley y estos estatutos. Literal K. Cumplir y hacer que otros cumplan con los requerimientos impuestos por la ley para el desarrollo de los negocios sociales. El Gerente de la Sociedad requerirá autorización de la Junta Directiva para celebrar actos o contratos cuya cuantía sea superior a 100 Salarios mínimos legales mensuales. Resalta, que a continuación aparece el acta de asamblea en la que se autorizó, y el certificado de registro de la Cámara de Comercio, certificado de Registro Único Empresarial con la firma al final del doctor **LUIS JAVIER VÉLEZ DUQUE**.

5.2.100. Acuerdo 009 del 24 de noviembre de 2010 por medio de la cual se expide el estatuto de contratación de la Hidroeléctrica Ituango S.A. E.S.P., consta de 14 folios. La Junta Directiva de la Hidroeléctrica Ituango S.A. E.S.P. en ejercicio de la facultad prevista en el artículo 44, numeral 25, de sus estatutos sociales, considerando que la Hidroeléctrica Ituango S.A. E.S.P., es una empresa de servicios públicos domiciliarios constituida bajo la forma de sociedad anónima mixta y en consecuencia se encuentra sometida al régimen de las empresas de servicios públicos establecido en las Leyes 142 y 143 de 1994.

Segundo. Que las Leyes 142 y 143 de 1994 establecen que el régimen de contratación aplicable a las empresas que prestan servicios públicos domiciliarios y actividades complementarias, es el del derecho privado con sujeción a los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal previstos en los artículos 209 y 267

de la Constitución Política, de conformidad con lo previsto en el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007.

Tercero. Que es la Junta Directiva la competente para señalar las directrices necesarias para la buena marcha de la empresa.

Acuerda: Capítulo Primero. Disposiciones Generales. Artículo 1. Objeto. El presente artículo tiene por objeto la expedición de los principios y normas generales que rigen la contratación en la empresa. Artículo segundo. Principios que rigen la contratación. La contratación en la empresa se realizará en el 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. Artículo tercero. Régimen contractual. La contratación de la empresa, se rige por las normas del derecho privado y las Leyes 142 y 143 de 1994 sin perjuicio de las excepciones establecidas en la Ley y en este Estatuto. En cuanto al artículo 19. 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. Continúa con el contenido del artículo 33. Transición. Todos los procesos de selección que se encuentren en curso a la fecha en que entre a regir el presente acuerdo, continuarán sujetos a las normas vigentes en el momento de su iniciación y, en consecuencia, los términos y las definiciones utilizadas tendrán el alcance previsto en ellas y, por último, artículo 35. Derogatoria y vigencia. El presente Acuerdo fue aprobado por la Junta Directiva en su reunión del 25 de agosto de 2010 como consta en el acta No. 114 de la misma. Rige a partir de su expedición y deroga expresamente la resolución No. 003 de 2005. Dado en Medellín a los 24 días del mes de noviembre de 2010.

5.2.101. Contrato BOOMT, celebrado el 30 de marzo de 2011 entre Hidroeléctrica Ituango S.A. E.S.P. y E.P.M. ITUANGO S.A. El documento de minuta, consta de 89 folios que fue incorporado, del cual, indica la Fiscalía que del 90 al 780 comprende todos los anexos que hacen parte de la estructura de BOOMT. Se centra en la página 6 para referir: Entre **LUIS GUILLERMO GÓMEZ ATEHORTÚA**, mayor, con

domicilio en Medellín, identificado con cédula de ciudadanía 3.331.900, quien obra en nombre y representación de la Hidroeléctrica Ituango S.A. E.S.P. Sociedad anónima organizada como empresa de servicios públicos mixta constituida y existente bajo las leyes de Colombia (Hidroituango), y **LUIS JAVIER VÉLEZ DUQUE**, con domicilio en Medellín, identificado con cédula 70.123.774, quien obra en nombre y representación de E.P.M. ITUANGO S.A. E.S.P. (el Contratista) conjuntamente con Hidroituango S.A. E. S P., las partes, e individualmente la parte, sociedad anónima organizada como empresa de servicios públicos mixta, debidamente constituida y existente bajo las leyes de Colombia, se celebra el presente contrato, conjuntamente con sus anexos, modificaciones y adiciones, acordadas de tiempo en tiempo, el contrato mediante el cual se fijan las condiciones de carácter legal, económico, técnico y además de todo tipo que las partes consideraron necesario definir para regular la relación contractual que establecen con el fin de llevar a cabo las actividades con las cuales se cumpla con el objeto del presente contrato. Se sitúa en la misma página, renglón 33, para resaltar que: El gobierno Nacional de Colombia, a través de XM, actuando en calidad de administrador del sistema de intercambios comerciales y en cumplimiento de las resoluciones CREG 071 de 2006 y 031 de 2007 y demás normas regulatorias, adelantó el día 13 de junio de 2008 el proceso de asignación de obligaciones de energía firme para el período comprendido entre el primero de diciembre de 2.018 al 30 de noviembre de 2.038. En virtud de dicho proceso le fue asignado a Hidroituango el cargo por confiabilidad como contraprestación por el cumplimiento de las obligaciones de energía firme (OEF). Hidroituango Abrió un proceso público internacional (el Proceso) para precalificar a los interesados en postularse como inversionistas que desarrollara el proyecto bajo un esquema BOOMT. En reunión de Junta Directiva de Hidroituango del 09 de junio de 2010 se decidió por unanimidad, suspender el proceso para explorar conjuntamente con Empresas Públicas de Medellín E.S.P y E.P.M., otras alternativas de negocio que permitieran el desarrollo del proyecto por E.P.M. El 04 de julio de 2010 Hidroituango y E.P.M. firmaron un acuerdo de voluntades que definía entre otros, los principios de la negociación directa, los términos generales de un eventual negocio y la metodología de trabajo a seguir para cumplir con lo acordado por la Junta Directiva de Hidroituango. El 10 de Septiembre de 2010, los accionistas mayoritarios de Hidroituango e Instituto para el Desarrollo de Antioquia (el IDEA) y E.P.M. celebraron un acuerdo (el acuerdo) cuyo objeto es establecer los términos y condiciones básicos de la estructura jurídica, económica y financiera mediante el

cual E.P.M., directamente o indirectamente, a través de un vehículo diferente de Hidroituango y bajo el control de E.P.M., mediante un contrato BOOMT, desarrollara integralmente el proceso; es decir que financiara, construyera, operara, mantuviera, transfiriera y restituyera la central hidroeléctrica a Hidroituango.

Página 32. Objeto y remuneración y plazo. Objeto. En virtud de lo establecido en el presente contrato y conforme a los términos y condiciones previstos en el mismo, el contratista se obliga para con Hidroituango a: 1. Efectuar las inversiones que sean necesarias o apropiadas para la construcción y montaje y para la operación y mantenimiento de la hidroeléctrica y cada parte de la misma, bien sea con recursos propios o a través de la financiación de la misma por tercetos. Segundo: Realizar cualquiera y todas las actividades que sean necesarias, apropiadas, conexas o complementarias para llevar a cabo la construcción y montaje de las obras, los componentes y la hidroeléctrica como un todo y para que ésta y cada uno de los componentes que lo requieran entren en operación comercial en cumplimiento de los parámetros técnicos que resulten aplicables, incluyendo, aunque sin limitación, diseñar, planear, construir, adquirir y/o desarrollar todos los componentes, los materiales, las obras materiales e intelectuales requeridas durante la etapa de construcción, de confiabilidad con el cronograma director. Tercero: Realizar cualquier actividad que sea necesaria o apropiada para que cada una de las unidades y la hidroeléctrica como un todo entren en operación comercial en, o antes de la fecha establecida para tal fin en el cronograma director. Cuarto: Operar y mantener la hidroeléctrica en cumplimiento de los parámetros técnicos que resulten aplicables para el cual deberá proveer todos los servicios de operación y mantenimiento usuales, necesarios o apropiados durante la etapa de construcción y la etapa de O & M para que la hidroeléctrica sea revertida a Hidroituango en operación y cumplimiento de los parámetros técnicos y las demás especificaciones previstas en este contrato. Quinto: Restituir, a la terminación de este contrato y el contrato de usufructo, por cualquier causa, los inmuebles del proyecto recibidos en usufructo y sexto: revertir, a la terminación de este contrato, por cualquier causa, los demás bienes del proyecto, diferentes de los que deban ser transferidos o revertidos a las autoridades gubernamentales por virtud de las disposiciones aplicables.

Todo lo anterior será realizado por el contratista, bien sea directa o a través de subcontratista según sea el caso, en los términos y condiciones previstos en este

contrato. En el evento de terminación anticipada, la restitución se realizará después de cancelada la deuda financiera, realizando el pago por terminación u otorgadas las garantías aceptables y de liberados los gravámenes permitidos a favor de los prestamistas del proyecto.

El presente contrato se firma simultáneamente en tres ejemplares del mismo tenor, constituyendo cada uno un original y todos en conjunto siendo el mismo instrumento. En constancia de lo anterior, se celebra en la ciudad de Medellín a los 30 días del mes de marzo de 2011. Hidroeléctrica Ituango S.A. E.S.P., doctor **LUIS GUILLERMO GÓMEZ ATEHORTÚA**, Gerente General E.P.M. Ituango S.A. E.S.P. Doctor **LUIS JAVIER VÉLEZ DUQUE**, Gerente y representante legal. Los testigos: El señor gobernador del departamento de Antioquia; el señor Alcalde de Medellín; el señor gerente para el Instituto para el Desarrollo de Antioquia (IDEA); y el señor Gerente General Empresas Públicas de Medellín E.S.P.

Necesario es precisar que, en la incorporación de cada una de la presente prueba documental reseñada conforme a los extractos expuestos por la señora fiscal del caso, indicó también el folio, nombres y firmas de quienes lo suscribieron.

5.3. De la prueba de carácter testimonial de la Fiscalía.

El órgano de investigación y acusación penal, representada por la señora Fiscal Delegada ante la Corte Suprema de Justicia, en punto concreto de los testigos de acreditación, llamó a declarar a dos funcionarias de la entidad que, por lo extenso de sus exposiciones, y en aras de no ser repetitivos, su valoración se la reserva el despacho para el acápite de la motivación de este fallo, por lo pronto, se hará una breve reseña de dicha evidencia. Veamos:

5.3.1. RUTH MILENA MENDOZA ORTIZ, abogada titulada, con maestría en Derecho Penal Económico con más de 18 años de experiencia laboral en el extinto DAS y actualmente en la Fiscalía General de la Nación, en su condición de investigadora líder, recolectó una serie de elementos materiales probatorios que en su gran mayoría fueron introducidos al juicio directamente por la señora fiscal a cargo del caso que ilustraron a la audiencia acerca de toda una línea de tiempo que da cuenta de los inicios del proyecto de la hidroeléctrica y que surgió de la mente del ingeniero JOSÉ TEJADA SÁENZ quien lo planteó con el recurso técnico del río

Causa en el cañón de Pescadero, explicando la testigo el paso a paso del desarrollo de esa idea de generar energía eléctrica para el Departamento de Antioquia y del país, hasta la suscripción del contrato BOOMT entre el representante legal de la Sociedad Hidroeléctrica Ituango S.A E.S.P. doctor **LUIS GUILLERMO GÓMEZ ATEHORTÚA** y el representante legal de EPM ITUANGO S. A. E. S. P. doctor **LUIS JAVIER VÉLEZ DUQUE,**

5.3.2. **LONY TATALY GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ,** contadora pública y para el momento de entregar su testificación juramentada adscrita al grupo Dirección Especializada en Investigaciones Financieras del ente acusador, cumpliendo cinco años de servicio en diciembre de 2021, y quien hace parte del proyecto iniciado en el año 2016. Realizó labores de Policía Judicial con funciones analíticas y participó en la investigación, adelantando inspección en EPM, recolectando información de EPM ITUANGO, atinente a su creación y funcionamiento, e informó sobre la participación contable de las empresas privadas y públicas, compra de sus acciones, la escisión y verificó los soportes contables inspeccionados.

5.4 Evidencia documental y testimonial a instancias de la defensa del acusado, ingeniero LUIS JAVIER VÉLEZ DUQUE, representado por el doctor JORGE ANIBAL GÓMEZ GALLEGO y el profesional de apoyo, doctor JUAN CARLOS ÁLVAREZ ÁLVAREZ.

Inicia con la prueba documental que bajo la especie de evidencia común se decretó e incorporó la Fiscalía, precisando lo agregado a la misma, el número con que se introdujo y haciendo una lectura íntegra de la mayoría de ella, mientras que, de otra, algunos de apartes pertinentes a la teoría del caso de la defensa. En toda, relaciona a sus integrantes o participantes y firmantes del documento citado. Así, fue reseñada esta evidencia:

5.4.1. Prueba documental incorporada por la Fiscalía.

5.4.1.1. Los Estatutos de Hidroituango, mediante la cual se constituyó la empresa - prueba No. 99 de la Fiscalía, corresponde a la escritura Pública No. 893 de la escisión, del 23 de marzo de 2011, ante la Notaría 17 del Círculo de Medellín y suscrita por los doctores **LUIS GUILLERMO GÓMEZ ATEHORTÚA,** mayor,

domiciliado y residente en Medellín, identificado con cédula No. 3.331.900, quien hizo ante el suscrito notario las declaraciones que éste recibió y ordenó extender.

5.4.1.2. Acta 1518 del 04 de mayo de 2010 de la Junta Directiva - prueba No. 11 de la Fiscalía – destaca que dentro del orden del día aparece en el cuarto lugar, los temas de gerencia general. Y, en la página 3, numerada como 003, el gerente general informa sobre el proyecto Ituango, entre ellas, analizar la posibilidad que sea EPM quien desarrolle el proyecto.

5.4.1.3. Acta de Junta Directiva del 06 de julio de 2010 - Prueba No. 13 de la fiscalía, corresponde al acta 1520, leída en su integridad y en los temas de gerencia, el gerente general informa que el 04 de julio de 2010, EPM y la Sociedad Hidroeléctrica Ituango S. A. E. S. P., firmaron un acuerdo de voluntades, con el fin de que EPM se encargue de la construcción y puesta en marcha de la Central Hidroeléctrica Ituango, el cual contempla unos principios generales, estructura del negocio, metodología del trabajo y cronograma.

5.4.1.4. Acta de la Junta Directiva del 03 de agosto de 2010. Se trata del Acta 1521, prueba No. 15 de la fiscalía. Se resalta del orden del día, en el punto 04 de temas Gerencia general, donde el Gerente informa que se avanzó en la definición de los puntos básicos del acuerdo que permita que EPM sea el concesionario para construir, poseer, operar, mantener y posteriormente transferir (BOOMT) el proyecto hidroeléctrico. Que se están afinando los detalles de las cifras y los parámetros generales de la negociación, los cuales serán informados a los miembros de junta. Los miembros de la junta directiva se dan por enterados del tema. Finalmente aparecen las respectivas firmas.

5.4.1.5. Acta de la Junta Directiva de Empresas Públicas del 11 de agosto de 2010, prueba documental No. 16 de la Fiscalía que corresponde al Acta 1522 de reunión extraordinaria, y se centra en el punto 03 del orden del día, frente al acuerdo de EPM y el IDEA para desarrollar Hidroituango, e informa el Gerente General que el objetivo de la reunión extraordinaria, es presentar a los miembros de junta, el acuerdo logrado con el Instituto para el Desarrollo de Antioquia -IDEA-, en lo que corresponde al desarrollo del Proyecto Hidroituango, para que EPM construya, opere, mantenga y transfiera el proyecto en el año 2060.

Recuerda que el 04 de julio de 2010, se celebró un acuerdo de voluntades entre EPM e Hidroituango, en el que se estipuló un término de treinta días para buscar un esquema que permitiera a EPM, desarrollar el proyecto. En dicho estudio participaron las bancas de inversión Santander Invesmet S. A. por parte de EPM; BNP Paribas por parte de Hidroituango; e INVERLINK S. A., como tercera banca de designada para homologar el modelo, rango de valores y cifras acordadas por las partes. Se indica que para el desarrollo del proyecto a cargo de EPM, se tiene previsto, se escinde Hidroituango S. A. E. S. P. (Sociedad Escidente) y se crea una sociedad por acciones (Sociedad Beneficiaria) que será la concesionaria del proyecto. En virtud de ello, se transfiere, en bloque, la porción patrimonial asociada al proyecto Hidroituango, necesaria para su desarrollo. La sociedad escidente reduce su patrimonio, conserva la licencia ambiental y la titularidad del proyecto (responsable ante XM). La sociedad beneficiaria tendrá la misma composición accionaria y objeto de la sociedad escidente. Se subscribe un Contrato Build Own Operate Maintain Transfer -BOOMT- (Construir, Poseer, Operar, mantener y transferir) entre Hidroituango S. A. E. S. P. y la Sociedad Beneficiaria, en el que se establecen las condiciones económicas y financieras acordadas entre Hidroituango S. A. E. S. P. y EPM, correspondiente a la TIR esperada (11.70%), y el plazo (50 años), la revisión del costo del proyecto al terminar la construcción y la revisión del riesgo comercial durante la duración del contrato. EPM compra las acciones de la sociedad beneficiaria, cuyo valor de la transacción asciende a la suma de 168 millones de dólares y un pago 25 millones de dólares en el evento en que se obtenga autorización para el desarrollo del proyecto en zona franca.

Detalla en cifras aproximadas la estructura del negocio y señala que la escisión propuesta se caracteriza por: i) no se da la disolución de la sociedad escidente; ii) se da un traspaso en bloque, de activos y pasivos); (iii) tributariamente no se considera que existe enajenación entre la escidente y la beneficiaria; iv) Una vez inscrita en el Registro Mercantil, la escritura de escisión, operará entre las partes intervinientes en la escisión y frente a terceros, la transferencia en bloque de los activos y pasivos de la entidad escidente a la beneficiaria; v) para las modificaciones del derecho de dominio sobre inmuebles y demás bienes sujetos a registro, bastará con enumerarlos en la escritura de escisión. Informa la cronología del negocio y resuelve las inquietudes presentadas por los miembros de la junta. La junta directiva autorizó a EPM, aprobar la escisión de Hidroituango, a comprarlas

acciones que tengan los demás accionistas en la sociedad beneficiaria de la escisión, que será la que ejecutará el proyecto hidroeléctrico.

5.4.1.6. Acta de la Junta Directiva de Empresas Públicas del 02 de noviembre de 2010, Prueba No. 18 de la Fiscalía, que corresponde al Acta 1525 entre los temas del orden del día, de Hidroituango se informó que, en la asamblea extraordinaria de accionistas, celebrada el 27 de octubre del presente año, se aprobó la escisión de la Sociedad Hidroeléctrica Ituango S. A. E. S. P., celebración con EPM, un contrato tipo BOOMT; en la misma asamblea se aprobaron los estatutos de la nueva sociedad y se eligieron los integrantes de la Junta Directiva, de manera temporal.

5.4.1.7. Acta de la Junta Directiva de EPM del 01 de marzo del 2011. Prueba No. 20 que introdujo la Fiscalía y corresponde al Acta 1529, se rescata de allí frente al tema, el detalle de la materialización de la estrategia de crecimiento firmada por EPM dentro de su propósito de sostenibilidad, es el primero y en el numeral 5 aparece acuerdo vinculante entre el Instituto para el Desarrollo de Antioquia -IDEA- y EPM, que permitirá que EPM desarrolle integralmente el Proyecto Pescadero Ituango; y el acta termina, continúa, estados financieros EPM matriz.

5.4.1.8. Actas de la Junta Directiva No. 1532 del 28 y 29 de marzo del 2011, corresponde a la prueba No. 22, incorporada por la fiscalía; con ella se autorizar la constitución y la firma, por parte de Empresas Públicas de Medellín E. S. P. -EPM-, de una garantía solidaria, “Garantía de Casa Matriz”, requerida como condición necesaria para la firma del contrato BOOMT a celebrarse entre EPM ITUANGO S.A. E. S. P. e Hidroituango S. A. E. S. P. Para ello EPM se comprometerá con el otorgamiento de una garantía solidaria, limitada al porcentaje de su participación accionaria en EPM ITUANGO, para respaldar las obligaciones que ésta asuma en la ejecución del citado contrato.

5.4.1.9. Acta No. 22 del 27 de noviembre de 2009 de la Asamblea de Accionistas de la Sociedad Hidroituango. Prueba No. 87 de la Fiscalía, entre varios puntos a tratar, el doctor **LUIS GUILLERMO GÓMEZ**, Gerente General de la Hidroeléctrica Pescadero Ituango, informa que el proceso en el que se encuentra la sociedad es grande, complejo y novedoso en el país, ya que no se trata de, ni de una concesión ni de una licitación corriente. Por ello la administración cuenta con un plan de trabajo serio y depurado, al igual que con un equipo de asesores muy calificados como lo

son los equipos técnicos que los han acompañado, los asesores de la Hidroeléctrica y en el campo financiero, el BNP Paribas - la banca de inversión del proceso-, al igual que otros asesores expertos en zonas francas, mediación financiera, mercado de energía, etc., los mejores factores que se deben tener en cuenta para traer a la asamblea que hoy se reúne, la mejor información requerida para las decisiones que se tomarán. Agrega que se pretende blindar el proceso, siguiendo los delineamientos de ley, buscando su transparencia, con el ánimo de agregarle valor al accionista y que no tenga que hacer, hacia el futuro, nuevas capitalizaciones de magnitud importante -con excepción de las ya aprobadas y las que se llevarán a la asamblea ordinaria del próximo año-, de tal suerte que si no se llega a una feliz culminación en este proceso, pueda optar por el plan B de financiamiento por los esquemas tradicionales de financiación en este tipo de proyectos.

Del orden del día, se resalta el punto 05, de consideración de la constitución de la sociedad de propósito específico, que se hace como conclusión de un largo estudio, y esencialmente, para que el proyecto pueda recibir los beneficios de la zona franca; se explica el desarrollo actual del proyecto y los contratos que se vienen realizando, como la compra de predios, construcción de las vías, campamentos, etc. Para finales de 2010, se requiere del financiamiento para continuar con el desarrollo de proyecto y se autoriza al representante legal de la sociedad para realizar todos los contratos necesarios o apropiados para constituir la sociedad a la que se requiere para adelantar el proyecto.

5.4.1.10. Acta de Asamblea Extraordinaria de accionistas de Hidroituango No. 24 del 27 de octubre de 2010, prueba No. 89 de la fiscalía; en ella se señala, que la presente es tal vez, la Asamblea General de Accionistas más importante de Hidroituango porque se culmina con un proceso de 24 meses en la búsqueda de un socio estratégico que llevará a culminación el proyecto, entre el orden del día, el señor Presidente de la Asamblea le otorga la palabra al doctor **LUIS GUILLERMO GÓMEZ**, quien pone a consideración el proyecto de escisión con todos sus anexos, balances, estados financieros auditados y el concepto del auditor, que se remitió previamente a los señores accionistas, quienes, además, tuvieron oportunidad, desde el pasado 30 de septiembre, para ejercer el derecho de inspección a este proyecto, que incluye (i) Declaratoria de Utilidad Pública. Resolución 317 de 2008. Ministerio de Minas y Energía (ii) Licencia ambiental. Resolución 155 de 2009 del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, (iii) el proyecto fue incluido

en el plan de expansión de referencia generación transmisión 2009-2023 UPME, (iv) Asignación obligaciones de energía firme y cargo por confiabilidad 1.085 GWH a razón de US 13.998 MWH y (v) estudios y diseños técnicos por parte de las firmas para factibilidad económica y financiera del proyecto.

Agrega el doctor **GÓMEZ**, que 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 encargará de su financiación, construcción, operación, mantenimiento y transferencia posterior a Hidroituango, que lo anterior se intentó inicialmente a través de un proceso de subasta y 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 de BOOMT, por los que se llegó finalmente a la negociación con EPM, se plantearon las ventajas de esta tercerización, se plantea la creación del vehículo o sociedad beneficiaria espejo que sería como productor de la escisión de la sociedad, en la que los accionistas mantienen la misma composición accionaria que hoy tienen en Hidroituango y a la que se traslada parte del patrimonio actual de Hidroituango, esa sociedad se llamará EPM ITUANGO S. A. E. S. P. y a esa compañía se trasladan los activos necesarios para la realización del proyecto y constituida EMP ITUANGO, Hidroituango, celebrará con ella, el contrato BOOMT, igualmente, celebrará el contrato de usufructo de tierras que le otorgará el uso de ellas a EPM ITUANGO, en esta sociedad, EPM, comprará las acciones a los accionistas que las quieran vender, para obtener el control de la Sociedad Beneficiaria.

El doctor **GÓMEZ** presentó las condiciones generales del contrato, detalló puntos importantes de la sociedad beneficiaria en la escisión, detalló puntos importantes de la sociedad beneficiaria en la escisión, y se indicó que la Superintendencia de Servicios Públicos, según concepto SSPJ-2008-533, por encontrarse en etapa pre-operativa, la Sociedad Escidente no es vigilada por la Superintendencia, porque se enmarca en el régimen de autorización general *-Circular externa 001 de 2007 de la Superintendencia de Sociedades-*. la escisión se aprueba como mecanismo que permita instrumentar la tercerización del proyecto para la financiación, construcción, operación, mantenimiento, explotación comercial, y restitución de la Central Hidroeléctrica Pescadero Ituango mediante una negociación entre Hidroeléctrica

Ituango S. A. E. S. P. y Empresas Públicas de Medellín E. S. P., la cual dará lugar a la contratación directa entre la primera y EPM ITUANGO S. A. E. S. P., en las condiciones expuestas por el gerente de la sociedad, a la asamblea general de accionistas.

Como consecuencia, se faculta al gerente de Hidroeléctrica Ituango S. A. E. S. P., para llevar a cabo todos los actos necesarios para el perfeccionamiento de la escisión y se le faculta para que realice los gastos contables que fueren necesarios, de acuerdo con las variaciones que se presenten dentro del período comprendido entre el 31 de agosto de 2010; finalmente la Asamblea General de la Sociedad Hidroeléctrica Ituango S. A., en su reunión extraordinaria celebrada el 27 de octubre de 2010, **resuelve:** Expresar a la administración de la empresa y a su principal ejecutivo, el ingeniero **LUIS GUILLERMO GÓMEZ**, el reconocimiento y testimonio de gratitud por la extraordinaria labor cumplida en beneficio de los altos intereses de Antioquia y del país, al haber culminado con singular éxito, el proceso de consolidación interinstitucional que permitirá adelantar la construcción y próxima operación del proyecto de energía eléctrica más importante de Colombia, y el segundo proyecto más importante en la historia del departamento, comparable al ferrocarril de Antioquia, se hace su reconocimiento al equipo de Hidroituango, con el doctor **LUIS GUILLERMO GÓMEZ** y se materializa la posibilidad del desarrollo hidroeléctrico de Antioquia para todos los antioqueños

5.4.1.11. Evidencia documental que se denomina Garantía de Casa Matriz y que corresponde a la prueba 101 que fue debidamente incorporada por la fiscalía. Fue otorgado por Empresas Públicas de Medellín E. S. P. el 30 de marzo de 2011 por el Gerente de EPM, doctor Federico Restrepo Posada a favor de Hidroeléctrica Ituango S. A. E. S. P. (Hidroituango), a efectos de amparar el cumplimiento de ciertas obligaciones, mediante el cual EPM constituye una garantía de pago a favor de Hidroituango, documento que contiene una serie de garantías reales y específicas.

5.4.2. De la prueba documental a introducir, precisa, que corresponde a documentos de prueba que no aparecen comunes, por lo que, procederá a su presentación y su respectiva incorporación de manera directa, dada su naturaleza de documentos públicos.

5.4.2.1. Contrato de mandato entre EPM ITUANGO 2011000001, aparece en el acta del día 10 de abril del año 2011; en donde Empresas Públicas de Medellín E. S. P., empresa industrial y comercial del Estado, del orden municipal, domiciliada en Medellín a través del Gerente General, doctor Federico José Restrepo Posada, y EPM ITUANGO S. A. E. S. P., empresa de servicios públicos domiciliarios, domiciliada en Medellín, representada por el doctor **LUIS JAVIER VÉLEZ DUQUE**, suscriben contrato de mandato para adelantar todos los contratos que a su vez sean necesarios para desarrollar el proyecto, EPM ITUANGO S. A. E. S. P., requiere que EPM desarrolle la gestión y cumplimiento de obligaciones de toda índole, propias de las empresas estatales prestadoras de servicios públicos domiciliarios de construcción y operación de centrales hidroeléctricas, recogiendo el conocimiento y la experiencia acumulada por esta última a lo largo de su existencia y cuyo objeto del contrato es determina 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 y se especifica el funcionamiento y cumplimiento de las obligaciones de EPM ITUANGO y, en general, todas las actividades necesarias para el cumplimiento de las obligaciones derivadas del mencionado contrato BOOMT.

5.4.2.2. Evidencia documental solicitada por la defensa, corresponde a un concepto de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, identificado con el número de radicado 20112200604741, dirigido al doctor **LUIS JAVIER VÉLEZ DUQUE** en su condición de Gerente EPM ITUANGO S. A. E. S. P. que responde inquietudes respecto a la sujeción a la Ley 142 de 1994 y por consiguiente a la sumisión de las actividades de control y vigilancia por parte de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y atendió el requerimiento de 07 puntos que finalmente en el numeral 8º) precisó *“ Previo análisis de lo anteriormente descrito, la empresa EPM ITUANGO S. A. E. S. P., está sometida a la aplicación de las Leyes 142 y 143 de 1994 y por consiguiente, está sujeta al control y vigilancia de la Superintendencia de Servicios Públicos”*.

5.4.2.3. El concepto de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, radicado No. 20081300755081 de fecha 16 de octubre de 2008, dirigido al doctor **LUIS GUILLERMO GÓMEZ ATEHORTÚA**, en su condición de Gerente Hidroeléctrica Ituango S. A. E. S. P., atendiendo solicitud de concepto precisa, que

de conformidad con lo previsto en la Ley 142 de 1994 y en el Decreto 990 de 2002, la competencia de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios se circunscribe a la vigilancia, inspección y control de las actividades de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios relacionados con la prestación del servicio público a su cargo; por lo que de los planteamientos por realizados en las preguntas 2, 3, 4, y 5, hacen referencia a temas relacionados con aspectos societarios sobre la capitalización de la empresa que son de la órbita privada de la empresa prestadora y Superintendencia queda supeditada a lo dispuesto en el artículo 79 de la Ley 142 de 1994, y frente a dichos interrogantes, que son netamente societarios, la entidad competente en materia de vigilancia y control, es la Superintendencia de Sociedades. Y acerca de las preguntas 1 y 6, señaló, que los servicios complementarios a los cuales se les aplica la Ley 142 de 1994 están igualmente definidos en el capítulo II de la citada norma, y en consecuencia, las personas prestadoras de servicios públicos descritas en el artículo 15 de la Ley 142 de 1994, tiene que prestar efectivamente los servicios públicos domiciliarios y actividades complementarias antes citadas para que de ellos pueda predicarse la aplicación de dicha ley y la calidad de sujetos de inspección, vigilancia y control por parte de esta Superintendencia. En este contexto, la actividad de generación hidroeléctrica es, sin lugar a dudas, objeto de la inspección, vigilancia y control de esta Superintendencia y en numeral 11.8 de la Ley 142 de 1994, fija como una obligación de las entidades que prestan servicios públicos, el informar el inicio de actividades a la respectiva Comisión de Regulación y a la superintendencia de Servicios Públicos, para que estas entidades puedan cumplir con funciones. En este sentido, las obligaciones frente a la Superintendencia, comienza una vez las empresas constituidas inicien sus actividades, y teniendo en cuenta lo anterior, cuando las empresas de servicios públicos no estén prestando efectivamente los servicios públicos o actividades complementarias a los cuales se les aplica la Ley 142 de 1994, no será sujetos de aplicación de la citada ley.

5.4.2.4. El contrato de estabilidad jurídica del 4 de junio de 2010, celebrado entre la Nación-Ministerio de Minas y Energía y Empresas Públicas de Medellín, mediante el cual el comité de estabilidad jurídica, en reuniones del 21 de noviembre de 2006 y 10 de diciembre de 2007, analizó la solicitud y el informe de evaluación de la secretaría técnica, y decidió autorizar la suscripción del contrato con Empresas Públicas de Medellín, según consta en las actas No. 13 y 16 de las respectivas fechas y finalmente aparece el acta de inicio del contrato de estabilidad jurídica

EJ04, del 31 de marzo de 2008, suscrito entre la nación-Ministerio de Minas y Energía y Empresas Públicas de Medellín, y aparece el contrato EJ04 del 31 de marzo de 2008, Contrato en EEPPMM E. S. P. No. 6000832167. Valor de las inversiones: \$1.813.762.280.000 (m/cte.), duración total del contrato será de 20 años de estabilidad jurídica, contados a partir de la suscripción por las partes del acta de inicio del contrato, previo el cumplimiento de los requisitos de ejecución de que toda la cláusula vigésima.

5.4.3. De la prueba testimonial introducida por la defensa del doctor LUIS JAVIER VÉLEZ DUQUE.

5.4.3.1. **Dr. MARÍA ISABEL VANEGAS ARIAS**, abogada con amplia trayectoria profesional quien laboró para Empresas Públicas de Medellín por espacio de 30 años en el área jurídica, fundamentalmente en los temas relacionados con la contratación, teniendo a cargo la coordinación general de la contratación por espacio de más o menos doce a catorce años y se retiró para pensionarse en el año 2009, pero se incorporó para prestar asesorías a la Hidroeléctrica Ituango, cuando se estaba iniciando el proceso de precalificación, se analizaron otras opciones y finalmente con la firma Prieto & Carrizosa, que tiene bastante experiencia en el campo internacional, recomendó la figura de un BOMT, temática sobre la cual entregó su testimonio.

5.4.3.2. **Dr. ANDRÉS MAURICIO CÓRDOBA CASTRILLÓN**, abogado, inició su trayectoria profesional en el año 2001 y en el año 2010, inició en Empresas Públicas de Medellín y actualmente en la Gerencia Jurídica, Crecimiento y Consolidación, antes llamada Secretaría General de Empresas Públicas de Medellín que nació para dar su aporte a todas las empresas del Grupo Empresarial, especialmente a aquellas en las que se debiera hacer una asesoría específicamente, principalmente en temas de derecho societario y por ende, desde el inicio le asignaron el apoyo societario a EPM ITUANGO S. A. E. S. P., que en su momento era una filial del Grupo Empresarial EPM y como tal, rindió un amplio testimonio.

5.4.3.3. **DR. MAURICIO ALBERTO RESTREPO TERREROS**, abogado, con especialización en derecho Tributario y una especialización en Regulación de

Servicios Públicos, con amplia experiencia que comenzó en el año 88-89 como Personero del municipio de San Jerónimo y ex empleado de EPM, con 25 años en Empresas Públicas de Medellín E. S. P., laborando siempre en el área de negocios, prestando asesoría a diversos proyectos que tiene la empresa, así como a la prestación del servicio de asesoría de contratos de ventas de energía y demás funciones que encarga la empresa, participando en los proyectos de la descapitalización de la venta de acciones de ISAGEN; en unos contratos de venta de energía internacionales en Ecuador, asesorando al proyecto Ituango, en temas especiales del contrato BOOMT y en ese conocimiento rindió igualmente amplio interrogatorio .

5.5. Evidencia documental y testimonial de la defensa del procesado, doctor LUIS GUILLERMO GÓMEZ ATEHORTÚA, representado por el doctor SANTIAGO SIERRA ANGULO.

Comenzó su intervención, refiriéndose a los medios de prueba documental que ya habían sido incorporados por la fiscalía en su intervención de práctica probatoria y de conformidad con el principio de la comunidad de la prueba que por ende ya es patrimonio del proceso y sería desgastante e innecesario en contra del principio de economía, que procediera nuevamente a su incorporación y lectura, entendiendo de todas maneras que es una prueba que también fue decretada por parte del despacho a favor pues de la defensa.

5.5.1 De la prueba documental ya introducida al proceso.

5.5.1.1. La prueba 93-233, La invitación pública internacional a precalificar, de la Sociedad Hidroeléctrica Ituango S. A., empresa de servicios públicos, para la contratación, financiación, construcción, operación y mantenimiento de la central de generación hidroeléctrica, con una capacidad de 2.400 megavatios, bajo un esquema BOOMT. Invitación pública internacional de fecha 17 de noviembre del 2009.

5.5.1.2. La prueba 93-233, incorporada por la fiscalía, que es la adenda No. 01 de la invitación pública internacional a precalificar del 27 de noviembre del 2009, medio de prueba ya incorporado en la sesión de práctica probatoria de la fiscalía.

5.5.1.3. Dentro de la prueba 93-233, la adenda No. 02 de la invitación pública internacional a precalificar del 9 de diciembre del 2009, medio de prueba ya incorporado por la fiscalía.

5.5.1.4. La prueba también identificada dentro de ese paquete probatorio, numerado por la fiscalía, 93-233, la adenda No. 03 de la invitación pública internacional a precalificar del 10 de diciembre del 2009, medio de prueba entonces ya incorporado por la fiscalía en su sesión.

5.5.1.5. Se tiene la adenda No. 05 de la invitación pública internacional a precalificar, del 7 de enero del 2010, prueba enumerada por la fiscalía como 93-233 y ya incorporada entonces, también, en su sesión, por parte de la Fiscalía.

5.5.1.6. Como prueba, la decisión No. 15, por medio de la cual se definen los interesados, en el proceso de invitación pública de febrero del 2010, decisión tomada por la Sociedad Hidroituango S. A. E. S. P., prueba también identificado por la fiscalía como prueba 93-233, ya incorporada en su sesión de práctica probatoria.

5.5.1.7. El informe de evaluación de la invitación pública internacional, prueba 93-233, incorporada por la fiscalía en su sesión. Este informe de evaluación de invitación pública internacional a precalificar es del 01 de febrero del 2010.

5.5.1.8. Medio de prueba documental de carácter público, la certificación expedida por la Secretaría General de la Sociedad, del acta de la junta directiva No. 110, realizada el 28 de abril del 2010, en la que se realizaron consideraciones para no dar inicio al proceso de subasta. Ese medio de prueba identificado por la fiscalía como prueba 72-156, fue incorporado por la fiscalía en su práctica probatoria.

5.5.1.9. La certificación expedida por el secretario general de la Sociedad, del acta No. 24 de la Asamblea de Accionistas de la Sociedad Hidroituango S. A. E. s. P., celebrada el 27 de octubre del 2010. Este medio de prueba fue incorporado como prueba 89-198 por parte de la fiscalía en su práctica probatoria.

5.5.1.10. Prueba documental de carácter público, la certificación expedida por el Secretario General de la Sociedad, acta de Junta Directiva No. 111 del 9 de junio del 2010, medio de prueba documental, que también fue incorporado por la fiscalía con la nomenclatura 73-157.

5.5.1.11. El acuerdo de voluntades suscrito entre Empresas Públicas de Medellín y la Sociedad Hidroeléctrica Ituango S. A. E. S. P., del 14 de junio del 2010. Medio de prueba que incorporó la fiscalía con la nomenclatura 94-234.

5.5.1.12. El contrato de colaboración empresarial integral No. 29990432023, celebrado entre Empresas Públicas de Medellín y la Sociedad Hidroeléctrica Pescadero Ituango S. A. E. S. P., suscrito el 27 de marzo del 2008, medio de prueba documental de carácter público que fue incorporado por la fiscalía en su sesión de prácticas probatorias con la nomenclatura 6-12.

5.5.1.13. Copia auténtica del Acta de Junta Directiva No. 103 del 30 de septiembre del 2009. Acta de junta directiva de la Sociedad Hidroeléctrica Ituango S. A. E. S. P., documento de carácter público que fue incorporado por la fiscalía con nomenclatura 67-149.

5.5.1.14. El acuerdo marco suscrito entre el Instituto para el Desarrollo de Antioquia (*el IDEA*) y Empresas Públicas de Medellín, del 11 de agosto del 2010. Medio de prueba documental, de carácter público que fue incorporado por la fiscalía en la nomenclatura 95-235.

5.5.1.15. El acuerdo suscrito entre El Instituto para el Desarrollo de Antioquia (*el IDEA*) y Empresas Públicas de Medellín (EPM) el 10 de septiembre del 2010. Medio de prueba incorporado como documento público, por parte de la fiscalía con la nomenclatura 96-236.

5.5.1.16. El acuerdo suscrito entre el Instituto para el Desarrollo de Antioquia (*el IDEA*) y Empresas Públicas de Medellín (*EPM*), del 18 de septiembre del 2010, documento que por su carácter público fue incorporado de manera directa por parte de la fiscalía, con nomenclatura 97-237.

5.5.2. Medio de prueba que no fueron incorporados por la fiscalía y los concentra c al proceso, como documental de carácter público, los comparte en pantalla y da lectura de su contenido en puntos relevantes de su teoría del caso.

5.5.2.1. El expediente de vigilancia EPCNF0006572 del 2010. Corresponde a una vigilancia iniciada de oficio por parte de la Personería de Medellín, cuya finalidad era vigilar diferentes denuncias sobre el megaproyecto Pescadero Ituango, y por ser EPM socia del proyecto y recursos del municipio, informe de vigilancia Administrativa dentro proceso No. 06572-2010 del 18 de noviembre de 2010, vigilancia que inició el 26 de mayo de 2010 y asistió a dos foros relacionados con el tema, solicitó información al doctor Federico Restrepo Posada, Gerente General de Empresas Públicas de Medellín, cuestionando algunas preguntas, solicitó información a Hidroituango S. A. E. S. P., realizó visita a las instalaciones y partiendo de precisar la naturaleza jurídica de Hidroituango y Empresas Públicas de Medellín, refiriendo que son empresas de servicios públicos (E. S. P.) mixta, descentralizada de naturaleza y régimen jurídico especial del orden Departamental, tal y como lo dispone la Sentencia C-736 de 2007, su régimen jurídico es el contenido en la Ley 142 de 1994 definido en el artículo 14 y 32 las normas de sociedades anónimas del Código de Comercio y las normas de contratación del Código Civil y de Comercio, y las normas de derecho público, sólo en aquellos casos en que la Constitución o la ley expresamente lo dispongan, y al someterse la constitución de dichas empresas a las reglas del derecho privado, su naturaleza jurídica correspondería a una típica persona jurídica de dicho origen y por lo mismo, no formarían parte de la rama ejecutiva del poder público en el sector descentralizado por servicios. Sin embargo, los artículos 38 y 84 de la Ley 489 de 1998, aclararon la naturaleza jurídica de las empresas de servicios públicos domiciliarios, al reconocer que únicamente forman parte de la Rama Ejecutiva del poder público en el orden nacional del sector descentralizados por servicios, las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios.

Frente a la Ley 80 de 1993, modificada por la Ley 1150 de 2007 concluyó en virtud del artículo 14 de la última ley citada, que la contratación de Hidroituango, se rige por la normatividad especial en la materia; es decir, por normas de derecho privado; empero, conforme al artículo 13 de la misma norma, la empresa debe aplicar los principios de la función administrativa y la gestión fiscal, así como dar cumplimiento al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto en el artículo 8° y siguientes de la Ley 80 de 1993, y que también le son aplicables a estas empresas, las inhabilidades e incompatibilidades establecidas en el Decreto-ley 128 de 1976, por medio del cual se dicta el estatuto de inhabilidades e incompatibilidades de los miembros de las Juntas directivas de las entidades descentralizadas y de los

representantes legales de éstas, y las demás que sean previstas en otras disposiciones para las mismas personas o funcionarios, tal como establece el artículo 23 del precitado decreto. Concluyó igualmente, que la empresa no está sometida para efectos de contratación, al régimen de contratación estatal de la Ley 80 de 1993 y sus decretos reglamentarios, salvo que el contratista sea entidad estatal; y al igual que Hidroituango S. E. S. P., comparte la suerte de ser una empresa de servicios públicos domiciliarios a la que se aplican, entre otras, las Leyes 142 y 143 de 1994, modificadas principalmente por la ley 689 de 2001.

Asimismo, que las entidades estatales que por disposición legal cuenta con un régimen contractual excepcional 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 pública 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.

Entre las conclusiones, precisó que principio de autonomía de la voluntad privada, y no estando sometida a un régimen de contratación estatal, tanto Hidroituango como Empresas Públicas de Medellín, pueden adoptar la forma comercial que a bien tengan dentro del derecho privado por el cual están gobernadas, para adelantar los desarrollos del megaproyecto Hidroituango, tachando de legal, la subasta pública que fuera programada por la Sociedad Hidroituango y que finalmente no fue contemplada como alternativa para escoger el contratista ejecutor, pues fue la alternativa contractual escogida para sacar mejor provecho según la estrategia de mercado diseñada.

Respecto de la invitación pública internacional a precalificar, contratación de la financiación bajo un esquema BOOMT, expedida y publicada por la Hidroeléctrica Ituango S. A. E. S. P. el 17 de noviembre de 2009, precisó que podían precalificar para participar en la subasta todas aquellas empresas aceptables, entendiéndose por éstas, la persona jurídica nacional o persona jurídica extranjera que acreditara que ella o una de sus afiliadas adelantaba cualquiera de las actividades aceptables definidas en la invitación a precalificar, siempre que una u otra se hubiere constituido o incorporado con anterioridad al 1° de enero de 2005 y en tal condición, Empresas Públicas de Medellín, cumplió con los requisitos de la invitación pública a

precalificar, participar en el proceso de selección que iba a adelantar Hidroituango para ejecutar el contrato del megaproyecto, sin violación alguna al régimen de inhabilidades e incompatibilidades referenciadas en el Artículo 8° de la Ley 80 de 1993 y sin ningún impedimento para celebrar un contrato privado con dicha sociedad.

5.5.2.2. Documento Público de la Contraloría General de Medellín, del 30 de abril de 2019, que atiende como asunto: *“Respuesta definitiva PQRSD 146 de 2019-Solicitud de medio de prueba documental”*, y refiere al control realizado por la Contraloría General de Medellín, respecto a los recursos desembolsados por EPM en virtud del contrato, teniendo en cuenta que Empresas Públicas de Medellín E. S. P., se vinculó al contrato a través de la Sociedad EPM ITUANGOS. A. E. S. P. a concluye en su auditoría que, en las operaciones realizadas, no se presenta daño patrimonial, en el marco de la Ley 610 de 2000, las erogaciones realizadas contaron con los debidos soportes técnicos, contables y legales y no se advierte violación a los principios de economía, eficiencia y eficacia en la gestión desarrollada por EPM.

5.5.2.3. Acta de inicio de contrato BOOMT del 5 de abril de 2011 que, como documento de carácter público, fue debidamente presentada por la Sociedad Hidroeléctrica Ituango, en respuesta del 25 de octubre de 2019, que refiere una serie de cláusulas para el desarrollo del contrato BOOMT entre Hidroituango y el contratista EPM, cuyo objeto consiste en la construcción y montaje, y para la operación y mantenimiento de la hidroeléctrica, restituir a la terminación del contrato el usufructo los inmuebles del proyecto recibidos en usufructo, y revertir, a la terminación del contrato, por cualquier causa, los demás bienes del proyecto, diferentes a los que deban ser transferidos o revertidos a las autoridades gubernamentales por virtud de las disposiciones aplicables y, a efectos de dar comienzo a la ejecución del contrato, las partes suscriben el acta de inicio el día 5 de abril del año 2011 y firmado por quienes en ella intervinieron, Hidroituango S. A. E. S. P. **LUIS GUILLERMO GÓMEZ ATEHORTÚA** y EPM ITUANGO S. A. E. S. P. **LUIS JAVIER VÉLEZ**.

5.5.2.4. Respuesta dada por Empresas Públicas de Medellín, al solicitar los convenios interadministrativos con las filiales CHEC, EDEQ y ESSA, Gerente General de Empresas Públicas, el señor Jorge Londoño de la Cuesta, en el que se resaltó de su contenido textual, que la Nación-Ministerio de Hacienda y Crédito

Público, representada en este acto por el señor Ministro de Hacienda y Crédito Público, doctor Alberto Carrasquilla barrera y Empresas Públicas de Medellín E. S. P. (EPM), empresa de servicios públicos, domiciliada en Medellín, del tipo de las empresas industriales y comerciales, entidad descentralizada del orden municipal, celebraron acuerdo entre accionistas, la nación-Ministerio de Minas y Energía y Ministerio de hacienda y Crédito Público, es y ha tenido la condición de accionista mayoritario de la Central Hidroeléctrica de Caldas S. A. E. S. P., empresa de servicios públicos mixta, domiciliada en Manizales (Caldas9, constituida por medio de la escritura pública No. 1760 del 9 de septiembre de 1950, de la notaría 2ª del circulo de Manizales, empresa de servicios públicos dedicada a actividades de generación, distribución y comercialización de energía, en adelante simplemente “la Empresa”. En ejecución de las disposiciones contenidas en las reglas y como resultado de la negociación directa, EPM, adquirió el derecho a capitalizar la empresa. 3. Como consecuencia de las operaciones preparatorias para el acta de cierre de la emisión y colocación de las acciones de la empresa, EPM junto con la afiliada de EPM, son propietarios de un paquete de acciones que representan el 56% de las acciones en circulación de la empresa y, en consecuencia, la Nación ha dejado de ser accionista mayoritario. De conformidad con lo establecido en el numeral 4.2 de las reglas, se han dado todos los presupuestos de acuerdo, con los cuales la Nación puede suscribir el presente acuerdo en la fecha de capitalización.

5.5.2.5. Respuesta dada por Empresas Públicas de Medellín al abogado defensor que introduce la prueba, que contiene el Acta No. 30 de la reunión extraordinaria de la Asamblea de Accionistas de la empresa de Energía del Quindío. S. A. E. S. P. realizada en Armenia el 24 de septiembre de 2003, que en el orden del día se centró en la toma la palabra del presidente de la reunión, quien expuso a los accionistas el desarrollo de la negociación directa, a través de la cual se busca vincular capital a la empresa y que se ha venido adelantando en nombre y representación de ésta por la Nación-Ministerio de Minas y Energía con el objeto de otorgar a EPM el derecho a capitalizar la empresa, y se describe los términos de la negociación por medio de la cual Empresas Públicas de Medellín adquiere un porcentaje representativo de la Empresa de Energía del Quindío S. A. E. S. P., a través de la negociación directa.

5.5.2.6. Convenio interadministrativo, celebrado entre el Departamento de Santander, Empresas Públicas de Medellín y EPM INVERSIONES S. A. y dado como respuesta por Empresas Públicas de Medellín a la defensa del doctor **LUIS GUILLERMO GÓMEZ**, que constituye documento de carácter público; convenio suscrito por el Gerente General de Empresas Públicas de Medellín E. S. P., el gerente de EPM INVERSIONES S. A. y el Gobernador del Departamento de Santander ESSA, EEPPMM E. S. P., quienes acordaron celebrar un convenio interadministrativo en desarrollo de la participación conjunta en la invitación formulada por la Nación para la venta de las acciones que posee en la Electrificadora de Santander S. A. E. S. P. (ESSA), como un grupo unido en sus propósitos, con un criterio común, con la finalidad de obtener la adjudicación de las acciones objeto de oferta, en los negocios que se lleven a cabo entre las empresas del Grupo Empresarial Empresas Públicas de Medellín y ESSA, EEPPMM E. S. P., se compromete a garantizar que ESSA contará con las condiciones del mercado, o mejores, en la compra o provisión de los bienes o servicios que sean objeto de transacción comercial y que, en todo caso, se dará un manejo sano y transparente a los negocios que se celebren, de forma que se protejan los intereses de todos los accionistas. Y en el Artículo Décimo Segundo. Solidaridad de EEPPMM E. S. P. y EPM INVERSIONES S. A. serán solidariamente responsables por el cumplimiento de todas las obligaciones establecidas en este convenio y en el reglamento y en consecuencia, responderán solidariamente ante el Departamento por cualquier perjuicio o pérdida que sufra el Departamento como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones a cargo de EEPPMM E. S. P. o EPM INVERSIONES S. A.

5.5.2.7. Informe de actuaciones especiales, correspondiente al control excepcional a los recursos del proyecto de Generación eléctrica Hidroituango, rendido por la Contraloría General de la República en julio 19 de 2019. Se precisa que es un documento sumamente extenso y se centra en la página 104 que corresponde al contrato BOOMT y del análisis que hace la Contraloría General de la República frente a este contrato; en donde precisa la Contraloría General de la República, con relación a la naturaleza jurídica de las sociedades inicialmente firmantes del contrato BOOMT, es decir, la contratista Hidroeléctrica Ituango S. A. E. S. P., que es una sociedad de tipo anónima, organizada como empresa de servicios públicos mixta y

el contratista, esto es, EPM ITUANGO S. A. E. S. P., empresa de servicios públicos, constituida bajo la figura de una sociedad anónima.

Que, con relación a Empresas Públicas de Medellín, que posteriormente y vía cesión, adquirió la calidad de contratista, se trata de una empresa industrial y comercial del orden municipal, prestadora de servicios públicos y precisa la necesidad de la aclaración para entender el por qué, a pesar de ser empresas que dentro del contrato ejecutan recursos públicos, no adelantaron el proceso de contratación pública de que tratan las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007 y demás complementarias, sino que acudieron a la figura del mencionado contrato BOOMT que, por regla general, es de un uso más común entre particulares; se trata de un contrato atípico e innominado, es decir, que no se encuentra taxativamente regulado dentro de la normatividad de la contratación pública o privada y cuya característica principal es que las partes, dentro de la autonomía de sus voluntades, regulan las relaciones jurídicas que van a regir el desarrollo y ejecución del mismo y que si bien es cierto, esta clase de contratación no es la más usual frente a la ejecución de recursos públicos, para el caso particular bien podía suscribirse este tipo de contrato dada la naturaleza jurídica de los contratantes y el régimen de contratación cuyo soporte legal se encuentra, entre otras normas, en la Ley 142 de 1994.

5.5.2.8. Acta de la Junta Directiva No. 60 de la Hidroeléctrica Pescadero Ituango S. A. E. S. P. del 26 de septiembre del 2005, documento que fue entregado por la Sociedad, a través de una respuesta del 25 de octubre del 2019. En él, la doctora Victoria Eugenia Ramírez, representante del IDEA, plantea su inquietud sobre el valor del contrato, teniendo en cuenta que EPM es socio de la hidroeléctrica, ya que considera alto su valor dadas las investigaciones realizadas por sus asesores, lo que es explicado por dos de los asistentes, que dado el recurso técnico y la experiencia con que cuentan las EPM, el costo del contrato de interventoría realizado por un tercero sería mucho mayor al presentado a estudio de la junta y el representante del departamento, considera que parte de la buena fe de quienes intervienen y que lo expuesto se encuentra dentro de los cánones normales tomando en cuenta lo expresado en el plan de trabajo previamente aprobado para a hidroeléctrica. La misma doctora Victoria Eugenia pregunta si este contrato de interventoría que se viene planteando con Empresas Públicas, no debió salir a licitación pública, exponiendo el secretario de la junta y asesor jurídico de la empresa, que en ese proceso, la Sociedad ha estado cumpliendo el estatuto de contratación aprobado por la junta directiva y que, con relación al contrato de

interventoría con Empresas Públicas se encuentra ajustado a él y especialmente a los numerales 19.3, 19.6 y 19.9, además de que ya había sido previamente aprobada como consta en el acta No. 56 y se dio lectura a esos numerales del estatuto contractual y finalmente, el doctor Luis Carlos Rubiano, destaca la importancia del Proyecto Pescadero Ituango, como el más grande que se va a realizar en el país y que, por consiguiente, matiza el cuidado que ha tenido Empresas Públicas al elaborar la propuesta y el que debe tener la junta al aprobar este contrato.

5.5.2.9. Resolución 005 de 2003, por el cual se expiden las normas generales de contratación de la Hidroeléctrica Pescadero Ituango S. A. E. S. P., en ejercicio de la facultad prevista en el artículo 44, numeral 25 de sus Estatutos Sociales, y considerando que es una empresa de servicios públicos domiciliarios, constituida bajo la forma de sociedad anónima mixta, sometida al régimen jurídico vigente para las empresas de servicios públicos y es la junta directiva la competente para establecer las políticas generales de contratación, centra la exposición en su artículo 19, contenido en el capítulo tercero del estatuto, de la solicitud privada de una oferta, que se podrá solicitar una oferta o cotización cuando se trate en particular de los contratos que hayan de celebrarse con entidades estatales.

5.5.2.10. Escritura Pública No. 771, protocolizada en la ciudad de Medellín, Departamento de Antioquia, República de Colombia, el 19 de marzo del 2003, por medio de la cual se establece un aumento de capital de la Hidroeléctrica Pescadero Ituango S. A. S. P., y de la que dio lectura a algunos de los acápite que la contienen: Tercero: Que en consecuencia, la Hidroeléctrica Pescadero Ituango S. A. E. S. P., se regirá por las normas constitutivas del contrato social que se expresan a continuación y en lo no previsto en ellas, por las disposiciones legales que regulan el funcionamiento de la sociedad anónima y en lo pertinente a las Leyes 142 y 143 de 1994.

Preámbulo. Desde 1969, cuando el ingeniero JOSÉ TEJADA, escribió un memorando sobre el desarrollo hidroeléctrico del Cauca medio, en el cual ya mencionaba un proyecto en la vecindad del municipio de Ituango. Posteriormente, entre 1971 y 1974, ISA realizó una evaluación del potencial hidroeléctrico en la

misma zona. Entre 1979 y 1983, ISA ejecutó los estudios de factibilidad del Proyecto Hidroeléctrico de Ituango y posteriormente, al amparo de las Leyes 142 y 143 de 1994 (*Ley de servicios públicos y ley eléctrica*),.El IDEA, el EADE S. A. E. S. P., ISAQGEN S. A., INTEGRAL S. A., debidamente autorizadas por sus Juntas directivas, así como el Departamento de Antioquia, autorizado por la Asamblea Departamental y 58 empresas constructoras de Antioquia, socios de la ACIC, firmaron el acta de constitución de la sociedad, la cual elevaron a escritura pública No. 2309 de la Notaría 18 de Medellín el 08 de junio de 1998, y se constituyó una sociedad comercial del tipo de las anónimas y empresa de servicios públicos mixta del orden departamental denominada Promotora de la Hidroeléctrica de Pescadero Ituango S. A. E. S. P., que posteriormente, el 28 de noviembre de 2000, cambió su denominación a Hidroeléctrica Pescadero Ituango.

5.5.3. De la prueba testimonial introducida por la defensa del doctor **LUIS GUILLERMO GÓMEZ ATEHORTÚA**.

5.5.3.1. **DR. MIGUEL ÁNGEL ORTEGA CAMARGO**, traído al juicio, con miras a introducir documentos de carácter privado a través de su declaración, de profesión abogado, trabajó para el DAS por un lapso de 18 años y en este proceso surgió como investigador judicial, en la investigación que adelantan contra el doctor **LUIS GUILLERMO GÓMEZ**, realizando peticiones a diferentes entidades privadas como a Empresas Públicas de Medellín, Contraloría General de Medellín, Contraloría General de la República, Personería de Medellín y en particular a la Sociedad Hidroituango.

5.5.3.2. **DR. JUAN GONZALO ÁLVAREZ RESTREPO**, de profesión administrador de negocios, especializado en negocios internacionales y actualmente gerente financiero del Grupo AUNA Colombia y a pregunta, expresó, que trabajó para la Sociedad Hidroituango algo más de dos años, en el cargo de estructuración financiera, vinculándose a principios del año de 2009 como en el mes de febrero e inició todo un proceso de estructuración financiera del proyecto de Hidroituango y había un interés claro de poder construir el proyecto por parte de la Gobernación de Antioquia, Empresas Públicas de Medellín

5.5.2.3. DR. DOCTOR CARLOS ALBERTO ATEHORTÚA RÍOS, traído como perito, abogado, especializado en derecho administrativo y magister en gobierno municipal, con cuarenta años de docencia universitaria y los últimos 20 ó 25 años, a nivel de formación superior, especializaciones y maestrías en las áreas específicas del derecho económico, control fiscal y muy particularmente del tema de servicios públicos domiciliarios y siempre en el área de derecho administrativo o relacionadas al derecho económico, fundamentalmente el tema de servicios públicos domiciliarios y asesoró entre muchos otros, al Gobierno Nacional, en la expedición de la Ley 142 de 1994 y en la actualidad es conjuuez del Consejo de Estado, donde desde la perspectiva judicial, mirar este tipo de temas, participó en la formación de Hidroitungo con el fin de constituirse como Empresa de Servicios Públicos Mixta.

CONSIDERACIONES

Siendo el Juez el supremo garante de la legalidad, habrá de tenerse especial cuidado, no solo en punto de la constatación de la tipicidad sobre la conducta punible acusada, indicándose desde ya que incluso es uno de los asuntos que se controvierte a la fiscalía, no solamente por la bancada de la defensa, sino de los representantes del Instituto para el Desarrollo de Antioquia – IDEA - y la Gobernación de Antioquia, reconocidas como víctimas y la Procuraduría Especial para este caso; pero también los requisitos legales que se demandan para la emisión de un fallo de índole condenatorio, dispuestos en los artículos 7 y 381 del C. P. Penal.

Acorde a la pretensión punitiva del ente acusador y la controversia planteada, deberá ocuparse la judicatura en primer término, de las posiciones asumidas por los sujetos procesales e intervinientes, para luego con soporte en la valoración del acervo probatorio, hacer propias del juzgado alguna o algunas de las tesis expuestas para el caso central de discusión en la celebración del contrato BOOMT y determinar de acuerdo a su objeto y condiciones, cuál es su naturaleza y a partir de allí establecer el marco normativo al que debía ajustarse los requisitos esenciales

que debieron o no cumplirse en las distintas fases precontractuales y contractuales, específicamente, el negocio jurídico celebrado entre la sociedad Hidroituango S.A. E.S.P. y EPM Ituango S.A. E.S.P., objeto de este proceso.

Habida consideración que el panorama controversial plantea como inicial problema jurídico llamado a resolver, la tipicidad de la conducta, en tratándose de un delito atentatorio contra el bien jurídico de la Administración Pública, se dirá *prima facie*, que el primer presupuesto que atañe a la calidad de sujeto activo calificado de los procesados no ofrece reparo de naturaleza alguna, habida consideración que las partes convinieron sustraer del debate oral y público, por la vía de estipulación probatoria, al tener como un hecho cierto, la calidad de los servidores públicos de los acusados y por ende, con la competencia funcional para suscribir el contrato BOOMT.

Sin embargo, no sucede lo propio de cara a otro de los presupuestos para la estructuración del delito, cual es la de celebrar el contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales esenciales, que sí ofrece serias dificultades y que, para este evento, es una de las temáticas que ha generado una fuerte división de criterios entre el ente acusador vs demás sujetos procesales e intervinientes, que merece un especial análisis como se verá más adelante.

Insiste la señora delegada Fiscal, en sus alegatos conclusivos, tal y como lo había indicado en la teoría del caso, que frente al contrato BOOMT para la construcción y puesta en operación del proyecto de infraestructura eléctrica más ambicioso del país, que aspiraba a generar 2.400 MW, los acusados, ingenieros **LUIS GUILLERMO GÓMEZ ATEHORTÚA y LUIS JAVIER VÉLEZ DUQUE**, incumplieron los requisitos legales en el proceso de la celebración del enunciado contrato, porque se vulneraron los principios de transparencia y selección objetiva, de obligatorio cumplimiento, dada la naturaleza jurídica de las entidades contratantes, agregando en sus alegatos finales que también la inobservaron el principio de planeación, adición que fue objeto de reparo por la bancada de la defensa.

En consecuencia, el órgano de averiguación penal invoca la emisión de una sentencia condenatoria contra los acusados como autores responsables del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, a título de dolo, conforme se

formuló la acusación y en perfecta congruencia, porque en su criterio, se cumplió con la promesa de probar más allá de toda duda, que los acusados, en la suscripción del contrato BOOMT, incurrieron en el delito de celebración de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, porque actuaron con consciencia y voluntad, con violación de los requisitos legales esenciales determinantes de los principios de legalidad, transparencia, selección objetiva e imparcialidad, contenidos en el acuerdo 009 de 2010 correspondiente al manual de contratación de la Hidroeléctrica Pescadero Ituango y la Constitución Política en su artículo 209.

Que para ello se valieron de una cantidad de artificios, como la suspensión de la convocatoria pública internacional, para continuar una negociación directa paralela con uno de los socios mayoritarios, a tal punto que modificaron los manuales de contratación de Hidroituango contenida en la *Resolución 005 de 2003-*, donde EPM ESP participó activamente en la expedición del nuevo estatuto contractual – *acuerdo 009 de 2010-*, para que, bajo esa normativa, ajustarlas a las necesidades y así apoderarse del contrato BOOMT. Que no fue un azar la designación de los acusados en cada entidad pública, sino pensada, calculada y necesaria para que concurrieran a la firma del contrato en las condiciones en que se celebró; violándose de esta manera las normas constitucionales y legales del numeral 2º del artículo 5 de la ley 1150 de 2007 y el artículo 2 ibídem, pues los estatutos propios de Hidroituango, los obligaba a aplicar los principios de contratación pública, y ellos optaron por abrir un procedimiento público para la selección del contratista y, agotada su etapa de clasificación, se dio inicio a una de subasta que era obligatoria, de acuerdo con su propio ordenamiento, pero paralelamente adelantaban la idea de la contratación directa y deciden suspender la licitación pública internacional, quebrantando los acusados sin justa causa, como servidores públicos, con consciencia y voluntad, los principios de contratación.

A su turno los Representantes de las Víctimas para este caso concreto, el IDEA y la Gobernación de Antioquia, expusieron la argumentación de sus teorías. El primero de los nombrados, precisa que como víctimas no puede acompañar la pretensión punitiva esbozada por la fiscalía, al no advertir la configuración del delito que se está enrostrando a los acusados, partiendo de la discusión respecto de la viabilidad de que se puedan celebrar contratos interadministrativos entre dos empresas de servicios públicos, con capital mayoritariamente público, que es una herramienta o vehículo de trascendental importancia para el desarrollo de la

prestación de los servicios públicos en Colombia y en todos los países del mundo, que el contrato BOOMT se celebró de manera directa entre dos empresas de servicios públicos, y que la invitación pública internacional se celebró también como expresión de un régimen de derecho privado. Así, su tesis es la de acoger la idea de que dichos contratos se rigen enteramente por el derecho privado y, por ende, se entiende fácilmente, que Hidroitungo podía hacer lo que hizo, esto es, iniciar un proceso de invitación internacional y a mitad del camino evaluar la conveniencia de celebrar el contrato de manera directa como lo permite la ley.

De otro lado, arguye que asegurar que la celebración del mencionado contrato viola el régimen legal por modificación del manual de contratación interna, no es procedente, porque este no es una ley, y no lo puede ser para rellenar el tipo penal en blanco, lo que implicaría infringir el principio de legalidad de que un tipo penal en blanco sea llenado con en un manual de contratación y no con la ley. Deja claro, que una cosa es la naturaleza del contrato y otra muy distinta, es su régimen, para dejar por sentado que este contrato es de naturaleza estatal con un régimen especial como hay varios en Colombia.

A su turno, el representante de la Gobernación de Antioquia, enfatiza que el querer de la entidad que representa en calidad de víctima, es que haya verdad y justicia y espera de la valoración del amplio caudal probatorio, un pronunciamiento ajustado a derecho con la valoración de la prueba a través de la sana crítica. Estima que no se ha precisado en concreto cuáles fueron esos requisitos de la esencia del contrato y cuál es la disposición normativa que los consagra y que es violada por los procesados; prepuesto que de acuerdo con la reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, se requiere para que se configure el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, pues este no puede ser imputado a partir de alusiones generales y abstractas del eventual desconocimiento de los principios de la contratación estatal; amén de precisar que las sociedades Hidroitungo SA ESP y EMP SA ESP, son empresas de servicio público cuyo régimen contractual es el previsto en la ley 142 y 143 de 1994, reguladas por el derecho privado, que además se trata de sociedades cuya naturaleza jurídica es distinta a las sociedades industriales y comerciales del estado.

Respecto del acuerdo 009 del 24 de noviembre, mediante el cual la Junta Directiva expide el manual de contratación, dice que se convierte en la carta de navegación

de la empresa con los actos y contratos a desarrollar, es decir, que es el que da los lineamientos para el ejercicio de sus actividades comerciales, rigiéndose por el derecho privado. Que los procesados actuaron bajo el principio de la confianza legítima, principio sobre el cual cita varias líneas jurisprudenciales, concluyendo la ausencia de tipicidad y dolo en este evento, lo que permite inferir que la conducta de los aquí procesados sería atípica.

Mientras tanto, la Procuraduría luego de una amplia exposición, fincó su posición soportándose en el marco normativo que gobiernan el tema de la contratación directa que comprende a las empresas que representan los acusados, concluyendo que no se cumplen los requisitos del delito enrostrado por la fiscalía, tipificado en el artículo 410 del C. Penal bajo las siguientes reflexiones:

(i) la HIDROELÉCTRICA ITUANGO E.S.P. no realizó una oferta pública propiamente dicha, sino una invitación a precalificar, para conocer la capacidad técnica, financiera y de experiencia de quien pudiera desarrollar el proyecto, tan es así, que no hubo demanda por parte de los precalificados a quienes se les devolvió el aporte hecho para el acceso al cuarto de datos donde se encontraba toda la información del proyecto, (ii) que con base en lo consagrado en los artículos 863 y 871 del Código de Comercio, de los hechos y de la normatividad aplicable al caso, se desprende que el actuar desplegado por los acusados no constituyó un incumplimiento del deber de lealtad y de buena fe precontractual, (iii) que la hipótesis de la fiscalía, consistente en catalogar la invitación pública internacional a calificar que hizo HIDROITUANGO S.A. E.S.P., como etapa de subasta, olvida que estos actos se rigen por el derecho privado, código de comercio, (iv) que la fiscalía ha considerado el contrato BOOMT, como un contrato externo de naturaleza pública, cuando lo que se hizo a través de éste, fue la delegación del proyecto en uno de los socios mayoritarios de Hidroituango, facultado para hacerlo a través de sus estatutos y EPM S.A. E.S.P., (v) que EPM S.A. E.S.P. reunía los requisitos para participar en un proceso de contratación como oferente, como efectivamente participó y fue precalificado en la subasta pública porque tenía la capacidad jurídica, financiera, organizacional y su experiencia; (vi) que la finalidad de los requisitos habilitantes, es la de establecer unas condiciones mínimas para los proponentes, de tal manera que la entidad estatal sólo evalúe las ofertas de aquellos que estén en condiciones de cumplir con el objeto del proceso de contratación, dejando claro que los requisitos habilitantes siempre se refieren a las condiciones de un oferente,

pero nunca de la oferta, (vii) que la fiscalía no enunció vicios del consentimiento respecto a los principios de la función pública, que vinculan a los contratos de la naturaleza acá investigados y, (viii) que la Resolución 009 de 2010, que contiene su estatuto contractual, en el numeral 10° del artículo 13, previó que los contratos de la empresa celebrados con entidades estatales, se someten al procedimiento de contratación directa, o de selección con la petición de una sola oferta.

En consecuencia, de conformidad con el artículo 410 del Código Penal, en tratándose de una empresa de servicios públicos domiciliarios, ha de entenderse como requisitos esenciales en la celebración de contrato, los contenidos en el artículo 1.261 del Código Civil, esto es, capacidad jurídica, ausencia de vicios del consentimiento, licitud en el objeto y su naturaleza mixta, que se enmarcan en un régimen especial del derecho privado combinado con principios de la función administrativa y de la gestión fiscal, y el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, que es de naturaleza pública; y como en desarrollo de sus competencias estatutarias, cuenta con la Resolución 009 de 2010, puede realizar contratación directa, o de selección con la petición de una sola oferta.

En ese orden de ideas, considera que no se pretermitieron los principios esenciales en la celebración del precitado contrato, fueron acatados los presupuestos que demanda el acto, de cara al régimen que lo contiene, así como los principios de la función pública contenidos en el artículo 209 de la constitución.

Por último, la bancada de la defensa invocó para sus asistidos absolución de toda responsabilidad penal a sus prohijados, frente al delito acusado de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, por la suscripción del contrato BOOMT realizado en representación de la sociedad Hidroituango S.A E.S.P. con la sociedad EPM Ituango S.A E.S.P. filial de la matriz, E.P.M., con soporte en los siguientes razonamientos:

Inició la intervención el doctor Santiago Sierra Angulo, apoderado del doctor **LUIS GUILLERMO GÓMEZ ATEHORTÚA**, refiriendo que dicho contrato se realizó respetando los principios de transparencia y selección objetiva en cada uno de los elementos que integran la legalidad del contrato. Para ello, se apoyó en la lectura y explicación de varias actas de Juntas de Directivas de Hidroituango, recursos testimoniales, e informes o certificaciones expedidas por órganos de control como

la Contraloría General de Medellín, la Personería municipal de esta misma capital y la Superintendencia de Sociedades quienes se pronunciaron sobre el aval del contrato BOOMT.

Rebatió cada una de las argumentaciones de la fiscalía, doliéndose porque en su sentir, dicho órgano de persecución penal, hizo una lectura sesgada a varios documentos que podrían llevar al Juzgado a un error. Es claro para el doctor Santiago, que la sociedad Hidroituango S.A. E.S.P la rige el derecho privado, que le permite contratar como lo hizo con el contrato BOOMT, realizado con total transparencia y en beneficio del interés general, no solo para Medellín, sino para todo el país por ser un proyecto de gran magnitud que beneficiaría a todos los colombianos.

En su extensa intervención, se soporta en la prueba documental y testimonial, para refutar los argumentos de responsabilidad esbozados por la fiscalía, concluyendo que el doctor **LUIS GUILLERMO GÓMEZ ATEHORTÚA**, como representante legal de la sociedad Hidroituango S.A E.S.P., determinó su comportamiento de conformidad con el mandato normativo básico que es el estatuto de contratación de Hidroituango, regulado por el derecho privado, a través de un convenio interadministrativo para la realización de la Central Hidroeléctrica Pescadero Ituango, lo que no podía determinar, impedir ni entrometerse a la libre autodeterminación de accionistas de Hidroituango que convinieron en su libre albedrío, conforme al derecho privado desarrollar la central Hidroeléctrica Pescadero Ituango.

Además, dice, que ese acuerdo estuvo asistido por bancas de inversión y un bufete de abogados, transparente, consultado, y aunque muy controvertido al interior de varias sesiones de trabajo como dan cuentas las actas, era un convenio general que implicaba materializarlo, y de la mejor forma, en beneficio la comunidad, a través de sus empresas públicas – EPM- con suficiencia y amplia experiencia en la creación de hidroeléctricas –*menciona varias*– y que tenía todos los calificativos y medios para su realización en beneficio del país.

Repara que la fiscalía haya creado la acusación un marco jurídico contradictorio, que no le permitió identificar de entrada el régimen de contratación viable a aplicar que resultaba ser absolutamente necesario cuando se trata como en este caso, de

un delito penal en blanco, que impone necesariamente acudir a una norma extrapenal para complementar ese supuesto de hecho y entender cuál es la conducta prohibida que criminaliza la falta de observancia en los regímenes propios de la contratación pública, cosa que no hizo el despacho fiscal, limitándose solo a enrostrar subjetiva, deliberada y caprichosamente a su representado la responsabilidad penal con la suscripción del contrato BOOMT. Su petición de absolución la acompaña con la exposición de varias teorías que confluyen a marginar a su prohijado de la violación de los principios de contratación pública y que, por ende, debe ser absuelto en este asunto.

Por su parte, el doctor JORGE ANÍBAL GÓMEZ, defensor del procesado **LUIS JAVIER VÉLEZ DUQUE**, asegura que su defendido, no cometió el delito de contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales previsto en el artículo 410 del Código Penal, toda vez que la fiscalía no pudo acreditar en lo más mínimo el estándar de conocimiento que para condenar exige el artículo 381 del C. P. Penal, y, por el contrario, la defensa sí pudo desvirtuar por completo la hipótesis delictiva. En el ejercicio del derecho de contradicción rebatió una a una las pruebas y conclusiones de su contraparte, así:

Frente a los cargos por los que se le acusó a su asistido, huelga decir, el haber omitido el proceso de licitación u oferta pública para adjudicarlo, de suspender la subasta pública y haberse suscrito de manera directa con una entidad pública, planteó en primer término, la tesis de inexistencia del delito acusado por ausencia del tipo objetivo como subjetivo, bajo las siguientes consideraciones:

- 1) El régimen legal aplicable a las empresas Hidroituango S.A E.S.P. y E.P.M Ituango S.A E.S.P.
- 2) El contrato BOOMT es el producto de un acuerdo interadministrativo entre el IDEA y E.P.M.
- 3) En la celebración de dicho contrato no se violaron los principios de transparencia ni objetividad y,
- 4) No se tienen los requisitos para que se dé el tipo penal acusado, esto es, su tipicidad.

Lo último, porque para la defensa, el contrato BOOMT no estaba sujeto a los procedimientos de la ley 80 de 1993 ni a las normas de la ley 1150 de 2007, porque las empresas que suscribieron el contrato tenían un régimen especial gobernado

por la contratación privada, lo que no implicaba una licitación, subasta u oferta pública.

Pero que, igualmente, a pesar de admitir en su intervención final la fiscalía, que sendas entidades públicas Hidroituango S.A E.S.P. y EPM Ituango SA ESP, están sometidas al régimen privado, pretendió mutar la naturaleza del BOOMT por un contrato de colaboración empresarial, para decir que de todos modos se violaron los principios de selección objetiva y transparencia, lo que pone en evidencia la violación del principio de congruencia del artículo 448 del C. P. Penal.

Agotada la práctica probatoria en la vista pública, y con esta claridad frente a las posiciones de las partes, que se hace en un apretado análisis solo con la finalidad de ir señalando el norte de esta decisión, puesto que sus intervenciones en extenso aparecen en otros acápites de este fallo, seguidamente se ocupará el Despacho de analizar el acervo probatorio a efectos de concluir si dentro de la actuación se hallan satisfechos los requisitos reclamados por el legislador en el los cánones 7 y 381 de la Ley 906 de 2004, para proferir un fallo condenatorio, es decir, el conocimiento más allá de toda duda respecto del delito y de la responsabilidad penal de los acusados, doctores **LUIS GUILLERMO GÓMEZ ATEHORTÚA y LUIS JAVIER VÉLEZ DUQUE**, o si por el contrario, deberá absolvérseles, según el clamor de todas partes e intervinientes que entregaron sus alegatos de cierre, a excepción, naturalmente de la Fiscalía. Veamos:

Sea lo primero destacar que a través de las estipulaciones probatorias se tienen por probado (i) La plena identidad de los procesados **LUIS GUILLERMO GÓMEZ ATEHORTÚA y LUIS JAVIER VÉLEZ DUQUE** (ii) que los anteriores, actuaban como gerentes generales de Hidroituango S.A E.S.P. y E.P.M. Ituango S.A. E.S.P cuando se celebró el contrato y (iii) la calidad de gerente de HIDROITUANGO S.A.S. E.S.P. del Dr. **LUÍS GUILLERMO GÓMEZ ATEHORTUA** y del gerente de E.P.M E.S.P. del Dr. **LUIS JAVIER VÉLEZ LÓPEZ**.

Ahora bien, en cuanto a la tipicidad de la conducta, *prima facie*, y sobre este aspecto puntual, se impone para el juzgado hacer eco de las reflexiones expuestas en los alegatos conclusivos por los sujetos procesales, bajo el supuesto que el delito en estudio, conducta atentatoria del bien jurídico de la administración pública, busca preservar los principios de la función pública - artículo 209 superior – y por tanto,

debe ajustarse a los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, todo ello encaminado a cumplir los bienes del Estado de servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes constitucionales.

La doctrina y jurisprudencia, han denominado el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, como un tipo penal en blanco, por lo que, la delimitación del ámbito de aplicación de la norma, así como la definición de los respectivos ingredientes normativos de la descripción típica han de precisarse a la luz de la normatividad aplicable a la contratación estatal. Ello comporta en consonancia con los principios constitucionales que rigen la función administrativa – artículo 209 inc.1o de la Constitución Política – su integración por vía de remisión normativa con el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública de la ley 80 de 1993, y demás normas especiales que lo complementan; preceptos normativos extraídos de leyes, decretos y reglamentaciones o actos administrativos preexistentes a la realización de la conducta y que resulten suficientes para determinar, de manera inequívoca los aspectos faltos de definición en la descripción típica (SP 14.04.2014. Rad. 39.852)

Lo anterior implica, que no cualquier inobservancia o falta de verificación en el cumplimiento de las formalidades de ley aplicables a la actividad contractual, comprende la realización del tipo objetivo del delito, puesto que el menoscabo de la legalidad en cualquiera de las fases de tramitación, celebración, ejecución o liquidación del contrato ha de recaer sobre aspectos sustanciales.

Razón por la que, para conocer cuáles son esos requisitos que pertenecen a la esencia del contrato estatal, se impone acudir normas extrapenales a fin de completar su supuesto fáctico. Al respecto, generalmente se acude a tres criterios que se complementan entre sí, extraídos de la teoría general del negocio jurídico, como de los principios que gobiernan la actividad de la contratación estatal. El primero de ellos sea fundamenta en los artículos 1501 y 1741 del Código Civil, según el primer precepto, son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno o degenera en otro contrato diferente; son de su naturaleza las que, no siendo esenciales de él, se entienden pertenecientes sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen y que se le agregan por medio de cláusulas especiales.

Por su parte, la segunda regla citada, en su inc. 1º. señala que la nulidad absoluta de un contrato deriva de un objeto o causa ilícita o la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos contratos, en consideración a su naturaleza...”

El segundo criterio, lo encontramos en las causales de nulidad absoluta del contrato estatal, dispuestas en el artículo 44 de la ley 80 de 1993, según el cual, será esencial la formalidad cuyo incumplimiento comporta ineficacia absoluta del contrato cuando, entre otras razones, este se celebre: i) con personas incursas en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la constitución y en la ley; ii) contra expresa prohibición constitucional o legal y iii) con abuso o desviación de poder.

De tal suerte que, no toda infracción de un requisito de legalidad, por vía de acción u omisión, constituye el desconocimiento de los requisitos esenciales de un contrato, lo que implica que para la identificación de estos, el operador jurídico debe atender a los dos aspectos indicados en precedencia, huelga iterar, de una parte acudir a la teoría general del negocio jurídico para aplicar los criterios que determinan la ineficacia, la inexistencia y la nulidad del acto, amén de que con estos se sanciona la pretermisión de una exigencia trascendental dispuesta por el legislador para el respectivo negocio y de otra parte, complementario al anterior, aplicar en la tramitación, celebración, ejecución o liquidación del contrato, según la fase cuestionada, los postulados vinculantes de la contratación estatal.

Los criterios de nulidad de la ley 80 de 1993, consagra sus propias causales, y el artículo 44.2 consagra como causa de invalidación absoluta, celebrar contratos contra expresa prohibición constitucional y legal, norma de capital importancia porque además de remitir a las exigencias constitucionales inherentes a la contratación administrativa que no pueden ser obviadas por el servidor público, se armoniza con lo normado en su homólogo 24.8 ibídem, en el que se prohíbe a las autoridades responsables de la contratación obrar con desviación o abuso del poder y eludir los procedimientos de selección objetiva y demás requisitos previstos en dicho estatuto de contratación.

El tercer criterio, es que un requisito contractual puede considerarse como esencial, a partir de la valoración sobre el impacto que su incumplimiento pueda tener en la materialización los principios que orientan la actividad de la contratación estatal, ya

que estas integran materialmente el tipo penal de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, pues estos constituyen límites del ejercicio funcional del servidor público en dicha materia de contratación, de ahí que la violación de los requisitos legales esenciales del contrato, tiene que examinarse con remisión a aquellos, puesto que la contratación como actividad reglada, debe adelantarse ajustada a esos postulados, según se desprende de los artículos 23 al 26 y 29 de la ley 80 de 1993.

Con tal claridad respecto al marco normativo expuesto en precedencia para complementar el tipo penal en comento, se tiene que la Fiscalía en principio, acudió a las normas consagradas en el Estatuto General de la Contratación Pública desde la Ley 80 de 1993, en la ley 1150 de 2007 y demás normas que la desarrollan consagrados en el régimen especial de contratación estatal como las Leyes 142 y 143 de 1994 y el Estatuto de contratación de Hidroituango, con el fin de establecer el alcance del elemento normativo de los requisitos legales esenciales, lo que para esta decisión, resulta de suma importancia, porque el problema jurídico que plantean las partes frente a la comisión del presunto delito de la Celebración de Contrato sin cumplimiento de requisitos legales – artículo 410 del C. Penal - refiere precisamente a la interpretación de las normas que gobiernan esta especie de contratos para derivar la estricta tipicidad de la conducta punible, como requisito *sine qua non* para estructurar dicho delito, siendo precisamente uno de los asuntos problemáticos llamado a resolver, que no es otro distinto de determinar si podía celebrarse este contrato de manera directa entre Hidroituango S.A. E.S.P. y E.P.M S.A. E.S.P. como en efecto se hizo, o, por el contrario, debía realizarse a través de la licitación pública como lo indica la Fiscalía. En todo caso, es este uno de los puntos álgidos del panorama controversial siendo la hipótesis sobre la que estructuró el ente acusador su teoría del caso.

Y, un punto central de la discusión, más allá de la denominación dada formalmente por las partes a ese contrato, sería el de determinar de acuerdo a su objeto y condiciones, cuál es su naturaleza y a partir de allí establecer el marco normativo al que debía sujetarse.

Resulta bastante ilustrativa al respecto, la evidencia documental que se introdujo, relativa a la constitución de ambas empresas, consistente en el aporte del acta de constitución de la Sociedad Promotora de la Hidroeléctrica Pescadero S.A.,

“constituida mediante escritura pública No. 2.309 del 8 de junio de 1998, donde el Objeto General de la Sociedad es “el diseño, construcción y explotación, a nivel nacional y o internacional de la Central Hidroeléctrica Pescadero Ituango, para el desarrollo del mismo, se cumplirán las siguientes etapas:

1ª etapa: *actuar como promotora del proyecto y actualizar los estudios realizados por ISAGEN en la década de los ochenta, realizar estudios complementarios de ingeniería, turísticos, recreativos y especialmente ambientales para determinar la factibilidad final del proyecto, celebrar aquellos contratos y acuerdos pertinentes al respecto y en general, para adelantar la elaboración de documentos y obtención de permisos, licencias y aprobaciones que se requieran para permitir que el proyecto pueda proseguir a la segunda etapa.*

Firmar un convenio con el Departamento de Antioquia para la participación del ente territorial, en un porcentaje a definir en el convenio, de las ventas brutas de la energía generada, según lo establecido en la ordenanza número 31 del 29 de diciembre de 1997, expedida por la Asamblea Departamental de Antioquia, y en el acta de intención de constitución de la presente sociedad del 31 de diciembre de 1997.

Al culminar esta primera etapa, la sociedad primigenia creará una nueva sociedad paralela de carácter oficial, cuyo objeto sería el desarrollo ambiental, turístico y recreativo de la zona de influencia del embalse.

2ª etapa: *actuar como promotora del proyecto y llevar a cabo la ingeniería complementaria, adelantar los trámites legales, administrativos de licencia y permisos para construcción, y los trámites respectivos, para obtener el cierre financiero requerido para la construcción del proyecto.*

3ª. Etapa: *Efectuar la construcción del proyecto, su operación y mantenimiento y la comercialización de la energía generada”.*

Es decir, su objeto es el diseño, construcción y explotación, a nivel nacional y o internacional de la Central Hidroeléctrica Pescadero Ituango, para el desarrollo del mismo para cumplirse en tres etapas que advierten un propósito específico cual es el de culminar con la construcción del proyecto, su operación y mantenimiento y la

comercialización de la energía generada.

Como complemento a lo ya indicado respecto de este preciso tópico, también se sabe que el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales se estructura cuando el servidor público desatiende los condicionamientos atinentes a un contrato, específicamente, en tres eventos: i) cuando lo tramita sin cumplir los requisitos de esa fase contractual, ii) cuando lo celebra sin observar los presupuestos necesarios para su perfección o **sin verificar el cumplimiento de los requisitos inherentes a la fase precontractual** y, iii) cuando liquida el contrato sin sujetarse a las exigencias requeridas para el efecto. Énfasis de adrede del juzgado, para destacar que el evento in análisis sería el segundo de los presupuestos, en tanto que, el ente acusador ha sostenido desde la acusación, en la teoría del caso y en los alegatos de cierre, que no se verificó el cumplimiento de los requisitos legales esenciales, en punto de que debió celebrarse bajo la figura de la licitación pública u oferta pública y no mediante contratación directa.

En términos generales, se tiene que el objeto material del tipo penal lo constituye el contrato, en las etapas de **tramitación, celebración y liquidación** del mismo, debiéndose precisar desde ya que se excluye cualquier requisito que afecte su ejecución, como lo sería para el caso concreto de la Hidroeléctrica de Hidroituango, todas aquellas contingencias presentadas en la ejecución del contrato que han inviabilizado el cumplimiento de los plazos estipulados y que han generado cualquier cantidad de demandas e investigaciones, pues se tenía un plazo fijado para su inicio de generación de energía eléctrica el mes de noviembre de 2018.

Por vía de la remisión normativa, los artículos 1º y 32 de la Ley 80 de 1993 refieren al mismo, y el último de los citados define el contrato estatal 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 del ejercicio de la autonomía de la voluntad (...)*”, lo que obviamente comprende los contratos celebrados bajo el plexo del derecho privado definido en el artículo 1495 del C. Civil, y que lo define como un acto por el cual una de las partes se obliga para con otra que no contrae obligación alguna; y bilateral, cuando las partes se obligan recíprocamente, diferenciándose de la contratación estatal en que en ésta intervienen entidades de naturaleza pública, es decir, que la

contratación estatal se define por la naturaleza de las personas que intervienen en el negocio jurídico.

Sin embargo, todo parece indicar que las controversias que suscitan este especie de delitos llamados tipos en blanco, obedece a que nuestro contexto jurídico, no tiene definida ni contiene una lista taxativa de los requisitos que le son esenciales al contrato desde el punto de vista de la contratación estatal, siendo ello una labor legislativa difícil por la esencia misma del delito, siendo del caso, por regla general acudir a las normas que dicen relación con *la naturaleza del negocio jurídico* para llenar de contenido del tipo penal, que en tratándose de una contratación para la construcción de una empresa de servicios públicos, no son otras que las leyes 142 de 1994 “*Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones*” y 143 del mismo año “*Por la cual se establece el régimen para la generación, interconexión, trasmisión, distribución y comercialización de electricidad en el territorio nacional*” y en especial los principios de la función administrativa contenidos en el artículo 209 de la C. Política y que por lo mismo los cobija un régimen especial.

Y, de cara a esta precisa temática, a pesar de que la señora Fiscal, desde su teoría del caso, prometió que se ocuparía demostrar que Hidroituango S.A E.S.P. y E.P.M Ituango S.A. E.SP. son empresas de servicios públicas mixtas descentralizadas por servicios, pertenecientes a la Rama ejecutiva del Poder Público, que sus representantes legales y directivos administran recursos públicos, y que en esas condiciones, los ingenieros **LUIS GUILLERMO VÉLEZ ATEHORTÚA y LUIS JAVIER VÉLEZ DUQUE**, en calidad de representantes legales de las enunciadas empresas, para la suscripción del contrato BOOMT surtieron el proceso de selección a través de una invitación pública internacional y paralelamente una negociación directa; todo ello, enfatiza, gracias a la posición privilegiada de E.P.M, como socio mayorista de Hidroituango S.A. E.S.P., asesor e interventor. No obstante, dicha teoría, de estructurar su acusación en la violación a los principios de transparencia y selección objetiva, precisamente por realizarse el contrato BOOMT de manera directa, cuando debió continuar y finiquitar el proceso de la subasta pública. Con todo y eso, en su última intervención, en el derecho de controversia en los alegatos de cierre, admitió la señora Delegada Fiscal que sí les era viable dicho modo de contratación directa.

Luego, entonces, en tales condiciones, a este fallador no le queda más que acoger no solamente las reflexiones valorativas que sobre el tema expuso la bancada de la defensa, sino también las intervenciones de los señores representantes de las víctimas del IDEA y Gobernación de Antioquia, así como del Ministerio Público, quienes al unísono asumieron una misma línea de pensamiento censurando la tesis de la Fiscalía para invocar absolución en este caso, bajo la hipótesis de la atipicidad de la conducta punible acusada. Todos, con soporte en premisas normativas y jurisprudenciales referidas a esta temática, convinieron en que definitivamente, por Ministerio de la misma ley, les era permitido a las empresas Hidroituango S.A. E.S.P. y E.P.M Ituango S.A. E.S.P., celebrar el contrato BOOMT de manera directa.

Apreciación del juzgado que encuentra pleno asidero en la circunstancia de que, en el ejercicio del derecho de controversia, la señora representante de la Fiscalía reafirmó que no hay ninguna discusión en torno a la facultad que tenían estas sociedades de contratar de manera directa por su calidad de entidades públicas, por su autorización legal para realizar convenios interadministrativos; admisión del ente fiscal, que para el doctor Santiago Sierra, defensor del ingeniero **LUIS GUILLERMO GÓMEZ ATEHORTÚA**, significó una reducción cognitiva de la Litis, según sus propias palabras, y ello porque - *“puesto que si estas sociedades tenían la facultad para contratar de manera directa, si ese convenio interadministrativo es conforme a la ley, la discusión queda relegada a una trivialidad, como es que se alcanzaron a colgar en la página web unos prepliegos y que, en consecuencia, ya a partir de ese momento, había formalmente una contratación paralela”*.

Y, siendo eso así, como lo plantea la defensa, resulta ser un desacierto de la Fiscalía sostener desde la acusación como un hecho jurídicamente relevante, y por demás determinante para estructurar su pretensión punitiva, esto es, que el contrato BOOMT no debió ser celebrado a través de la contratación directa, sino por subasta pública - *que para este juzgado, salvo mejor consideración, se avizoraba desde aquel acto procesal, como en el problema jurídico principal llamado a resolver* -, para que, una vez acreditado como fue en el juicio oral, que el régimen que gobierna dicha actividad contractual es el derecho privado, lo admitiera así la titular de la acción penal, para infortunio de la pretensión punitiva. Tal circunstancia trasciende a que, este asunto en principio problemático, se convierta en una *pseudo controversia*, lo que, de suyo, deja sin sustento la acusación y releva al juzgado de proseguir con el análisis sobre dicha temática. Con todo, insiste la señora Fiscal

que, de todos modos, se incumplieron los principios de selección objetiva y transparencia, que precisamente los hace consistir en no haber acudido para la suscripción del contrato BOOMT a la oferta o subasta pública.

Entonces, acogiendo lo planteado de la bancada de la defensa, solo queda parar mientes en lo que concierne a los principios de **transparencia y selección objetiva en la actividad** de la contratación estatal que, a no dudarlo, ciertamente irradian toda la materia de que tratan en la ley o código donde estén consagrados, de ahí que se les califique como rectores y se les tenga como criterios de interpretación, por lo que para efectos de la tipicidad en el ilícito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, se impone su análisis en cada caso concreto, conforme a los aspectos fáctico, probatorios y jurídicos para determinar si fueron estos o no infringidos. Los analizamos seguidamente frente al presente caso:

Respecto del principio de *transparencia*, se le entiende como la claridad, diafanidad, nitidez, pureza y traslucidez. En otros términos, significa que algo debe ser visible, lo opuesto a lo turbio u oscuro. De tal suerte, que la actuación administrativa, especialmente la relación contractual, debe ser clara, ajusta a un conjunto de reglas y estándares de comportamientos. Este principio de concreta legalmente en varios aspectos, tal como surge del artículo 24 de la ley 80 de 1993, donde al respecto se dispone: i) la escogencia del contratista se debe siempre a través de procesos de selección públicos, salvo los casos previstos en el numeral 1º de esta norma, cuyas reglas sean precisas, objetivas, justas, claras y completas, que permitan a los proponentes entregar ofertas idóneas; ii) se garantiza la publicidad y contradicción de los informes, conceptos y decisiones que se rindan o adopten en el proceso de contratación; iii) se puede, así mismo, obtener copia, con las limitaciones legales de las actuaciones y propuestas recibidas; iv) las entidades estatales deben realizar audiencias públicas en donde los proponentes puedan expresar sus objeciones, formular preguntas y presentar aclaraciones; v) señalan las reglas del trámite precontractual y la adjudicación del contrato; vi) se actúa sin desviación o abuso de poder, sin elusión de los procedimientos de selección objetiva y demás requisitos previstos en el estatuto, garantizando que la contratación responda a criterios de igualdad y objetividad.

Bajo ese amplio espectro de aspectos que concretan dicho postulado, se trata sin duda de combatir la corrupción en la contratación estatal, y que en términos

generales desarrolla también los principios constitucionales de igualdad, moralidad, eficiencia, imparcialidad y publicidad, todos aplicables a la función administrativa, contenidos en el artículo 209 de la Constitución Política.

Por su parte, el principio de selección objetiva, plantea como deber, la escogencia del ofrecimiento más conveniente para la entidad y los objetivos que con ellos se busca en el contrato estatal. Este principio permite consideraciones de beneficio a intereses personales como los de afinidad, familiaridad o cualquier otra clase de subjetividad con los que los oferentes quieran beneficiar a un particular. La selección objetiva también refiere a que se en cuenta valores como el cumplimiento, la experiencia del contratista, su disponibilidad tecnológica, su organización en el desarrollo del proceso, su racionalidad en los precios y el cumplimiento en los plazos estipulados por los cuales resulta ser más ventajoso para la entidad, es decir, la favorabilidad sobre un contratista está dirigida al cumplimiento de los requisitos exigidos legalmente y no a factores de beneficio particular.

Se advierte apenas obvio, que los enunciados principios para su valoración deben entrelazarse con el elemento subjetivo del delito, esto es, el dolo, por cuanto el tipo penal acusado, admite exclusivamente la modalidad dolosa, que desde la dogmática penal se entiende como el componente cognoscitivo y volitivo del delito, lo que implica para la Fiscalía la carga de probar que los ingenieros **LUIS GUILLERMO GÓMEZ ATEHORTÚA** y **LUIS JAVIER VÉLEZ DUQUE**, con la suscripción del contrato BOOMT, conocían que estaban infringiendo la ley penal, concretamente, que se hallaban incurso en la comisión del delito de celebración de contrato sin cumplimiento de requisitos legales del artículo 410 del C. Penal, y que además, quisieron obrar de tal manera, sin que les acompañara causal alguna de ausencia de responsabilidad penal, puesto que lo que importa para el derecho penal es que quien actúa dolosamente debe saber que su acción u omisión, es objetivamente típica y quiere su ejecución.

En torno a establecer si se estuvo o no presente este elemento estructurante del tipo, en la conducta endilgada a los doctores **LUIS GUILLERMO GÓMEZ ATEHORTÚA** y **LUIS JAVIER VÉLEZ DUQUE**, lo primero es, resaltar como lo hizo la señora representante de la Fiscalía que, en esta especie de procesos penales, la prueba llamada a valorar es esencialmente de índole documental. Y, de una lectura reposada y cuidadosa de todas las actas de reuniones de las Juntas Directivas del

IDEA, EPM. Hidroituango, de la asamblea de accionistas, sobre los que se fincó la acusación y solicitud de condena, aunada a la evidencia de carácter documental y testimonial practicada en el juicio, debe decirse desde ya, que contrario a lo razonado por el ente acusador, en absoluto, nada irregular que tenga ribetes de fraude, trampa, mentiras, timo, estafa, engaño, con la sinonimia que quiera emplearse para el dolo, se percibe en el aspecto comportamental de sendos ingenieros. Afirmación que bien puede encontrar total corroboración en la siguiente valoración probatoria, extractada de las enunciadas actas de reuniones:

Repárese que, desde los albores del proyecto, a través de muchas reuniones entre las empresas interesadas - EPM, IDEA, EADE, Gobernación de Antioquia, se tenía la tendencia de que fuera directamente Empresas Públicas de Medellín que desarrollara el proyecto acorde al interés mostrado por dicha empresa, que supeditaba su propuesta a que el valor del desarrollo del proyecto y el monto de la prima, debía estar precedida de la valoración de una banca de inversión, resultando de ello que EPM desarrollara el proyecto y se continuaría con el proceso de subasta en el cual participaría EPM (Véase el acta 1518 de la Junta Directiva del 4 de mayo de 2010). Lo que denota que no fue en el último momento, a la hora nona, a EPM se le adjudicó el contrato incumpliendo los principios de transparencia y objetividad.

Como se ha indicado, el dolo no parece extractarse de las múltiples actas de las reuniones de la Junta Directiva de Hidroituango, respecto del doctor Luis Guillermo Gómez, cuando del anexo No. 02 del acta 1520 del 6 de julio de 2010, que comprende el acuerdo de voluntades entre EPM e Hidroituango, donde es la misma Fiscalía que destaca lo atinente a los “*objetivos*”, y en ellos se definen los principios de la contratación directa, los términos generales de un eventual negocio, la metodología del trabajo a seguir y el cronograma de implementación del acuerdo, Que Hidroituango, no afectará, limitará, restringirá o condicionará la participación de EPM en el eventual proceso de subasta por el hecho de haber participado en el presente proceso de *negociación directa*, que Inverlink S.A. reconoce darle un rango de TIR (Tasa Interna de Retorno) esperada de EPM como inversionista del proyecto en términos del costo del patrimonio. Esta acta aparece firmada por el ingeniero Guillermo Gómez, Federico Restrepo Posada – Gerente de EPM, el Presidente de la República, el Gobernador de Antioquia, el Alcalde de Medellín y el Gerente del IDEA. Es decir, todas las autoridades y entidades más representativas e interesadas en que este proyecto saliera adelante.

Y, más adelante, en el acta No. 1525 de noviembre 2 de 2010, se informa que, en la asamblea extraordinaria de accionistas del 27 de octubre de 2010, se aprobó la escisión de la sociedad Hidroituango con el fin de que la beneficiaria EPM Ituango, celebrara con EPM un contrato BOOMT, y en la misma asamblea se aprobaron los estatutos de la nueva sociedad y se eligieron los integrantes de la Junta Directiva de manera temporal.

En el acta 1530 del 1 de marzo de 2021, el Gerente de EPM, doctor Federico Restrepo Ochoa, dio cuenta del trámite de no objeción de la Superintendencia de Comercio – SIC -, con lo que se viabilizaría la firma del contrato BOOMT, así como el análisis del posible desarrollo del proyecto en zona franca.

De otro lado, se dio cuenta en el acta 1532 del 28 y 29 de mayo de 2011, la autorización de la construcción y firma por parte de EPM de una garantía solidaria “*garantía de casa matriz*”, como condición para la financiación del contrato BOOMT, para respaldar las obligaciones asumidas en la ejecución del contrato.

En el acta 1533 del 5 de abril de 2011 donde se informa sobre la firma del contrato BOOMT entre Hidroituango S.A. E.S.P. y E.P.M Ituango S.A E.S.P. el 30 de mayo de 2011.

Destaca el Juzgado, como incluso, en la Junta Directiva del 004 del 18 de marzo de 2019, respecto del tema de la subasta , se dejó constancia sobre la preocupación frente al manejo que al interior de la sociedad Hidroituango, le daban algunos de sus funcionarios, considerando que se venía diluyendo el interés de algunos inversionistas extranjeros que habían manifestado su intención de participar en ella, teniéndose como aspecto relevante el tema regulatorio del país que desestimulaba su participación.

En el acta de la Junta Directiva No. 003 del 23 de marzo de 2010, se da cuenta de unas comunicaciones del BNP Paribas y Prieto Carrizosa, asesores de la Sociedad Hidroituango, relacionadas con su inconformidad y desaprobación sobre los pliegos aprobados por la Hidroeléctrica y el Secretario del IDEA refiere a un distanciamiento entre el grupo jurídico de la sociedad y la firma de abogados BNP Paribas y Prieto y Carrizosa. Entonces la Junta Directiva le impartió instrucciones al doctor Luis

Guillermo Gómez, como gerente encargado de la sociedad, de zanjar las discrepancias y cumplir con la publicación de los prepliegos el 218 de marzo de 2010, precisándose que estos son documentos técnicos, **no definitivos** y permitían a los inversionistas presentar sus observaciones y sugerencias.

Ahora, respecto de **la suspensión** del contrato de subasta, se lee en el acta No 006 del 17 de junio de 2010 del IDEA, se permitió la posibilidad de explorar alternativas al proceso de subasta, en sesión del 9 de junio de 2010, la Junta Directiva de Hidroituango, decidió por unanimidad suspender dicho proceso (Prueba No. 46 de la Fiscalía).

En cuanto al régimen jurídico aplicable para el caso del contrato BOOMT, dijo el doctor Alejandro Mora que debía verificarse el mismo por el tipo de sociedad que era la hidroeléctrica, en tanto que el abogado Wilson Vélez, adujo que en la sociedad existía el Estatuto de Contratación que se debía aplicar para el caso.

En el acta de la Junta Directiva No. 97 del 29 de abril de 2009, en la Sala del IDEA, después de una discusión sobre el tema, se aprueba el nuevo estatuto de Contratación. Y hubo consenso sobre el encabezado del artículo 18, sobre la selección del contratista que se acogerá a la solicitud privada o pública de ofertas o cotizaciones, pero que la Junta de acuerdo a circunstancias y necesidades particulares podrá autorizar excepciones o adoptar otras modalidades de selección de contratistas, de conformidad con las normas en el Código Civil y en el Código de Comercio. Y se deja el resto del artículo incólume, Sometiéndose al estudio de una mesa de trabajo la reforma, modificación o permanencia del resto de los artículos. (Prueba 61 de la Fiscalía).

En cuanto al tema de la **contratación directa** en el acta No. 102 de la Junta Directiva del 26 de agosto de 2008 (Prueba 66 de la Fiscalía) - se lee: **“Consideración estatuto de contratación de la sociedad”**, expresó el doctor Federico Restrepo que básicamente son dos puntos los planteados: que dados los topes que se tenían en la propuesta del estatuto, la mayoría de los procesos de contratación serían de **contratación directa** y ellos afirmaron que debían ser por licitaciones o contratación pública, de acuerdo con lo establecido en el Estatuto de Contratación de EPM a quien también la rige el régimen de contratación privada, de

acuerdo con la ley 142 de 1994. Y finalmente, la Junta por unanimidad conviene continuar con el estatuto de contratación para la sociedad.

Igualmente, bastante dicente sobre la cuestión que se viene analizando, es lo manifestado por el doctor Juan Felipe Gaviria (Prueba 69 de la Fiscalía – acta 106 del 21 de diciembre de 2009, donde, con relación a las diferencias jurídicas que se dieron entre las firmas de abogados BNP Paribas y Prieto & Carrizosa, dijo lo siguiente: “*Entiende que alguien podría pensar en manejos de EPM para impedir el ingreso de otros proponentes, pero reitera que como la administración hizo la propuesta de la creación de una nueva sociedad, se hace necesario que se presente a consideración todos sus elementos y especialmente sus estatutos, para obtener un acuerdo de los accionistas. Expresa que, si la sociedad se constituye como una sociedad espejo de Hidroituango, no se presentará problema alguno*” (página 7 de dicha acta).

Otro aspecto que fortifica la tesis que se viene argumentando, es que, como lo pregonó de manera unánime la bancada de la defensa, todo indica que la génesis del presente proceso reside en el hecho de que una vez precalificadas un número de siete (7) de las once (11) firmas que se inscribieron: Kepko, Tres gargantas, Electrobras, Andrade Gutiérrez y Asociados, Camargo y Correa, Odebrecht y EPM; Kepko y Electrobras expresaron su preocupación por la participación de EPM, porque conocía toda la información del proyecto y que no solo era accionista, sino porque además fue interventor en los estudios de prefactibilidad técnica, económica y ambiental elaborados por INGEGRAL, que los prepliegos estarían para publicar el 18 de marzo, siendo esos documentos claves porque quedaría definido el modelo del negocio y solo sería a partir de su publicación que los interesados empezarían a analizar toda la información al respecto, momento a partir del cual quedó el proceso abierto desde el punto de vista legal. Esta episódica reseña, descarta la hipótesis de la Fiscalía de que con la contratación directa se cercenó la expectativa de algunos precalificados a celebrar el contrato de marras, porque nada de ello es lo que se desprende de esta particular situación, resultando dicha hipótesis sin ningún soporte probatorio, solo en esta insular expresión de estas dos empresas precalificadas.

Por otra parte, en la página 17 del acta. 108 del 24 de febrero de 2010 de la Junta directiva, respecto del informe sobre las empresas precalificadas en el proceso de

la subasta, se refleja uno de los argumentos expuestos por la defensa del doctor **LUIS GUILLERMO GÓMEZ ATEHORTÚA**, en el sentido de que las diferencias conceptuales entre las firmas de abogados atendían al manifiesto desconocimiento del derecho administrativo, cuando se manifiesta que: *“El doctor Luis Guillermo Gómez coincide en la fortaleza de Prieto & Carrizosa en el proceso de project Finance y en propiciar mecanismos para facilitar la llegada de los inversionistas,, pero a criterio de los abogados de Hidroituango, se aprecia debilidad en la aplicación de las normas de derecho público, esenciales para los intereses de una sociedad que como Hidroituango tiene más del 95% provenientes de las entidades públicas. Los abogados de Prieto & Carrizosa han presentado propuestas que desde un principio no han tenido recibo en los abogados de Hidroituango, tales como la propuesta de la 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 respaldo jurídico, el acuerdo de accionistas y los estatutos requeridos. Igualmente, las propuestas para la escritura del proceso de subasta como la inicial de una estructura clásica de BOOMT, que sucesivamente cambiaron por la de usufructo de acciones, escrituras en participación, negociación competitiva; todo en contravía de los conceptos de los integrantes del equipo jurídico al interior de Hidroituango, que coincidían en que lo más conveniente para los intereses de la sociedad era de concesión privada o BOOOT clásico”.*

Más aún, el mismo doctor Luis Guillermo reiteró que un caso típico de esa actividad fue 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 riesgos de tener mayores dificultades con los accionistas y cumplimiento del cronograma.* (Lo enfatizado, adrede de este despacho).

Sobre esta misma temática, el doctor Jesús Aristizábal, señala que la administración no está tranquila con alguien que es su asesor, se debe cambiar, a lo que responde el doctor Gómez Atehortúa, *que esa decisión la está evaluando la administración, y concluye que la reunión de con los abogados de Prieto & Carrizosa ha sido tormentosa.* (Se enfatiza para nutrir el argumento que se viene desarrollando).

Con tal claridad, respecto del tema del cambio de la firma de abogados que asesoraban a Hidroituango, ¿cómo entonces, de dónde se va a extraer la inferencia,

que fue un actuar caprichoso o arbitrario del gerente de la sociedad el cambio de asesores jurídicos, para acomodar la intención de celebrar el contrato BOOMT como lo indica la Fiscalía? Lo que se deduce del contenido de las expresiones resaltadas en precedencia, es que ese cambio del grupo de asesores no fue motu proprio del gerente de la sociedad como lo arguye la Fiscalía, máxime cuando después de los desacuerdos indicados, se indica que una vez publicados los prepliegos se debía dejar expreso que no habría negociación directa, ocasión en la que el doctor Federico Restrepo – gerente de EPM – reitera que se está desarrollando un proceso de negociación entre el IDEA y EPM en el entendido de que “la publicación de los prepliegos se debe suspender hasta que se dé un proceso de convergencia en la negociación directa o esta fracase; dejándose dicho igualmente, según publicación del periódico el Mundo del 28 de abril, de que la decisión de no realizar la subasta fue tomada por la Junta Directiva en pleno y optan por un pronunciamiento oficial de Hidroituango sobre el asunto.

La reseña del contenido de las actas en precedencia, por no citar otras tantas, apenas se advierten suficientes para predicar la claridad, diafanidad, nitidez, pureza y traslucidez, que permeó todo el proceso de contratación, que no dimanó del arbitrio o capricho de los ingenieros representantes de las empresas firmantes del contrato, sino producto de decisiones deliberadas y acompañadas en muchas de las ocasiones de manifestaciones de preocupación por la suerte del proceso y que por demás eran comunicadas y puestas en contexto a todos los accionistas o miembros de las juntas directivas. Lo que deja ver los cargos endilgados a los procesados, es que esas diferencias que en su momento se dieron al interior de las reuniones, no precisamente propiciadas por la Junta Directiva de Hidroituango ni la asamblea de accionistas, menos por su gerente, sino por sus asesores jurídicos, de ellas echó mano la Fiscalía para inferir una mala fe con ribetes de delito, lo que realmente para esta judicatura no reviste el suficiente poder suasorio, en punto de la estructuración del dolo de dichas diferencias, que entre cosas, fueron socializadas y comunicadas a todos los miembros de la Junta Directiva y accionistas.

Abundan entonces las razones, para marginar al ingeniero Luis Guillermo Vélez Atehortúa de responsabilidad penal bajo la perspectiva del elemento volitivo integrante del dolo. Y muy a pesar de que no se viera serio desde el punto de vista internacional traer al mismo tiempo el proceso de subasta y contratación directa, según lo acotara el doctor Leonardo Osorio del BNP Paribas, con todo y eso, dicha

opinión no reviste la suficiente trascendencia para llevarlo al plexo del derecho penal, porque a juzgar por todas las deliberaciones dadas en las múltiples reuniones y los diversos conceptos jurídicos recibidos, en todo caso, lo que los animaba era sacar el proceso avante, independientemente que lo fuera a través de la subasta o negociación directa.

Todas esas constancias reflejan que no se tuvo como asunto único y determinante este último modelo de contratación directa, para de paso, transgredir los principios de la contratación que echa de menos la Fiscalía; pues no otra cosa distinta se deduce de lo indicado por el doctor Álvaro Vásquez – Gerente del IDEA- cuando precisa sobre las tres opciones que se tenían, a saber: i) suspender la subasta, ii) autorizar la negociación directa entre Hidroituango y EPM y iii) modificar el objeto del contrato con el BNP Paribas, que le permita asegurar una asesoría. Más adelante, en la misma reunión del 28 de abril de 2010 – acta No. 110 – Prueba 2 de la Fiscalía -, sobre las inquietudes planteadas por el doctor Federico Restrepo, el doctor Álvaro Vásquez Osorio los aprecia razonables y agrega, que puede existir un riesgo para EPM, en que pueda presentarse una inhabilidad para contratar en la subasta si después de adelantar una negociación directa esta fracasa.

Pero, como complemento de lo ya ampliamente expuesto, también en este proceso del contrato BOOMT, hubo acompañamiento de los órganos de control, Procuraduría General de la Nación por pedimento de la Junta Directiva de Hidroituango y de la Vicepresidencia de la República, que según información del doctor Gómez Atehortúa, ellos efectuaron dos reuniones y entregaron el protocolo de seguimiento a la contratación pública.

Como corolario del análisis de la evidencia documental que hace el juzgado, se destaca que de manera alguna deba ser esa la única interpretación, la que hace la fiscalía para edificar de ella el delito enrostrado a los procesados. Si en el interior de la sociedad Hidroituango fueron múltiples y diversos los conceptos que ofrecieron dificultades, opiniones propias de otros plexos del derecho como el administrativo, privado y comercial, que son traídos a este estrado judicial y continuaron generando un fuerte debate, con división de criterios, donde cada una de las partes e intervinientes expusieron con suficiencia y claridad sus distintas posturas. ¿Por qué entonces ver mala fe en estos dos señores gerentes en la suscripción del contrato BOOMT, cuando incluso, se trata de un novedoso negocio jurídico, atípico,

innominado, que apenas se trajo por primera vez al país? Ellos no son abogados, el señor **GÓMEZ ATEHORTÚA** Ingeniero Civil y el señor **LUIS JAVIER VÉLEZ DUQUE** Ingeniero Mecánico, potísima razón para que acogieran los conceptos brindados por la firma de abogados que los asesoraban, con independencia de los desacuerdos presentados entre aquellos.

Bajo estos presupuestos argumentales, fuerza acogerse la tesis de la bancada de la defensa y, por ende, desatender la teoría del caso de la Fiscalía.

Continuando con la motivación en torno a la responsabilidad de los acusados, se ocupará seguidamente este despacho de la valoración de la evidencia testimonial.

A modo de introito, referimos a la línea de tiempo del proyecto de la central Hidroeléctrica, narrada por la primera testigo de la fiscalía, y que a juicio de la defensa a cargo del doctor Santiago Sierra, es la misma que observamos en el acuerdo 009 del 24 de noviembre de 2010; empero, continuando con el hilo conductor para la estructura de esta sentencia, será tendrá como la apertura que ilustre lo ocurrido durante todo el lapso anterior a la suscripción del contrato BOOMT.

Así, la testigo como investigadora líder de la fiscalía nos ubicó con su declaración, en el trasegar desde la idea, creación y construcción de la Central Hidroeléctrica Pescadero Ituango José Tejada Sáenz. Con respecto la restante incorporación de la prueba testimonial, veremos cómo cada uno de los profesionales escuchados en este juicio oral y público, expresaron las vivencias que se dieron al interior de las varias áreas donde prestaron sus servicios y que se generaron para la firma del contrato BOOMT, como también en su cierre; así como la ilustración que sobre el tema de Litis brindó un reconocido profesional en la materia, en especial, sobre las leyes 80 de 1993, 142 y 143 de 1994 y sus complementarias.

Iniciamos con la doctora **RUTH MILENA MENDOZA ORTIZ**, quien en su extenso testimonio nos informó que la idea del megaproyecto hidroeléctrico nació desde 1969 aproximadamente, por un ingeniero llamado JOSÉ TEJADA SÁENZ de la empresa INTEGRAL, quien hace unos manuscritos y platea que el Cañón cerca del río Pescadero, era beneficioso para generar energía. Posterior a 1969, luego de los escritos dejados por el ingeniero, viene la empresa ISA, que para ese momento era

la empresa estatal de interconexión de toda la parte de energía eléctrica del país y empieza a ver viable que el caudal del río Cauca, pueda generar energía. Luego se crea ISAGEN, empresa no solamente de interconexión sino de generación, quien buscaba proyectos nuevos de generación de energía y realiza estudios de factibilidad y ve que efectivamente se puede llevar a cabo dicho proyecto. Años después, en 1997, se crea un acta de constitución por parte de varias empresas, ISAGEN, quien ya había realizado estudios previos, INTEGRAL de la que en su momento hacía parte el ingeniero JOSÉ TEJADA SÁENZ; y es así como ISAGEN, como líder del proyecto y mayor accionario, en compañía del EADE, IDEA, INTEGRAL, el Departamento de Antioquia y la ASIC (Asociación Colombiana de Ingenieros Constructores de Antioquia), inician con la proyección de la idea en el acta de constitución del 30 de diciembre de 1997, que para agosto de 1998, se eleva a escritura pública, se constituye y se inscribe ante Cámara de Comercio y entonces nace a la vida jurídica la sociedad Promotora de la Hidroeléctrica Pescadero Ituango S. A. E. S. P.

En el año 2000, el gran socio, ISAGEN, con un porcentaje de participación del 31.43%, empieza con un saneamiento al interior de esa empresa y como resultado reparte dicho porcentaje a varios de los sus accionistas, entre ellos a la empresa EPM, momento en cual ingresa a la sociedad Promotora de la Hidroeléctrica Pescadero Ituango, como socio, con un porcentaje de participación del 12.46%.

Para el año 2004, ya siendo EPM socio, se empieza no solamente con los estudios de factibilidad que ya se tenían, sino con los estudios ambientales tendientes a obtener la licencia ambiental, en ese saneamiento, IDEA y EPM, en una junta directiva plantean hacer una auditoría para revisar todas las situaciones de carácter administrativo y se propone a la Superintendencia de Sociedades les explique cómo poder reorganizarla, y como resultado, EPM con IDEA, hacen un plan de trabajo para el desarrollo del proyecto y ya para el año 2005, se advierte la necesidad de unos estudios actualizados, por lo que se plantea que se debe hacer una licitación para que una empresa haga una complementación de la factibilidad técnica, económica y ambiental del proyecto.

Informó la testigo que el proceso de licitación comienza para el año 2004, pero como se advierte que la sociedad no contaba con la experiencia en desarrollo de proyectos de centrales hidroeléctricas, es cuando la sociedad hidroeléctrica con EPM

suscriben el 05 de septiembre de 2005, el contrato No. 3042430905, denominado “*Contrato de Colaboración Empresarial*”, cuyo objetivo era básicamente que EPM, como socio, le aportara la experiencia, el conocimiento en el desarrollo de proyectos de centrales hidroeléctricas a nivel tecnológico, de profesionales, de toda esa diversidad de ingenieros, geólogos, necesarios para poder desarrollar un proyecto de ese estilo, pues para ese momento EPM ya había desarrollado proyectos, como el de La Miel, Nechí, y él como socio, le aportaría ese valor agregado de la asesoría a la sociedad Promotora.

Para el 01 de abril de 2006, se le adjudica el contrato de complementación de la factibilidad técnica, económica y ambiental del proyecto, al consorcio INTEGRAL, a quien le correspondía hacer todos los estudios para la actualización, y EPM iba a estar como interventor de ese estudio de factibilidad del proyecto; licitación que se realizó bajo el marco de la Resolución 005 de 2003, que para ese momento la sociedad Promotora Hidroeléctrica Pescadero tenía como su estatuto de contratación.

En el año 2007, se celebra la segunda acta de ejecución del contrato de Colaboración de EPM con respecto a la sociedad, que se fundamentó básicamente en dos puntos: El estudio del mercado que se tiene que desarrollar ante la CREG por parte del proyecto y la gestión de la licencia ambiental, asegurando que cuando se decide que EPM sea el asesor y el encargado de que el proyecto se presente ante la CREG, ingenieros miembros de la asamblea de la Asociación Colombiana de ingenieros, entre 50 y 60 empresas pequeñas que lo componían, uno de ellos, planteó que era muy riesgoso e irresponsable por parte de los socios, llevar el proyecto ante la CREG; en primer lugar, porque no se tenía una licencia ambiental, que era fundamental; en segunda instancia, la dificultad de hacer la hidroeléctrica en ese punto clave del cañón del río Cauca, cercano al puente “Pescadero”, porque es el río más caudaloso de Colombia y por ende, no era fácil poder manejar su cauce, lo que dificultaba cumplir el compromiso ante la CREG y, en tercer lugar, si se presentaba el proyecto, la CREG exige unas garantías económicas en dinero en efectivo y la sociedad no tenía esa capacidad, ni un músculo financiero para poder llegar a esa propuesta que se estaba planteando en ese momento con EPM y la sociedad.

Sin embargo, el proyecto continuó y se elabora el acta de ejecución No. 02, donde EPM es el encargado de hacer todos los estudios para que el proyecto de subasta efectivamente pueda presentarse a la CREG y EPM sea la empresa que gestione la licencia ambiental, entonces la sociedad suscribe un nuevo contrato con EPM de colaboración empresarial, porque esos contratos eran a dos años prorrogables, y se actualiza con el propósito de que EPM continuara con toda la parte de asesoramiento para que el proyecto se pudiera suscribir ante la CREG y sacar adelante el otorgamiento de la licencia ambiental y de esa manera lograr el inicio de la central hidroeléctrica y la generación de energía.

Para el 01 de junio de 2008, efectivamente la CREG le hace una asignación de obligación de energía firme y un cargo de confiabilidad al proyecto por 1.085 GV hora día. La investigadora hace un paréntesis para explicar que la CREG, surge como consecuencia de los apagones en el gobierno de César Gaviria, y para evitar esos prologados cortes de luz dio, se creó la Ley 142 de 1994, denominada como “*La ley de Servicios Públicos*” y la Ley 143 del mismo año sobre “*Electricidad*” o energía eléctrica. Anterior a estas leyes, todo el sistema de interconexión de energía era monopolio del Estado, quien hacía toda la generación, interconexión, la distribución y finalmente la comercialización.

Explicó que la Ley 142 se crea con un nuevo sistema de interconexión, donde no solamente es monopolio del Estado, sino también entran a ser parte todas las empresas privadas, que podrían generar como interconectar, distribuir y finalmente comercializar la energía, para lo cual se crearon la UPME (Unidad de Planeación Minero Energética), encargada de mirar a nivel nacional, qué lugares del país no tenían energía; la Superintendencia de Servicios Públicos como la encargada de controlar y vigilar que efectivamente todos los ciudadanos tengan un servicio óptimo, que sea eficaz, eficiente y que se cumpla con todos los objetivos de la Ley 142 de 1994, y una tercera que es la CREG (Comisión Reguladora de Energía y Gas) encargada de hacer los análisis sobre las épocas y temporadas del año donde hay escasez o abundantes lluvias, períodos que se calculaban cada cuatro años, realizando esa función regulatoria y gestionando la solución; por lo que para el año 2006, la GREC empieza a hacer ese análisis y proyecta que para el año 2018 va a ser necesario más suministro de energía y entonces realiza la “*subasta de energía mayorista*”, donde empieza a promover los proyectos que ya estaban generando energía o proyectos nuevos que para el año 2018 pudieran empezar a generar

energía y a subir ese porcentaje necesario para cumplirle al país, pero la CREG trabaja con un cuarto actor en toda esta situación de la interconexión, conocido como XM, que es una empresa aliada de ISAGEN y es básicamente el banco encargado de la comercialización de energía, de decir, cuánto vale una giga, es el encargado de manejar todo lo que es la bolsa de mercado de energía.

Así, para el año 2007, la CREG informa que va a hacer una subasta de energía para el año 2018, y es ahí donde la sociedad Hidroituango le otorga a EPM, por medio de esos contratos de colaboración, que efectivamente el proyecto se postule a esa subasta, para que la CREG le otorgue un cargo por confiabilidad, una obligación de energía firme, para que el proyecto empezara a generar energía a partir del 01 de diciembre de 2018 y la asignación fue del 1.085 GV hora día, pero para que la CREG le pudiera otorgar ese cargo por confiabilidad y obligación de energía firme, era necesario mostrar el proyecto con toda la estructura del diseño y su desarrollo, se tenía que tener una garantía efectiva, que XM exigía en dinero para esa subasta. Es así como La Sociedad tuvo que presentar una garantía aproximadamente de casi quince millones de dólares para poder ser otorgada a XM, por lo que los socios de la sociedad Promotora tuvieron que hacer una capitalización para poder cumplir con ella y según dicen las actas, se cumplió con BANCOLOMBIA de la sede de Panamá.

Cumplidos los requisitos por parte de La Sociedad, el 01 de junio de 2008, la CREG le asigna un cargo por confiabilidad, una obligación de energía firme al proyecto hidroeléctrico Ituango, y ya con esa obligación era necesario desarrollar el proyecto, con un plazo de diez años para cumplirse el 01 de diciembre de 2018, que de no cumplirse, la CREG y XM, iban a hacer efectivas esas garantías, que además del efectivo, había otra condición y era que se tenía que dejar un segundo anillo – como así lo mencionan la CREG y XM - , era dejar una hidroeléctrica como garantía en caso de que La Sociedad no pudiera cumplir con esos 1.085 GV y para el caso, se había dejado a TERMO SIERRA como una segunda garantía.

Para el 11 de junio del 2008, se suscribió un contrato de estabilidad jurídica entre el Estado y EPM por 20 años, en los cuales el Estado le otorgaba unos beneficios tributarios a nivel aduaneros, para que EPM pudiera desarrollar un proyecto denominado Porce III.

Para el mes de agosto del 2008, al proyecto se le otorga la Resolución 317 y se declara el proyecto como de utilidad pública, lo que le daba facultades al proyecto para comprar todos los inmuebles que se encuentran en el perímetro o sector donde se va a construir la central hidroeléctrica, y de lo que pudo observar en las actas de la Junta Directiva de Hidroituango, EPM estuvo haciendo una asesoría en todo lo relacionado con el censo de las personas que se encontraban viviendo en ese sector, con el propósito de hacer toda la compra de los predios y poder empezar con el desarrollo del proyecto, la construcción de campamentos y toda la parte de infraestructura para llegar a la presa y que en un período de dos años se pudiera hacer esa compra de manera tranquila, que todos los habitantes del sector vendieran y se pudieran despojar de esa parte donde se iba a construir el proyecto hidroeléctrico Ituango, lo que se podía hacer por la declaratoria de utilidad pública.

En el acta 86 de agosto de 2008, la Junta Directiva de Hidroituango, ve la necesidad de empezar a buscar un gerente, porque el que se encontraba en su momento culminaba con su actividad el 01 de septiembre de 2008, y entonces se postula por parte del Gobernador de Antioquia y en conversaciones con el gerente de IDEA, al señor **LUIS GUILLERMO GÓMEZ ATEHORTÚA** por su perfil como ingeniero civil, quien tenía la experiencia y era la persona idónea para llegar al cargo de gerente de la sociedad Promotora de la Hidroeléctrica Pescadero Ituango S. S. E. S. P.; en el acta no se propone a nadie más y para el 16 de setiembre de 2008, se celebra el contrato con él y la Sociedad Promotora de la Hidroeléctrica Pescadero Ituango, y se le nombra como representante legal y gerente.

Para enero del año 2009, se le otorga a la Sociedad la licencia ambiental que venía gestionando EPM por medio del contrato de colaboración, con la Resolución 0145 se le adjudica la licencia ambiental al proyecto y en el mes de abril de ese mismo año, se observa en las actas, algunas aflicciones al interior de los grandes accionistas que eran EPM e IDEA, porque esta última y la Gobernación querían que se sacara adelante el proyecto, con el propósito de que toda la rentabilidad se le generara al Departamento; mientras que EPM con la Alcaldía lo fuera en beneficio del Municipio, donde el conflicto interno era quién se quedaba con más porcentaje de participación al interior de la sociedad; tanto es que, incluso en los medios públicos a este asunto se le denominó, “*la toma hostil*”, que básicamente consistió en que en un solo día, EPM era el accionista mayoritario y el IDEA tenía menos y al

día siguiente, el IDEA resultó con un porcentaje de participación con más del 52 o 53%.

En acuerdo entre los dos grandes EPM e IDEA, generaran estrategias de cómo continuar ese plan de trabajo, hacer una evaluación financiera y esquemas jurídicos de cómo se podía desarrollar el proyecto, siendo una de las propuestas que Hidroituango lo liderara para lo que tendrían que volver a hacer una inyección de capital entre ellos, pues para ese momento, el porcentaje de participación sumaba aproximadamente el 97%; la segunda opción, era buscar un socio estratégico, un tercero, una empresa que además de tener un músculo financiero, tuviera experiencia, estuviera capacitada para desarrollar un proyecto de este estilo y debía darle a la hidroeléctrica ese músculo financiero y poder construir la presa en el lapso de tiempo que se necesitaba.

El IDEA lidera y propone que él sea el encargado de seleccionar esa banca de inversión, empezó con la licitación y para junio de 2009, presenta el resultado de la licitación siendo la empresa seleccionada la banca de inversión BNP Paribas y para el desarrollo jurídico el bufete de abogados de Prieto & Carrizosa, y así, juntos, miraran qué estrategias podían desarrollar para poder sacar adelante el proyecto y ponerlo en operación para el 01 de diciembre de 2018 y cumplir con la obligación que se tenía ante la CREG.

Fue así como las dos bancas, BNP Paribas y los bufetes de Prieto & Carrizosa, empezaron a hacer sus mesas de trabajo, bajo unas condiciones que Hidroituango les dio y como consta en el acta del 29 julio de 2009, proponen que el mejor esquema de negocio es un esquema BOOMT, porque es un contrato atípico desconocido en ese momento en Colombia, contrato de derecho internacional, traído del derecho comparado, contrato anglosajón, que se manejaba más que todo para el desarrollo de obras y proyectos de gran volumen, de gran envergadura; además lo proponen como una herramienta financiera, porque la sociedad no tenía un músculo financiero para poder sacar adelante el proyecto, porque la maquinaria para poder estructurarlo era bastante costosa, lo que son las turbinas, traídas de Brasil y Alemania y una gran cantidad de equipos que además de costosos, debía tenerse en cuenta todo el trámite a nivel de comercio internacional, y si Hidroituango no tenía la experiencia, no conocía cómo poder gestionar eso, el BOOMT, además de ser una herramienta financiera, le otorgaba construir el proyecto, operarlo, poseerlo y mantenerlo para

que finalmente ser transferido, y bajo esos términos se le entregara en un tiempo determinado a la sociedad, en buenas condiciones de operatividad y que la sociedad lo pudiera seguir administrando, que era lo que básicamente la hidroeléctrica quería.

Es cuando se empieza a estudiar el estatuto de contratación, se mira hacia una invitación pública internacional, para explorar sobre qué socios estratégicos capaces y con vocación de venir a presentarse a Colombia, que también podían ser nacionales. Así, la banda de inversión BNP Paribas considera como buena alternativa, hacer una subasta pública y junto con Prieto & Carrizosa, empiezan a organizar y a estructurar todo lo que es la invitación pública internacional para precalificar, porque la idea era saber qué empresas a nivel internacional podían a nivel de la parte financiera, estructurar el negocio y quién tenía esa capacidad y experiencia para desarrollar el proyecto. Trascendió que el 17 de noviembre de 2009 se presentan los pliegos y se abre la invitación pública internacional para precalificar, en diciembre del 2009 se divulga la invitación pública internacional a precalificar, es decir, comienza el proceso de selección de una empresa estratégica.

En el año 2010, fueron recibidas aproximadamente entre 11 o 13 propuestas de empresas independientes que se presentaron en consorcio. Una vez se hizo entrega de las propuestas, BNP Paribas y Prieto & Carrizosa realizaron toda la evaluación, tanto financiera como de experiencia, se hacen aproximadamente cinco adendas, donde esas empresas hacen preguntas, realizan el análisis sobre toda la estructura del proceso y al finalizar, BNP y Prieto & Carrizosa plantean que se precalifiquen 06 empresas, pero Odebrecht manifiesta que no tuvieron en cuenta un cierre de costos a nivel financiero y que por lo tanto, la estaban sacando, solicitando una revisión de su pliego de propuesta, exigencia que cumple la banca de inversión y el bufete de abogados, donde revisan y valoran y ven que Odebrecht también puede hacer parte del listado de los recalificados; por tal razón, para el 02 de febrero del 2010, se presenta por parte del gerente de la sociedad, la decisión No. 015, donde se encuentran 07 empresas precalificadas, que cumplen con esos requisitos de experiencia y capacidad financiera. Inician con China Tres Gargantas, en segundo lugar, KEPKO; en tercero, Electrobras, se encontraban empresas brasileñas, Camargo y Correa, Odebrecht, Andrade Gutiérrez y finalmente, en el puesto séptimo se encontraba EPM.

Para el 24 de febrero, en una de las actas de junta directiva de IDEA, el gerente plantea que hay preocupación por parte de dos precalificados, KEPKO y Electrobras porque de esos 07 precalificados se encontraba EPM quien había estado en la trayectoria del proceso, inmerso con varios roles, como socio, interventor, asesor y eso lo hacía más favorable para que a EPM se le entregara el proyecto, preocupación que se transmitió el señor ÁLVARO VÁSQUEZ OSORIO y a la junta directiva del IDEA.

Seguidamente se hace pública los pliegos de la subasta internacional para que esas 07 empresas precalificadas iniciaran la competición en la subasta y se pudiera seleccionar el socio estratégico que iba a tener el esquema BOOMT; pliegos que son subidos a la página internet de la sociedad de Hidroituango el 18 de marzo de 2010, para que esos 07 precalificados iniciaran el proceso de selección, pero un mes después de su publicación en la página internet, se encuentra el Acta No. 110 de la Junta Directiva de Hidroituango, exactamente el 28 de abril, donde se empieza a ver al interior de la junta directiva, una serie de propuestas por parte del gerente de EPM.

Es así, como el gerente de EPM, señor FEDERICO RESTREPO POSADA, manifiesta a la Junta Directiva de Hidroituango, que era necesario tomar una decisión porque se llevaban dos procesos paralelos, consistentes en que se venía haciendo una subasta pública internacional, que se encontraba en la página internet, pero también se venían haciendo unos acercamientos para negociación directa entre los grandes socios EPM y el IDEA, y como consecuencia de esa sugerencia, se lee en el acta del IDEA No. 110 del 31 de mayo de 2010, que el gerente del IDEA manifestaba en el mes de abril - Acta 05 -, que desde el mes de diciembre del 2009, ya se venían haciendo unas negociaciones directas entre los socios accionistas mayoritarios de la sociedad hidroeléctrica. En el acta 01 del año 2010, la junta directiva de IDEA plantea: Primero. Que se tienen unas presiones para que EPM ejecute el proyecto y, segundo. Que ya se vienen haciendo unas conversaciones y hay unos acuerdos de los grandes accionistas, IDEA y EPM, desde el mes de noviembre de 2009.

El 09 de junio de 2010, la Junta Directiva de la Hidroeléctrica, manifiesta que efectivamente va a suspender la subasta pública internacional, para estudiar la viabilidad de que se le otorgue a EPM que fue precalificado, porque cumple con el requisito de la experiencia y su músculo financiero.

En el Acta No. 111 de la Junta Directiva de Hidroituango, se decide por unanimidad, suspender la subasta pública internacional, se hace en medios públicos y se sube a la página internet de Hidroituango un comunicado de prensa, en donde se resalta que el gerente, doctor **LUIS GUILLERMO GÓMEZ ATEHORTÚA**, en calidad de gerente de la sociedad hidroeléctrica, informa la suspensión de la subasta pública internacional.

En el mes de julio, surge el primer acuerdo entre EPM e Hidroituango, en donde básicamente lo que se plantea es todo el marco del negocio que se va a hacer entre los socios mayoritarios, es decir, cómo se va a llevar a cabo ese negocio de la negociación directa entre EPM y el IDEA, por lo que, ese contrato que se tenía con BNP Paribas tendría que cambiar, ya no era para evaluar y finalizar una subasta pública internacional, sino que se trataba de acuerdo para una negociación directa y según lo indica la testigo y se ve reflejado en las actas, el gerente, señor **LUIS GUILLERMO**, tenía controversia con el bufete de abogados Prieto & Carrizosa y lo cambia para que en su lugar, se contrate a Brigard y Urrutia con el propósito de llevar a cabo la negociación directa, entre EPM y el IDEA como socios mayoristas. De otro lado, encuentra a BNP Paribas que iba a asesorar a IDEA y en ese acuerdo, del 04 de julio, EPM e Hidroituango, deciden que se contratará una tercera banca de inversión denominada Inverlink. De ahí que EPM iba a trabajar con una banca que ya tenía - Santander Investment - , IDEA venía con BNP Paribas, pero Hidroituango por parte del gerente había cambiado por un bufete llamado Brigard & Urrutia, y entonces, en este contexto, EPM, IDEA y la sociedad Hidroeléctrica, deciden tener una tercera banca de inversión que se va a llamar Inverlink, que iba a estar en la mitad de IDEA y EPM con el propósito de que esa negociación directa se llevara en los mejores términos, de que Inverlink tuviera información y que sirviera de intermediaria neutro, facilitador de ese negocio entre EPM y el IDEA; que Inverlink hiciera todo lo mejor posible para que esa negociación directa se hiciera en los mejores términos, no solamente para ellos como socios, sino también para Hidroituango.

Dice la testigo que, en su labor investigativa, el 11 de agosto, encuentra el acuerdo de los dos grandes accionistas, IDEA y EPM y el compromiso y voto favorable, para que como socios al interior de la asamblea de accionistas desarrollaran el proyecto. IDEA y EPM tenían que hacer todo lo posible para que, con esos dos asesores, la

tercera Inverlink, pusieran de su parte para lograr ese acuerdo macro, pues estos dos socios mayoritarios ese momento, ya contaban con el 97.7% de participación a nivel del interior de la sociedad e iban a unirse para que el proyecto se le entregara a EPM. Se habló de varios compromisos, entre ellos, de que EPM iba a hacer todo lo posible para que al proyecto se le otorgara la zona franca, lo que le daría al proyecto unos beneficios tributarios, tanto a nivel de comercio internacional como nacional y que de no lograrse, también les pudiera ceder el contrato de estabilidad jurídica que había suscrito en el año 2008 por generación de energía, y que se le podía otorgar a Hidroituango, que ese contrato se hablaba era de Porce III, que es otro proyecto que también EPM lideró.

Lo importante era que el contrato de estabilidad jurídica se podía hacer extensivo para el proyecto Hidroeléctrico Ituango. Tanto es que, en ese acuerdo del 11 de agosto del 2010, se hacen esas cláusulas de un compromiso por 205.000.000.00 de dólares, 35.000.000.00 condicionados a que efectivamente al proyecto se le otorgara esa zona franca y los 170.000.000.00, que sería el compromiso que iba a adquirir EPM, una vez se le otorgara el contrato, él tendría que pagarles a todos los socios diferentes de EPM, es decir a IDEA y a los demás socios, esos 170.000.000.00 de pesos por otorgársele el contrato.

El Acta No. 1522 de la junta directiva de EPM, autoriza al gerente de EPM, *-en ese momento el señor FEDERICO RESTREPO POSADA-* para que adquiriera el porcentaje de participación de IDEA y de los demás accionistas diferentes de EPM; también se dice allí, por todas las bancas de inversión y bufete de abogados, que la mejor forma de que EPM pudiera desarrollar el proyecto, era por medio de una escisión, que consiste en que la hidroeléctrica iba hacer una escisión de su patrimonio, se iba a dividir en dos, en las mismas condiciones como se encontraba, los mismos porcentajes de participación de todos los accionistas de la hidroeléctrica y se iba a estructurar jurídicamente una empresa beneficiaria, denominaba *“una empresa espejo”*; es decir, una sociedad hidroeléctrica mamá iba a constituir una empresa, una beneficiaria hija, igualita, con el mismo porcentaje de participación que se tenía en la sociedad hidroeléctrica. A esta empresa, le decían también, *“una empresa vehículo”*, cuyo objeto era que firmara o se le otorgara el contrato BOOMT.

Esa propuesta que había dado EPM en su acuerdo del 11 de agosto de la zona franca, era un requisito necesario por la Comisión Intersectorial de Zonas Francas,

que la empresa que se fuera a presentar como la que iba a presentar el proyecto, tenía que ser una empresa nueva; por ello, se planteó el modelo de dividir la hidroeléctrica a través de la escisión, creando una empresa beneficiaria que va a liderar y contratar el BOOMT y que ese porcentaje de participación que todos los socios, diferentes a EPM, es decir, IDEA y los demás accionistas minoritarios, esos 170.000.000, EPM fueran comprados; de tal manera que sobre esa empresa beneficiaria, EPM tuviera prácticamente el 100% en porcentaje de participación accionaria.

La importancia de escindir la hidroeléctrica lo era, porque la licencia ambiental y la declaración de utilidad pública se la habían otorgado a la Sociedad Hidroeléctrica Ituango quien también tenía la obligación de energía firme con la CREG, y como estaba comprando los bienes inmuebles que serían propiedad de la sociedad, eso generaba no se podía liquidar, tenía que seguir jurídicamente viviendo para que así se continuara con el proyecto en desarrollo, y con el producto de la escisión, pudiera celebrar el contrato BOOMT.

En un segundo acuerdo del 10 de septiembre, acuerdo vinculante se decide la herramienta jurídica a utilizar de la escisión y con esa empresa beneficiaria para el contrato BOOMT, empresa que estaba de manera directa o indirecta con EPM para la suscripción del contrato con la Sociedad Hidroeléctrica Ituango. En septiembre del 2010, encontró un otrosí a ese acuerdo macro consistente en que tanto de IDEA como de EPM, además de dar su voto favorable al interior de las actas de la asamblea, también harían lo posible a nivel jurídico y financiero, para que esos acuerdos se cumplieran y que llegado el caso en que no den alguna autorización y no se pueda llevar a cabo, ni la escisión o esos contratos de compra de participación accionaria al interior de la empresa beneficiaria, EPM se comprometía a que tenía que utilizar alguna herramienta jurídica que IDEA y EPM tenían y en común acuerdo, y era mirar cómo iban a desarrollarlo. En conclusión, EPM tenía que buscar una herramienta o modalidad para poder cumplir con los acuerdos que ya se habían proyectado con anterioridad.

Para el 27 de octubre ya se tiene el borrador de la escisión, en el acta No. 117, al interior de la Junta Directiva de Hidroituango, y se toma la decisión que la subasta pública internacional ya no se iba a llevar a cabo, aclarando que lo que se había pretendido para el mes de junio era una suspensión, pero para ese momento se

decía que era una terminación de la misma, porque se iba a seguir con la negociación directa con ocasión de los acuerdos entre los grandes accionistas. Ese mismo día, al interior de una asamblea de accionistas, reflejada en el acta No. 24, es en donde se da la aprobación a la escisión de la Sociedad Hidroeléctrica Ituango S. A, para poder crear jurídicamente una sociedad beneficiaria. Se inicia para el día 04 de noviembre una comunicación de terminación de la subasta, se hace un oficio que se entrega a nombre de cada precalificado donde se les informa que efectivamente se da por terminada la subasta, que había sido un agrado para la sociedad que hayan participado y que ellos deciden hacer una negociación directa con EPM. Que les den un número de cuenta para que la sociedad les reembolse el dinero consignados por ellos para el acceso a la información relacionada con el proyecto, dándose la terminación formal de la subasta. Este comunicado lo emite el señor **LUIS GUILLERMO GÓMEZ ATEHORTÚA**, en calidad de Gerente de la Sociedad Hidroeléctrica Ituango.

El 24 de noviembre, se ve en las juntas directivas de la Sociedad Hidroeléctrica Ituango, al señor **LUIS JAVIER VÉLEZ DUQUE**, quien entra a ser parte de la junta directiva, pero en calidad de invitado. En el acta 118, el señor se le menciona como designado para representar a la Sociedad Beneficiaria EPM ITUANGO S A. E. S. P. Ese mismo día, se evidencia que se cambia el acuerdo, la Resolución 005 del 2003 e inició con el Acuerdo 009 como el nuevo Estatuto de Contratación de Hidroituango, que regiría a partir del 2010, es decir, que se deroga la Resolución 005 con la que se había hecho todo el proceso contractual, de los estudios de la contratación de las bancas, de los bufetes de abogados y toda la diversidad contractual que estaba desarrollando la sociedad. Sobre este asunto, dijo que como investigadora, al comparar el reciente Acuerdo 009 con la Resolución 005, en la parte de la negociación directa, en ese capítulo, que en esta última consta de un capítulo, mientras que en el acuerdo 009, simplemente contiene un artículo, donde observa que se suprimen los incisos 2 y 3, y el texto eliminado, básicamente hace mención de que, en el caso de contratos que tengan o que sean a riesgo compartido o contratos de colaboración empresarial, en caso de que se llegue a una negociación directa, debe tener en cuenta el rango o el orden de elegibles, mientras que en el Acuerdo 009 queda con un solo artículo que comprende el primer inciso, acuerdo que fue suscrito por el gerente del momento, el señor **LUIS GUILLERMO GÓMEZ ATEHORTÚA**. Precisa asimismo que, de la lectura de las actas de la Junta Directiva, tanto de Hidroituango de EPM como del IDEA, se denota que en varias actas se

hablaba de que a esa Resolución 005 de 2003, se le debían hacer unas modificaciones o actualizar, siendo propuestas del representante de EPM y del IDEA, el de hacer cambios al estatuto de contratación de Hidroituango y que se establecieran equipos de trabajo para dicho propósito.

Siguiendo la línea del tiempo, en el acta No. 24, donde ya la asamblea de accionistas había aprobado esa escisión de la Hidroeléctrica, se elevada ésta a escritura pública mediante la No. 893 del 23 de marzo del 2011, se divide en dos: la Sociedad Hidroeléctrica Ituango S. A. E. S. P. queda con los mismos porcentajes de participación accionaria, los mismos socios, y simplemente su patrimonio - activos, pasivos- , se dividen en dos, creando una beneficiaria, la cual iba a tener el mismo porcentaje de participación, los mismos socios, empresa que iba a denominarse EPM ITUANGO. También se hace mención en esa escritura que el representante legal será el señor **LUIS JAVIER VÉLEZ DUQUE**, que al nacer a la vida jurídica se inscribe ante Cámara de Comercio, y hay un compromiso de que EPM iba a comprar, además del porcentaje de participación accionaria al interior de EPM ITUANGO, tenía también que darle una garantía, según consta en el acta No. 1332 de la Junta Directiva de EPM, donde se aprueba una garantía denominada “*garantías de casa matriz*”, donde EPM asume la responsabilidad ante EPM ITUANGO, para que se puedan cumplir con el contrato BOOMT y así poder desarrollar su objeto, que básicamente el objeto social de EPM ITUANGO es el del contrato BOOMT, es decir, construir, operar, poseer, mantener y finalmente devolver o trasladar la central hidroeléctrica a la Sociedad Hidroeléctrica Ituango S. A en las mismas condiciones de operación y nivel financiero y que la sociedad lo pueda administrar, el tiempo es de 50 años, y efectivamente, entre el 28 y 29 de mayo de marzo, se suscribe la garantía de casa matriz, lo que constituye un anexo del contrato BOOMT. El 29 de marzo del 2011, según acta No. 01 de la junta directiva de EMP ITUANGO, le autoriza a su gerente, al señor **LUIS JAVIER VÉLEZ DUQUE**, para suscribir el contrato BOOMT con la Sociedad Hidroeléctrica Ituango S. A. E. S. P.

El 30 de marzo del 2011 - acta 123 de la Junta Directiva de Hidroituango se le ratifica la autorización al gerente la suscripción del contrato BOOMT, los contratos de usufructo de predios que se debían también firmar, las garantías que ya se habían pactado y convenidas con EPM en ese momento, se suscribe el plurimencionado contrato por la sociedad Hidroeléctrica Ituango S. A. E.S. P, por representante legal, gerente señor **LUIS GUILLERMO GÓMEZ ATEHORTÚA** y el señor **LUIS JAVIER**

VÉLEZ DUQUE, representante de EPM ITUANGO S. A. E. S. P. que era la empresa beneficiaria como resultado de la escisión de la hidroeléctrica.

Registrada el 08 de abril de 2010, como consta en el certificado de Cámara de Comercio la empresa EPM ITUANGO, ésta se vuelve filial de EMP y en esos compromisos que se habían adquirido en esos acuerdos, tenía que hacer la compra del porcentaje al IDEA y a los diversos socios minoritarios que hacían parte de esa beneficiaria. Da cuenta la testigo que se presentó una situación, pues lo ideal era que EPM le comprara a todos: al IDEA, INTEGRAL y demás empresas que hacían parte de la sociedad, en este caso, de la beneficiaria; pero hubo dos socios minoristas que no quisieron, y por tal razón EPM quedó con el porcentaje de participación al interior de EPM ITUANGO del 99.9%, y como EPM ITUANGO había nacido a la vida jurídica para realizar todo el trámite de zona franca y no tenía una infraestructura, es decir, no contaba con oficina, empleados, ni contabilidad, lo que se explicaba porque se había constituido hacía prácticamente ocho o quince días; pero lamentablemente a finales del año 2012, a pesar de que la Sociedad interpone una serie de recursos ante la Comisión Intersectorial, no se le otorga la zona franca al proyecto, razón por la cual, posteriormente, EPM ITUANGO se liquida y se disuelve, y le cede el contrato a EPM al no poderse materializar el compromiso de la zona franca.

Finalmente, se suscribe un mandato de trabajo entre EPM y EPM ITUANGO para el 30 de abril, para que en el desarrollo del contrato BOOMT, EMP utilizara toda su infraestructura, su personal, la parte contable, que fuera la persona, el ente encargado de hacer toda la parte contractual, manejara todo lo que era necesario para el desarrollo del objeto social y poder cumplir con dicho contrato que se había suscrito con Hidroituango; mandato que se eleva a escritura pública el 20 de octubre del 2011.

Precisó que la función del doctor **LUIS GUILLERMO GÓMEZ ATEHORTÚA** a lo largo del proceso contractual, comenzó con su vinculación a la Sociedad Hidroeléctrica Ituango como Gerente y representante legal, contratado el 16 de septiembre de 2008 hasta el 2011, un ingeniero civil que como consta en su hoja de vida, tenía una experiencia de 50 años, fue gerente del Ferrocarril de Antioquia, Gerente del Metro der Medellín, e incluso, aparece en algún momento en un área de EPM, presente de la ASIC - *Asociación Colombiana de Ingenieros Constructores*

para Antioquia-; profesor, con una trayectoria en desarrollo como ingeniero civil, más que todo en cargos de alta gerencia, que le daba el perfil para que fuera propuesto por el gobernador en ese momento, LUIS ALFREDO RAMOS BOTERO y el Gerente de IDEA, ÁLVARO VÁSQUEZ OSORIO.

Interrogada por el rol en el proceso contractual del doctor **LUIS JAVIER VÉLEZ DUQUE**, indicó que, en su hoja de vida, se resalta que es servidor público de Empresas Públicas de Medellín desde el 12 de agosto de 1985, y según se indica en las actas de la Junta Directiva de la Hidroeléctrica, inicia su participación en calidad de invitado, Jefe Área de proyectos de la Subgerencia Desarrollo Proyectos de Generación Energía de EPM, así consta en el Acta No. 118 del 24 de noviembre de 2010. Hace énfasis que, a partir de esa acta de invitado, se encuentra también como designado para ser el representante legal de la Sociedad Beneficiaria y que va a ser el resultado de la escisión de la Sociedad Hidroeléctrica Ituango. De ahí en adelante, el acta No. 119 y 120, que se pueden ver son mensualmente, sigue participando en calidad de invitado, como Jefe Área de Proyectos Subgerencia Desarrollo Proyectos generación de Energía de EPM. Para el año 2011, en el acta No. 121, nuevamente se encuentra como invitado y en el acta No. 122, ya no aparece como en tal calidad, aunque se menciona que es el Jefe Área de Proyectos Generación Desarrollo Proyectos Generación Energía de EPM y ya interviene a partir del 09 de marzo de 2011, haciendo una explicación a la Junta Directiva de lo que es el contrato BOOMT.

Finalmente, el 23 de marzo de 2011 ya se menciona en la Escritura Pública No. 893, que dio creación a la empresa beneficiaria que se denominó EPM ITUANGO S. A. E. S. P., donde formalmente se menciona al señor **LUIS JAVIER VÉLEZ DUQUE**, en calidad de representante legal de EPM ITUANGO, siendo funcionario, servidor público de EMP, que él no dejó de trabajar para EPM, continuó siendo servidor público de EPM, ya nombrado como representante legal de EPM ITUANGO S. A. E. S. P.

Interrogada por el objeto social de Hidroituango S. A. E. S. P., aseguró que básicamente es la construcción, la operación, la comercialización, distribución, como generadora de energía a nivel nacional e internacional y que los de la Hidroeléctrica Pescadero Ituango S. A. E. S. P., eran inicialmente, ISAGEN, IDEA, INTEGRAL, EADE y la ASIC, pero ya para el año 2000, ingresa como socio Empresas Públicas

de Medellín, por el proceso de saneamiento de ISAGEN, donde inicia con un 12.46% en calidad de socio de Hidroeléctrica Ituango, que es una empresa de servicios públicos mixta, es decir, tiene un porcentaje de participación de capital, tanto público como privado, y como lo ha mencionado, los socios accionistas mayoritarios, en este caso EPM y el IDEA, suman aproximadamente el 97.7% de participación.

Como última pregunta directa, se le inquiriere a la testigo si cuando hizo la inspección, ya EPM ITUANGO estaba liquidada y qué había ocurrido con el doctor **LUIS JAVIER VÉLEZ DUQUE**, contestó que continuaba siendo servidor público de EPM y ya había cambiado su cargo de Jefe del Área de Proyectos, que el señor gerente de EPM hace una reestructuración donde cambia el cargo del señor **LUIS JAVIER** y pasa a ser Vicepresidente de Proyectos del proyecto Ituango, siendo quien prácticamente manejaba todo bajo la cesión del contrato BOOMT, él estaba liderando toda la parte técnica del desarrollo del proyecto.

La segunda y última testigo de la fiscalía, **Lony Nataly Gutiérrez Gutiérrez**, al ser interrogada frente a la celebración del contrato BOOMT, entre las empresas Hidroituango S. A. E. S. P. y EPM ITUANGO S. A. E. S. P., afirmó que participó en la investigación adelantando inspección en EPM, recolectando información de EPM ITUANGO, en la Hidroeléctrica Ituango, en el GAE, en las instalaciones que, ubicadas en Caucasia, donde se desarrolla el proyecto; en INTEGRAL, en el Departamento de Antioquia y en el IDEA. Efectuó entrevistas, no solamente respecto a la parte de su experticia contable y financiera, sino que participó en todas las entrevistas de las diferentes personas que hacían entrega de la información, acopió documentos, actas y toda la información que respondiera a la orden de Policía Judicial, resaltando como hecho notorio, que logró determinar que en el Edificio de EPM, también se recolectaría la información de EPM ITUANGO, porque allí funcionó en su momento.

De la empresa Hidroituango, reiteró que es una empresa de servicios públicos, que tiene acción, participación accionaria del Estado y de empresas privadas en una porción minoritaria, porque los accionistas mayoritarios son empresas del Estado con participación estatal, y que el IDEA es un banco de segundo piso, es decir, es una entidad que se encarga de hacer préstamos para el fomento de proyectos. Enfatizó que EPM es una empresa de servicios públicos con participación 100%

estatal y como característica específica, que no tiene ningún tipo de accionistas, su único accionista es el mismo Estado.

Dijo que la empresa EPM ITUANGO, es el resultado de la escisión de la Hidroeléctrica Ituango, sociedad que pasa activos, pasivos y patrimonio en bloque de la Sociedad Hidroeléctrica Ituango a la Sociedad beneficiaria que se va a denominar EPM ITUANGO. Se apoya para su testificación utilizando una evidencia demostrativa que refiere a una parte del informe rendido a la funcionaria Fiscal por la investigadora testigo, y que da cuenta de la pregunta que se le formuló, sobre la escisión de la empresa.

Alude al acuerdo de voluntades entre Empresas Públicas de Medellín e Hidroituango del 04 de julio del 2010 en los cuales definen los principios básicos de la negociación directa, de lo que se va a llevar a cabo, se define el mutuo acuerdo y se habla de un pago anticipado a la hidroeléctrica y/o a sus accionistas, de manera que los accionistas de EPM recibirían directa e indirectamente al cierre eventual, un monto de acuerdo a sus expectativas. Que el acuerdo macro entre el IDEA y EPM del 11 de agosto, consistió en que las partes comprometían su voto favorable para la adopción de la figura jurídica que se iba a utilizar para el desarrollo del proyecto del BOOMT y se celebraría con EPM o quien estuviera decida. En ese mismo anexo, se habla de las condiciones económicas, se define una TRM y se especifica que EPM pagará por la totalidad de las acciones a los accionistas diferentes de EPM, una suma de 205 millones de dólares, distribuida en dos partes, 170 millones para la adquisición de las acciones en la sociedad beneficiaria, que es el resultado de la escisión de la Hidroeléctrica Ituango y se establece que la TRM es del 10 de agosto del 2010, es 1.802 con 54, de acuerdo a lo que se consultó en la base del Banco de la República. En ese mismo anexo, se habla que el plazo del BOOMT va a ser de 50 años y la posible fusión de la sociedad beneficiaria, es decir, la Sociedad resultado de la escisión de la Hidroeléctrica Ituango, que en este caso sería una fusión por absorción, una de las dos sociedades toma o recoge toda la parte activa, pasivo y patrimonio de la otra sociedad para fortalecer la sociedad que recibe estos activos.

Explica que como ya EPM estaba manejando la información contable y financiera y toda la información de EPM ITUANGO, lo que iba hacer a su información contable era manejarla con centro de costos, pudiendo establecer que los funcionarios que

trabajaban en EPM ITUANGO, se trataba del mismo personal de EPM, que simplemente cuando trabajaban para EPM ITUANGO, hacían el cargo de las horas que trabajaban a través de unos centros de costos. Que en el otrosí del acuerdo, entre IDEA y EPM del 18 de septiembre, ya se habla de la propuesta de EPM acordada por las partes, de una escisión, explicando que ésta consiste en que se parte la sociedad, en este caso la Hidroeléctrica Ituango se iba a partir en dos partes iguales, una sociedad espejo, en la cual el activo, el pasivo y el patrimonio que guarda relación directa con el Proyecto Hidroeléctrico Ituango, iba a salir de los estados financieros y de la información de la hidroeléctrica para ser una nueva sociedad, la cual se denominaría EPM ITUANGO y con la cual la hidroeléctrica iba a celebrar el BOOMT, pero esta Sociedad EPM ITUANGO iba a tener contratos con EPM ya que todo el personal que trabajaba allí era de esta empresa, más no de EPM ITUANGO y sobre esta última, profundizó sobre acuerdos y compra de acciones.

Se refirió al documento suministrado en diligencia de inspección por parte de EPM, donde identificó cuáles y cuántos eran lo que estaban negociando las acciones, quien era el beneficiario, la fecha del beneficiario, información que verificó con los soportes contables allegados, obteniendo como resultado toda la información de los terceros, la información contable y la información de tesorería, haciendo una exposición de todo este asunto en la audiencia.

A una pregunta directa, informa que la escisión de la Sociedad por escritura, se dio el 23 de marzo del 2011 y los pagos se dieron desde el 22 de septiembre de 2010 hasta el 17 de junio de 2011, es decir, se hicieron pagos previos a la escisión de la sociedad y a la identificación de la razón social de la misma, asegurando que la finalidad de los acuerdos celebrados entre EPM y el IDEA lo que buscaban era ir mostrando cómo iba a suspenderse la subasta pública internacional, para hacer una negociación directa con EPM, porque EPM se compromete con el IDEA, y ésta con EPM con su voto favorable, para que aquella diga cómo se va y con quien se va a celebrar el contrato.

Precisa que en este caso específico, se crea una sociedad beneficiaria con la que se firma el BOOMT, el desarrollo de quien va a transferir, operar y construir el proyecto de la hidroeléctrica y esa sociedad es manejada por EPM, porque EPM ITUANGO no tenía personal, no contaba con instalaciones, todo lo hacía EPM a través de acuerdos de colaboración, porque al final EPM absorbiera el proyecto, que

es lo que al final sucede, porque como la información se manejaba en un centro de costos, EPM absorbe a EPM ITUANGO y lleva la información, la contabilidad y a la información financiera de EPM, lo que estaba en ese momento registrado de parte de EPM ITUANGO.

Del contrato BOOMT informó, que se celebró entre la Hidroeléctrica Ituango y EPM ITUANGO y destaca, que como se mencionó en uno de los acuerdos, EPM y el IDEA se comprometieron a votar favorablemente para decidir con quién se iba a celebrar este contrato o qué vehículo se iba a utilizar. Explicó que el rol que cumple Hidroituango frente al proyecto, era el dueño porque tenía la licencia ambiental y los predios, todos los activos, los bienes, las deudas adquiridas, todo lo directamente relacionado al proyecto, la información financiera y todo este tipo de información, la hidroeléctrica única y exclusivamente tenía la licencia ambiental y los predios, nada más.

Ante el conainterrogatorio ejercido por la defensa del acusado **LUIS JAVIER VÉLEZ DUQUE**, precisa la testigo que la naturaleza de EMP ITUANGO es el resultado de la escisión de la Hidroeléctrica Ituango, una empresa con participación estatal y privada, siendo estos últimos los accionistas minoritarios. Ante la pregunta de quien indicó la compra de unas acciones por parte de Empresas Públicas de Medellín, respondió que era una empresa 100% estatal mencionando dichas compras. Preguntada si se le hicieron a socios de Hidroituango, luego de varias aclaraciones y precisiones, concretó que fueron antes de la creación de la empresa EPM ITUANGO, donde Empresas Públicas estaba comprando esas acciones, compradas antes de la creación de EPM ITUANGO que no eran de la Sociedad Hidroituango, sino acciones de la Sociedad beneficiaria, que todavía no tenía la razón social, pero que es el resultado de la escisión de la Hidroeléctrica Ituango; que EPM ITUANGO se creó el 23 de marzo de 2011 y nace como la Sociedad denominada EPM ITUANGO, que de acuerdo a los soportes contables y de tesorería suministrados en la diligencia de inspección por EPM, sí se efectuaron compras antes del 23 de marzo, fecha en que nace la sociedad; que la razón por la que funcionaba la Sociedad EPM ITUANGO en las instalaciones de EPM, en el mismo edificio de Empresas Públicas de Medellín, de acuerdo a las diligencias de inspección y a las entrevistas, era porque los funcionarios de EPM trabajaban en EPM ITUANGO a través de los centros de costos.

Por lo demás, no recuerda conforme a sus labores investigativas la mención sobre un contrato de mandato, pero precisó que en los documentos enunciados se habla de una sociedad de propósito especial, como un vehículo financiero a través del cual se pudiera desarrollar o elaborar el BOOMT, sin que pueda explicar qué significa sociedad de propósito específico o vehículo financiero, en su condición de contadora pública.

Ante una pregunta de la Procuraduría, precisa la testigo en cuanto a la licencia ambiental para la construcción del proyecto de la represa Hidroituango, si se sabe de quién es la propiedad, respondió que los terrenos son de propiedad de la hidroeléctrica Ituango y se encuentra esa información en los documentos, por lo cual funciona todavía la hidroeléctrica.

A su turno, la **Dra. MARÍA ISABEL VANEGAS ARIAS**, abogada, con amplios estudios y trayectoria laboral. Adujo que luego de trabajar en las Empresas Públicas de Medellín por espacio de 30 años en el área jurídica, fundamentalmente en los temas relacionados con la contratación, con el cargo la coordinación general de la contratación, se retiró para pensionarse en el año 2009 y posteriormente regresó para prestar asesorías a la Hidroeléctrica Ituango.

Detalló que la Hidroeléctrica Ituango, es una sociedad, empresa de servicios públicos mixta, que fue constituida por escritura en febrero de 1999, autorizada por Ordenanza Departamental desde 1998 y se constituyó como sociedad promotora del Proyecto Hidroeléctrico Ituango, en respuesta a una ambición de muchos años de todos los gobiernos departamentales, de tener lo que ellos llamaban las Empresas Públicas Departamentales, más o menos a semejanza de las Empresas Públicas de Medellín, información que conoció porque la sociedad se constituyó cuando estaba vinculada a Empresas Públicas de Medellín, que se constituyó con el ICEL que era un instituto de energía eléctrica de la Nación con la Empresa Antioqueña de Energía, el Departamento de Antioquia y con un número bastante elevado de ingenieros de la ciudad y del Departamento que estaban asociados con la ASIC, que era la Asociación Colombiana de Ingenieros; posteriormente por el año 2000 o 2001, cuando la transformación de ISA, surge ISAGEN y una reestructuración de esta empresa, llegaron unas acciones de esta última a

Empresas Públicas de Medellín, luego incrementó su participación cuando integró la Empresa Antioqueña de Energía (EADE) a su portafolio de servicios.

Fue llamada por la Gerencia de la Empresa Hidroituango S.A. E.S.P. a dar un concepto en relación con la posible participación de Empresas Públicas de Medellín en un proceso de contratación que esperaban adelantar para buscar la financiación del proyecto más grande que tiene el país y probablemente América Latina en este momento y una de las más grandes del mundo porque es de una capacidad de generación bastante alta y por su magnitud, tiene un costo supremamente elevado y por su experiencia cuando se tiene un costo tan elevado en un proyecto, se tenían recursos propios de financiación, normalmente recursos de la banca multilateral y recursos de fomento y no es tan fácil conseguir recursos de banca multilateral porque la Sociedad Hidroituango es una sociedad que no tiene un patrimonio elevado o no tiene capacidad patrimonial para emprender un proyecto de esta envergadura, por lo que necesitaba vincular un inversionista que se encargara fundamentalmente de la financiación del proyecto, pero por las distintas figuras que se exploraron, esa financiación no podía hacerse; pero eso sí, queda claro junto con los asesores que tenía la sociedad en ese momento, que eran la banca de inversión BNP Paribas y la firma de abogados Prieto & Carrizosa, que es una sociedad de objeto específico cuyo objeto es la promoción y construcción o desarrollo del Proyecto Hidroeléctrico Pescadero Ituango y es el proyecto.

Aseguró que acudir a la financiación a empréstito, es imposible, porque los socios, el Departamento de Antioquia, a través del IDEA y el Departamento directamente, tienen más o menos el 54%, aproximadamente el 44% es de la sociedad y hay 1.6% de privados, y a la hora de dar la garantía al Departamento y el IDEA les había tocado dar una de una proporción en el campo financiero que no estaban en capacidad de dar y por ende, el empréstito, era una figura completamente descartada, aun con banca multilateral y por eso se exploraron muchas figuras, de cómo buscar ese inversionista, llegándose finalmente a lo que en el argot internacional se llama project fines, figura muy utilizada en el Gobierno Nacional en otros campos, pero para el presente, todos los recursos son por parte del inversionista, conociendo en dichos términos sobre la contratación y las modalidades que se estudiaron para ver cuál era la mejor opción que se iba a elegir y proceder de conformidad.

Que cuando se estaba iniciando el proceso de precalificación, se analizaron otras opciones y finalmente con la firma Prieto & Carrizosa, con bastante experiencia en el campo internacional, se recomendó la figura de un BOMT, que explica un contrato mediante el cual un inversionista se vincula a financiar un proyecto de infraestructura y a pagarse con la explotación comercial del proyecto por un período determinado, al cabo del cual revierte o transfiere o entrega el proyecto a su titular, y de ese contrato hay muchas más modalidades, considerando que la más amplia, fue la que seleccionó Hidroituango, que es el BOOMT, que es el equivalente en las concesiones a la reversión, contrato que no tiene configuración legal, atípico, que se usa mucho en el comercio internacional.

Aclaró la profesional, que antes del contrato BOOMT recomendado la firma Prieto & Carrizosa, se seguía en la primera de las fases, el proceso de selección de inversionista y hacer la presentación del proyecto a posibles firmas que estuvieran en capacidad y que pudieran tener interés de presentarse porque se necesitaba atraer un inversionista que cumpliera unos requisitos para financiar y ejecutar el proyecto.

Ilustra a la audiencia, diciendo que lo primero, fue la declaratoria de utilidad pública del proyecto en trámites ante las distintas instancias del Gobierno Nacional, por eso la sociedad contrató la banca de inversión BNP Paribas y empezó a explorar posibles inversionistas y paralelamente, la firma de abogados Prieto & Carrizosa, con el equipo de abogados que tenía la Hidroeléctrica Ituango, al cual entró como asesora. La licencia ambiental se solicitó desde 1999 y el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, la concedió en el 2009 por el estudio de diagnóstico y se venían estudiando alternativas y el procedimiento a seguir, entonces se recomienda la negociación competitiva, que es un procedimiento completamente comercial. Refiere que a Hidroituango no la rige la Ley 80 de 1993, razón por la que podía haber contratado directamente después, entre cualquiera de las precalificados.

Dice que en ese momento la sociedad Hidroituango, decidió por lo que se llamaba un concurso a dos vueltas completamente independientes. La primera vuelta o etapa, era la de precalificación, donde se tenía más o menos, reconocimiento de quiénes estaban en el mercado internacional y que podrían estar interesados en venir a calificar, era hacer una lista entre los que quedarán habilitados desde el

punto de vista técnico, administrativo y financiero, para poder venir a ofrecer la financiación. Después de la precalificación, la sociedad evaluaba si pasaban o a la segunda vuelta que era la subasta porque indudablemente ya el inversionista se iba a seleccionar, que era el que diera las mejores condiciones en la financiación del proyecto, pero esa precalificación no les garantizaba que iban al proceso, porque cualquiera estaba habilitado para desarrollar el contrato, y para el caso, recuerda que participaron dos gigantes chinos, una de ellas Tres Gargantas, que le era una empresa más o menos conocida porque cuando ya estaba en EPM, esta y el gobierno municipal de ese momento, tenían mucho interés en que aquella llegara a financiar un proyecto de EPM, otra firma China que recuerda con el nombre de Sinohidro, un consorcio coreano - japonés KEPKO, que después vinieron a la precalificación en consorcio, cuatro brasileñas llamadas Camargo y Correa, Electrobras, Odebrecht y Andrade Gutiérrez, dos empresas rusas y varias más, y entre otras, se presentó Empresas Públicas de Medellín como única nacional, El proceso a precalificar se hizo en noviembre del 2009 y la resolución de precalificación fue a finales de febrero de 2010 donde precalificaron: Tres Gargantas - la china; la otra no precalificó; KEPKO, Sinohidro; precalificaron las cuatro brasileñas que eran Andrade Gutiérrez, ODEBRECHT, Camargo Correa y ELECTROBRAS y calificó Empresas Públicas de Medellín, fueron siete interesados.

Es contundente y reiterativa en indicar que no había orden de elegibilidad, todos estaban en condiciones de igualdad, habilitaron porque tenían los requisitos de capacidad técnica, financiera y administrativa y si se abría la subasta, ya el que ofreciera las mejores condiciones financieras, iba a ser ese el seleccionado.

Para el proceso de subasta, lo primero con lo que se tiene que empezar es con la decisión de la empresa, de abrir o no el proceso, pero obviamente eso tampoco es decir que se va a hacer un proceso y venga ya, porque hay una fase preparatoria que es la de documentos de la subasta. Para el caso, tan pronto se terminó el proceso de precalificación o la evaluación de los que concurren a la primera fase a la precalificación, se empezó a trabajar con Prieto & Carrizosa y con el equipo de abogados y los técnicos, con todos, a trabajar en los documentos para la posible subasta, que eran las condiciones generales de participación, fijadas en un pliego de condiciones de los contratos comunes o del proyecto que incluía la minuta del

contrato del proyecto, porque había que hacer otros contratos y concretamente, el de usufructo de bienes inmuebles.

Retomando nuevamente el concurso a dos vueltas, como respuesta a una de las preguntas, indicó que dicho concurso a dos vueltas, no implica que si se hace la primera vuelta, sea obligatoria hacer esa segunda vuelta; indicando que en este caso, Hidroituango decidió, y así lo advirtió desde la invitación pública a precalificar, que no se obligaba a dar curso a la segunda fase y en la carta que ellos firmaban, aceptaban que no había reclamación por el hecho de que Hidroituango no pasara a esa segunda etapa y quienes se presentaran a precalificar, eran conscientes de que Hidroituango podía tomar esa decisión. No había, en ningún caso, lugar a indemnización ni a reclamación de su parte, era una decisión completamente autónoma y ellos venían y precalificaban bajo su riesgo, reiterando que así se advirtió en los documentos de precalificación, y efectivamente, el proceso jamás se inició porque siempre hubo la posibilidad de que este proyecto lo pudiera realizar EPM y tal vez por eso, pudo ser la inquietud de Prieto & Carrizosa, de si EPM podía participar o no en la subasta.

Asegura que estaban preparando los documentos para una posible subasta, con el ánimo de poder presentar unos prepliegos en un borrador, lo hacían con paso firme, por los términos y compromisos que tenía la sociedad con el Gobierno Nacional para la entrada en operación, y con esos prepliegos, evitar que cuando ya se abriera la subasta, si se iba a abrir, y se presentaran formalmente los pliegos, se empezara toda esa fase eterna, de aclaraciones, solicitudes, de aclaraciones por parte de los proponentes; sin embargo, esos borradores no alcanzaron a estar en conocimiento, cree que se intentó subir un día y definitivamente se bajaron porque no se iban a poner todavía a disposición, eso ocurrió por ahí como en la tercera o cuarta semana de marzo, pero en todo caso, esos prepliegos si acaso se montaron, fue tres o seis horas y se montaron para que los posibles interesados, los conocieran y pudieran hacer observaciones y preguntas, porque para ese momento ya tenían dos lados favorables: 1) los interesados ya van perfilando como va a ser un proceso; 2) las empresas van conociendo cuáles son las inquietudes que tienen los posibles proponentes y, 3) la publicación era un derrotero para una fase exploratoria.

De las normas de contratación de Hidroituango narró a la audiencia, que un proceso de esta magnitud, tiene que ser autorizado por la junta directiva. El gerente tiene

que ser autorizado por la junta directiva, no podía dar ese paso mientras la junta directiva no se pronunciara. Recuerda, que el gerente de la sociedad en ese entonces era el doctor **LUIS GUILLERMO GÓMEZ ATEHORTÚA** quien convocó a los distintos organismos, a la Procuraduría, Personería, Contraloría, para hacerles la presentación del proyecto, en qué iba, cómo estaba, que todo era de público conocimiento.

El gerente de Hidroituango le pidió a la junta, que como había ya mucha espera, desde junio del 2010, es decir, llevaban cuatro meses desde que se dio la precalificación y no se daba noticia de iniciar el proceso de subasta, que por favor se anunciara públicamente a los interesados que la empresa iba a suspender el inicio de la subasta, e inmediatamente se comunicó a los interesados y a la opinión pública, que la junta directiva había decidido suspender el inicio de la subasta, y ninguna de esas esas empresas precalificadas presentaron algún tipo de reclamación o de objeción a esa decisión de suspensión.

Asegura que cuando le pidieron ese concepto, hizo todo el análisis, y la conclusión fue que, lo primero es que es un proceso que no es de Ley 80 de 1993, pero de todas maneras, la entidad si está obligada a garantizar la transparencia y la igualdad entre los posibles interesados y nadie podía llegar con posición privilegiada, entonces es cuando se analiza si Empresas Públicas tenía información privilegiada que como sí la tenía por estar al interior de la sociedad, se resolvió con que la sociedad pusiera a disposición absolutamente toda la información de la que había dispuesto EPM o conocida por ella, todo lo concerniente a la licencia, que la pusiera a disposición de todos los posibles interesados, así se recomendó con el equipo interno de Prieto & Carrizosa y de esta manera se garantizó esa inquietud de la firma de abogados asesores, tomándose todas las medidas, como que se pusiera a disposición de los interesados de manera exhaustiva hasta donde ellos declararan conformidad con la obligación, toda la información de la que disponía EPM y así se ponía en condiciones de igualdad; incluso para el proceso de la subasta ya se tenía contemplado poner a disposición lo que se llama “un cuarto de datos”, que es un repositorio, donde está absolutamente toda la información del proyecto, de tal forma que los interesados, sin necesidad de derechos de petición, sino simplemente con las visitas al cuarto de datos, fuera presencial o electrónica o por solicitudes de información, obtuvieran toda la información necesaria, porque la obligación de la

sociedad era ponerla a disposición de los posibles interesados y darles el tiempo para el análisis de esa información.

Dijo que la negociación entre las dos sociedades se facilitaba porque son dos empresas públicas; Hidroituango no tiene sino el 1.6% de participación y por eso se rige por el derecho privado, por ser una empresa de servicios domiciliarios, no regida por la rige la ley 489 de 1988, a pesar de que pertenezca al sector descentralizado; que por la cantidad de acciones que tiene o por el porcentaje de capital público, se rige por la Ley 142 y 143 de 1994 y que hasta la Ley 80 de 1994, permite que las entidades públicas contraten entre sí, lo que considera apenas lógico, porque se supone que quienes actúan en representación de los públicos, están actuando en representación de los intereses generales de la comunidad, y la misma Constitución dice que es deber de las autoridades colaborar.

Conceptúa, que era una negociación entre socios, lo que significaba que cualquier decisión la tenía que tomar el máximo órgano de la sociedad que era la asamblea de accionistas, y siendo que esta era de accionistas y por ley 142 de 1994, estas empresas tienen que ser sociedades por acciones y se rigen por el Código de Comercio, por el de las sociedades anónimas.

Enuncia que se generó el acuerdo que consistía en la intención de que iba a explorar con más profundidad la posibilidad de que EPM se hiciera cargo del proyecto; lo primero y muy importante, era que EPM se quedaría a cargo del proyecto, lo segundo, que Hidroituango no entregaba bajo ninguna circunstancia, ni la licencia ambiental que es la que le da la carta de navegación a un proyecto de generación, ni los inmuebles del proyecto, porque se estaba pensando en la figura de un BOOMT y a la empresa le interesaba retener los inmuebles del proyecto, para que sobre ellos se hiciera la hidroeléctrica, y por aspectos contables se aconsejaba dar esos inmuebles en usufructo, amortizar toda la inversión de lo que construía EPM, que en derecho civil, se tiene como mejoras sobre esos terrenos; se acordó amortizarlos durante toda la vigencia de la explotación comercial y transferirle la hidroeléctrica a cero pesos, al vencimiento del contrato, a Hidroituango. Otro acuerdo era que EPM podía hacerlo directamente o a través de una filial que controlara completamente. Ya en asamblea del 26 o 30 de octubre del 2010, se presentó la solicitud de autorización para que Hidroituango negociara el contrato con EPM, y ya autorizada la firma del contrato con Empresas Públicas, entonces se

avisó que definitivamente no había subasta, lo que, informado a los interesados, devolviéndoles la garantía que habían prestado a la sociedad, pero sin indemnización porque no tenían derecho a ella.

Es clara en concluir, que los fundamentos legales que permitían la negociación directamente entre Hidroituango con EPM y que finamente EPM ejecutara y se encargara de la ejecución de ese proyecto, lo permite la Ley 142 de 1994; primero, por la naturaleza jurídica de Hidroituango, que es una empresa de servicios públicos mixta, que de acuerdo con dicha ley, le aplica el derecho privado para el régimen de los actos y contratos, expresión de la enunciada normatividad que está ratificada en la sentencia C 736 del 2007 de la Corte Constitucional y sobre eso, repite, no hay duda, porque la Corte Constitucional fue absolutamente clara, que las empresas de servicios públicos mixtas, no están sometidas al régimen de la contratación pública porque son empresas de régimen especial, además es una empresa de energía, de servicios públicos domiciliarios y las mismas leyes 142 y 143, ambas del 1994, son específicas para el sector de generación, transmisión, distribución de energía y comercialización, y en el sentido de que sus contratos están regidos por el derecho privado, entonces, en estas empresas que son sociedades por acciones, quién toma la decisión de dar las pautas o las reglas para contratar es la junta directiva de Hidroituango, quien además, adoptó un estatuto de contratación directa entre entidades públicas, agregando que desde el primer día, sin necesidad de precalificación, Hidroituango pudo salir a contratar con EPM.

Interrogada por el cumplimiento del principio de transparencia, precisó, que las entidades públicas están obligadas a garantizar esos principios porque la misma ley 142 dice que es el derecho privado, pero cuando son los públicos sin perjuicio de aplicar los principios de la función pública, entre ellos también está el principio de transparencia, y aquí se cumplía porque siendo dos entidades públicas, no hay interés particular de por medio, por lo que prevalece son intereses generales en favor de la comunidad, amén de que no es un contrato de obra pública, sino de financiación de un proyecto que cobija otras obligaciones como son las de construir, operar, mantener y después comercializar; luego, la transparencia es no privilegiar ni los intereses de Hidroituango ni los de EPM.

Agrega que, es por ello que en Hidroituango se ideó la contratación de una tercera banca que llamaron “La Muralla China”, que tenía que ser una banca en la que

coincidieran, que ofreciera conformidad absoluta de confianza, tranquilidad, tanto para Hidroituango como para EPM, por lo que se contrató a INVERLINK. Entonces, Hidroituango era asesorada por BNP Paribas, y a Empresas Públicas la asesoraba Santander Investment, así cada banca tenía una firma de abogados. La de BNP Paribas ya no era Prieto y Carrizosa, sino Brigard y Urrutia, y de Empresas Públicas la firma Neira y Pombo Abogados, pero las bancas de inversión eran las que hacían el modelo financiero y para acercar esos intereses y llegar a una solución, un modelo transparente, claro y de beneficios recíprocos, fue que consiguieron a INVERLINK que hacía lo que llamaron “la Muralla China”, que significa que EPM, no sabe lo que lo que está haciendo Hidroituango, y esta a la vez, tampoco sabe lo que está haciendo EPM, solo lo conoce INVERLINK quien maneja, concilia u organiza con los dos y hace el modelo financiero satisfactorio para ambos.

De la firma de contrato, indicó que la Asamblea de accionistas autorizó que fuera Empresas Públicas directamente o una filial de Empresas Públicas, porque estando vigente el régimen de zona franca que daba ventaja en importación de equipos a la sociedad y como para crearla se necesitaba que fuera una sociedad nueva, Hidroituango escindió parte de su patrimonio y constituyó una sociedad espejo de la que EPM luego fue titular y el gerente de esa sociedad, fue quien firmó el contrato con el gerente de Hidroituango; es decir, en la primera fase del contrato no fue directamente EPM sino indirecto, a través de una filial - EPM ITUANGO quien también por la naturaleza de la misma Hidroituango, era una empresa mixta de servicios públicos que después fue una empresa de capital con 100% público, porque Empresas Públicas de Medellín le compró las acciones a todos los accionistas, y EPM respondía totalmente por esa sociedad que le tocó dar garantía de casa matriz, para hacerse responsable de todas las obligaciones de la sociedad, lo que celebró un mandato con EPM, para que ésta se encargara del desarrollo del proyecto.

Agregó, a modo de sentimiento propio, que la contratación con nacionales era lo mejor y refiere la contingencia del 2018, indicando que si el contrato hubiese estado a cargo una de esas enormes empresas internacionales, ante la contingencia, dejan eso tirado (sic) y le cobran a la compañía de seguros los daños, quedando las comunidades a merced de cuántas malas consecuencias, pero que, gracias a EPM ni una sola vida se ha afectado y todo ha sido debidamente atendido e indemnizado durante la contingencia, aunándose los beneficios de las ganancias de la sociedad,

que se quedan en el país, en el Departamento de Antioquia y en el Municipio de Medellín, para inversiones en estas comunidades y no se va a repartir como capital extranjero.

El DR. GABRIEL JAIME VELÁSQUEZ RESTREPO, abogado y vinculado a EMP a partir de 1999, y desde el 2017 como Gerente Jurídico del Grupo Empresarial, quien, por ende, tiene conocimiento de la empresa EPM ITUANGO y de la empresa Hidroituango desde el momento mismo de la creación, por el ejercicio de sus funciones profesionales al servicio de EPM, porque todos los asuntos jurídicos pasan por su despacho. Indicó que la creación de EPM ITUANGO obedece a tres razones; la primera, es la decisión unánime o mayoritaria de los accionistas de la Sociedad Hidroeléctrica Ituango, quienes tenían el propósito de desarrollar el Proyecto del mismo nombre, cuya titularidad estaba a cargo de la misma Sociedad y era encontrar una empresa que se encargara de su desarrollo como quiera que la Sociedad Hidroeléctrica Ituango no tenía ni la experiencia ni las capacidades técnicas, financieras y operativas para desarrollar directamente el proyecto; por lo que ellos, como dueños del proyecto, estimaron oportuno que se creara un vehículo de inversión, una nueva sociedad para que se encargara de desarrollar el Proyecto Hidroeléctrico Ituango; una segunda razón, es que se hacía muy conveniente, desde la perspectiva económica, la creación de esa nueva sociedad para el desarrollo del proyecto como quiera que la legislación tributaria vigente estimulaba con beneficios tributarios, que operando nuevos proyectos era posible conseguir la zona franca que generaba beneficios tributarios de gran representatividad e incrementaban en el ejercicio financiero del proyecto; y, la tercera razón, era para aprovechar que antes de entregarle el proyecto a un tercero, eventualmente con carácter internacional, se agotara la posibilidad de que ellos mismos o por lo menos parte de los accionistas de la Sociedad Hidroeléctrica Ituango, fueran quienes la desarrollaran.

Precisó, que las decisiones que se toman en la sociedad se tomaban en la Asamblea General de Accionistas y allí se puso a consideración y en una amplísima manifestación de voluntad de aprobación a esa iniciativa de que se constituyera una nueva sociedad por la vía de la escisión de la Sociedad Hidroeléctrica Ituango, para que dicha sociedad escindida, con los mismos integrantes de la Sociedad Hidroeléctrica Ituango, fuera la que se encargara de desarrollar el proyecto, la

votación fue superior al 97% de votos favorables. La decisión, fue constituir entre ellos mismos una sociedad de propósito específico por la vía de la escisión empresarial que se encargara de desarrollar el Proyecto Ituango previa la suscripción de un contrato que le facultaba, no solo la construcción sino la comercialización de la energía, el aprovechamiento comercial del proyecto; y en consecuencia, se procedió, no solo a la votación de esa decisión sino a la instrumentalización de la misma, que a la postre llevó a la creación de EPM ITUANGO.

Igualmente se reiteró que la Sociedad Hidroeléctrica Ituango es una empresa de servicios públicos domiciliarios de carácter mixto, lo que significa que tiene el capital social, aportes públicos y privados; públicos de alrededor del 98% y de privados del 2% restante. Por su parte la empresa creada, EPM ITUANGO, es sociedad igualmente de servicios públicos domiciliarios mixta como quiera que tenía participación pública y residual una participación privada.

Indicó que creadas las dos sociedades, como la Sociedad Hidroeléctrica Ituango se reservó, entre otras cosas, la titularidad de la licencia ambiental, la nueva sociedad, EPM ITUANGO, no podía, sin que mediara un contrato, adelantar la ejecución del Proyecto Ituango, por lo que se hacía necesario, suscribieran un contrato para que la Sociedad Hidroeléctrica Ituango le entregara lo que fuera necesario y útil, a EPM ITUANGO, para el desarrollo del proyecto y en ese estudio participaron tanto los abogados de la Sociedad Hidroeléctrica Ituango, los abogados de EPM, las bancas de inversión que apoyaban una empresa y la otra, e incluso, algunas autoridades de control en la ciudad de Medellín, todas concluyendo al unísono, que el instrumento jurídico adecuado para el propósito, era el de la suscripción de un convenio interadministrativo como quiera que se estaba en presencia de un contrato que vinculaba dos entidades públicas y que por disposiciones de ley, están no sólo facultadas sino promovidas para que sus relaciones de coordinación y promoción de productos comunes, se instrumente a través de los denominados convenios o contratos interadministrativos que se hacen por la vía directa, con una sola oferta, la de EPM ITUANGO; ambas como empresas de servicios públicos que son una categoría jurídica creada desde la ley 142 de 1994, tienen un régimen propio especial, exceptuado del régimen de contratación pública; es decir, sometidas a un régimen predominantemente del derecho privado.

Posteriormente, ambas empresas fueron vertiendo en sus manuales de contratación, ciertas pautas, criterios, principios y reglas que, circunscribían su actividad y tanto en un manual de contratación como en el otro, de todas las empresas de servicios públicos, está previsto, la posibilidad de contratar directamente en razón a su condición de entidad pública, convenios o contratos interadministrativos, igual, como desde hace muchísimos años, en el derecho contractual público, entre las entidades estatales sometidas al régimen general de la contratación pública.

Concretó que se suscribió un contrato atípico que se le conoce usualmente como el contrato del BOOMT; su estructuración estuvo acompañado de una banca de inversión, lo mismo hizo Empresas Públicas de Medellín; y entre ambas se pusieron de acuerdo en contratar una tercera banca de inversión; eran BNP Paribas, Santander Invesmet; y una tercera banca, INVERLINK, todos acompañando el estudio y asesoría a las partes en la suscripción de relación pública contractual. De INVERLINK indicó, que hizo parte como de una estrategia que en un momento se denominó el de “la muralla china”, oficiaba como un tercero dirimente entre los estudios, las propuestas y los análisis, que las bancas de cada de las partes, la estaban haciendo y proponiendo, y lo que se pretendía era que hubiera cierto grado de confianza recíproca o cierto grado de independencia, de imparcialidad en las conclusiones, los estudios y los análisis que cada una de las partes hacía, en el ánimo de no favorecer los intereses de la parte asesorada y como cada una tenía su propia banca de inversión, se estimó oportuno, acogiendo una práctica comercial internacional, nombrar un tercero que oficiara como un neutralizador, que pudiera filtrar, procesar y depurar un poco los conceptos y los estudios que presentaban cada una de las partes a través de sus bancas de inversión; es más, la Sociedad Hidroeléctrica Ituango, no sólo se encargó directamente de hacer el estudio, sino que estimó oportuno acompañarse igualmente de oficinas de abogados, la firma de Prieto y Carrizosa y también la oficina de Brigard y Urrutia, como consejeros que tuvieron siempre a la mesa, por parte de la Sociedad Hidroeléctrica Ituango, y de parte de EPM, contrataron una oficina especializada que fue la oficina Medina y Pombo; todos ellos seguros de la juridicidad de ese contrato, para todos ha sido y será el canal adecuado, correcto y apropiado para la celebración de un convenio que le interesa a dos entidades públicas, en los que además subyace la condición de dueños y accionistas de la iniciativa de desarrollar el proyecto; incluso, la Personería Municipal de Medellín conceptuó sobre este mismo particular, en

ejercicio de su función preventiva; es reiterativo en precisar, que todos ellos apoyaron, estudiaron, evaluaron, ponderaron todos los matices de circunstancias propias de un proyecto de esa envergadura y en esas elaboraciones de negocios empresariales, administrativas, financieras, también estaba, con especial relevancia, el apoyo jurídico de la estructuración del negocio.

Siguiendo la narrativa, explicó que el contrato se firmó con EPM ITUANGO, que es una sociedad autónoma e independiente de EPM casa matriz, quien ofició como garante de todas y cada una de las obligaciones adquiridas por EPM ITUANGO con ocasión del contrato BOOMT y, por exigencia de la Sociedad Hidroeléctrica Ituango, como el contrato se estaba celebrando entre EPM ITUANGO, que era una nueva sociedad, distinta de EPM casa matriz, la sociedad le pidió que la casa matriz fuera un deudor o garante solidario de todas y cada una de las obligaciones que adquiriera la Sociedad EPM ITUANGO que en última era quien iba a ejecutar el proyecto, situación que se consagró en la suscripción de lo que se denominó como la TIC, el título de garantía; empero, finalmente, el proyecto no fue desarrollado por EPM ITUANGO, a pesar de que comenzó a ejecutarlo, porque la postulación a la zona franca que se hizo, se frustró después del trámite dispendioso de los estudios correspondientes en estas autoridades nacionales y al caerse esa expectativa que justificaba la creación de EPM ITUANGO, hizo que los dueños del proyecto se volvieran a sentar en la mesa para tratar de buscar otras economías que se le pudieran trasladar al proyecto, ya no fue el beneficio tributario de la zona franca sino se encontró otra opción que era que el proyecto volviera a cambiar de titular a EMP casa matriz que gozaba de otro beneficio tributario que era el contrato de estabilidad jurídica y que si migraban el contrato de EMP ITUANGO a EPM casa matriz; y en consecuencia, se iba a acrecentar el ejercicio financiero, económico en beneficio del proyecto. Precisó que el contrato de estabilidad jurídica es un contrato que tenía suscrito EPM, en su negocio de generación, con el Estado Colombiano a través de la DIAN y el Ministerio de Minas y Energía y esos contratos de estabilidad jurídica, lo que busca es garantizar a los inversionistas, un régimen tributario conocido y establecido a partir del cual ellos pueden planear y ejecutar un proyecto sin el riesgo ni el temor de que las normas tributarias venideras vayan a agravar la situación financiera del proyecto, sin consecuencias.

Precisó que el doctor **LUIS JAVIER VÉLEZ** no participó en las negociaciones de la estructuración del BOOMT, pues lo único que hacían, quienes no eran

representantes de EPM ni del IDEA ni del Departamento y era circunstancial, brindar apoyos técnicos o financieros y no recuerda que el doctor Vélez Duque haya participado en ninguna de esas deliberaciones ni reuniones.

En el conainterrogatorio, además de reafirmar el testigo lo ya expuesto, se le indagó por la exploración inicial de posibles ejecutores del proyecto y si lo fue a nivel internacional, precisando que se abrió una consulta de mercado, para ver si existían interesados nacionales o extranjeros que cumplieran perfiles técnicos, financieros y jurídicos para ser considerados por la sociedad, como posibles ejecutores del proyecto; indicando que no había ni primero, segundo o tercero, sino son unas concurrencias de razones. A pregunta de la Fiscalía se con la empresa foránea no se podía celebrar un contrato interadministrativo, precisó que no, que si no son estatales, no se pueden celebrar convenios interadministrativos y siguiendo el conainterrogatorio se le indagó por la estabilidad jurídica que suscribió EPM, señalando que lo es para el negocio de generación, no para un proyecto específico, que es muy usual que en el mercado internacional, que la entidad o entidades interesadas en procesos de contratación, abran procesos de carácter no vinculante, con el propósito simplemente de explorar mercados, de conocer interesados posibles en un eventual e hipotético caso de contratación, repitiendo que son procesos que no tienen carácter de vinculante, simplemente hacen un referenciamiento de mercados y de consulta de interesados en procesos que eventualmente e hipotéticamente más adelante, la entidad convocante pudiera abrir, si estuviera interesada en ello y en esa exploración EPM participó, manifestó su interés y acreditó que tenía tanto capacidad técnica, financiera y experiencia, requeridas, por si la sociedad más adelante se viera interesada en abrir algún proceso de contrato alguno.

El **DR. MAURICIO ALBERTO RESTREPO TERREROS**, abogado, con especialización en derecho Tributario y en Regulación de Servicios Públicos, con amplia experiencia que comenzó en el año 88-89 y en su trayectoria laboral cumplirá 25 años en Empresas Públicas de Medellín E. S. P., laborando siempre en el área de negocios, prestando asesoría a diversos proyectos que tiene la empresa, así como a la prestación del servicio de asesoría de contratos de ventas de energía y demás funciones que encarga la empresa, participando en los proyectos de la descapitalización de la venta de acciones de ISAGEN; en unos contratos de venta

de energía internacionales en Ecuador, asesorando al proyecto Ituango, en temas especiales del contrato BOOMT que es un contrato que celebró EPM de manera indirecta, a través de un vehículo de inversión que se llamó EPM ITUANGO, para la construcción completa, interviniendo financiación, diseño y operación comercial de la Central Hidroeléctrica Ituango y participó en la elaboración de ese contrato, en las discusiones, en las mesas de trabajo para llegar a un texto final que fuera avalado y aceptado por la empresa en cuanto a sus obligaciones y las de la contraparte.

Precisó que la naturaleza jurídica de EPM Ituango, es una empresa creada de la escisión patrimonial de la Sociedad Hidroituango que se creó con un propósito especial para poder acudir a la construcción de la central hidroeléctrica y el compromiso era que EPM fuera la que manejara, controlara a EPM ITUANGO y la relación jurídica de ésta con EPM, es Empresas Públicas de Medellín era la matriz de la filial EPM ITUANGO.

Frente al contrato BOOMT, narró que, después de varias mesas de trabajo en donde se acordaron todas las condiciones que debía tener ese contrato y luego de examinado todos los requisitos que debían reunirse por parte de la empresa y la firma de abogados asesores para poderlo celebrar, respetando todas las reglas de negociación, se procedió por parte de la empresa en una ceremonia especial en la que concurrieron varias autoridades del departamento y del municipio por la trascendencia que tenía, a la firma del contrato como tal.

Con la exhibición del documento identificado como el contrato BOOMT celebrado entre la Hidroeléctrica Ituango S. A. E. S. P. y EPM ITUANGO S. A. E. S. P., que comienza por la primera página, que después del índice contiene la parte de los antecedentes del contrato BOOMT, lo reconoce porque participó en su elaboración y como jefe del departamento de jurídica, le expidió el visto bueno para la suscripción.

El testigo identifica cada uno de sus folios hasta llegar a la firma del doctor **LUIS JAVIER VÉLEZ DUQUE** gerente de EPM ITUANGO S. A. E. S. P., precisando además que firmó todos los folios del documento con la que se indica al gerente que puede firmar, porque ya había sido revisado.

Insiste que fue revisado en profundidad el contrato BOOMT de parte de Hidroituango, ellos tenían dos abogados y además dos bancas de inversión que proveían también el servicio de asesoría legal, era Prieto Carrizosa y después la firma Brigard y Urrutia y de parte de Empresas Públicas de Medellín, la asesoría legal la brindaba una firma que se llamaba en ese entonces Holguín, Neira y Pomo y otros abogados de carácter financiero que venían del exterior a participar en las mesas de trabajo.

En el conainterrogatorio, se confirmó que se hizo en contratación directa como se pactó entre Hidroituango y EPM. También se refirió a la creación EPM ITUANGO como sociedad vehículo con fines a obtener los beneficios de la zona franca que eran beneficios tributarios para el contrato BOOMT. Que la sociedad EPM ITUANGO fue liquidada al no poderse tramitar la zona franca y se hizo una cesión del contrato a EPM para que lo pudiera desarrollar de forma directa.

Por lo demás asegura, que participó desde septiembre u octubre de 2010 en la negociación hasta la firma del contrato a finales de marzo de 2011, e indicó las reglas de la negociación y las características inmodificables. También hizo referencia al ingeniero **LUIS JAVIER VÉLEZ DUQUE**, indicando que lo conoce por la antigüedad y el rango jerárquico sobre el cargo que ostenta el testigo en la empresa Públicas de Medellín.

De las firmas de abogados que participaron, así como que, del contrato, dice que fue una decisión aprobada por la asamblea de propietarios de Hidroituango, y que la fecha de la escisión patrimonial mediante la cual se creaba a EPM ITUANGO, cree que en octubre de 2010.

En preguntas complementarias de la representación del Ministerio Público, sobre los efectos jurídicos que tenía para EPM que el contrato inicialmente con Hidroituango se suscribiera con EPM ITUANGO S. A. E. S. P., aclaró que EPM iba a ser una filial de EPM como casa matriz, quien controlaba a EPM ITUANGO. Así se había dispuesto, y que ese fuera el mecanismo, el vehículo de inversión para que EPM pudiera ejecutar el contrato de manera indirecta y, el efecto jurídico es que, de forma práctica, el contrato lo ejecutaba y desarrollaba EPM y el visto bueno para la firma del contrato se lo generó el juicioso consenso con las otras firmas de

abogados que lo estudiaron con todas y sus características, donde se discutió al interior de su área jurídica.

El **Dr. ANDRÉS MAURICIO CÓRDOBA CASTRILLÓN**, abogado, es desde el año 2010 empleado de Empresas Públicas de Medellín y actualmente en la Gerencia Jurídica, Crecimiento y Consolidación, que antes se llamaba Secretaría General de Empresas Públicas de Medellín.

Informó que EMP ITUANGO, se trataba de una sociedad que provenía de una escisión y lo primero que estudió fue la escritura de escisión, porque en la asamblea de accionistas de la Sociedad Hidroeléctrica Ituango en octubre de 2010, se tomó la decisión de escindir una porción del patrimonio de Hidroituango S. A. E. S. P., para crear una sociedad que se iba a denominar EPM ITUANGO S. A. E. S. P., con el propósito de que EPM desarrollara el proyecto, ya fuera directamente o a través de este vehículo que se denominaría EPM ITUANGO S. A. E. S. P., escisión que obedeció a que en su momento, la legislación en materia de zonas francas, exigía que debía ser una sociedad nueva, requisito que no lo cumplía Empresas Públicas de Medellín, y este beneficio traía beneficios tributarios sobre los cuales se estaba haciendo todas las proyecciones de esta construcción de la hidroeléctrica y por eso es que los accionistas de la sociedad Hidroituango decidieron entonces que iba a ser por medio de una escisión y una vez se escindiera, la sociedad nueva iba a tener una participación societaria espejo, es decir, iba a tener la misma participación societaria de los accionistas de Hidroituango, que iba a tener la misma composición inicial de Hidroituango, indicando que Empresas Públicas de Medellín tenía un 46.3% en Hidroituango.

Entre los socios mayoritarios estaban la gobernación y el IDEA, que en total, sumaban aproximadamente el 99% y con esa participación societaria pasaba a la nueva sociedad, pero con una novedad, y es que previamente se acordó que todos los accionistas de la sociedad, vendieran las acciones de esa sociedad futura, la que se iba a crear, y la razón era precisamente para que EPM pudiera desarrollar el proyecto por intermedio de esa sociedad que iba a ser un vehículo de EPM, por eso desde su inicio, se habló primero del nombre, que coincidiera con el de EPM, EPM ITUANGO y, segundo, incluso desde la misma decisión, los accionistas de la

Sociedad Hidroeléctrica Ituango decidieron quiénes compondrían la junta directiva, que eran funcionarios de EPM, como que también lo fuera su representante legal.

Indicó que una vez se dieron todas las autorizaciones, se llevó a la Cámara de Comercio en marzo del 2011, y a partir de esa fecha, nació a la vida jurídica EPM ITUANGO como una sociedad beneficiaria de la escisión de Hidroituango S. A. E. S. P., y la junta directiva que fue nombrada en la asamblea de escisión de Hidroituango, se reunió siendo su objetivo autorizar al representante legal en su momento, para que suscribiera el contrato BOOMT, por medio del cual se encargaba la construcción de la hidroeléctrica.

Se le pone de presente al testigo, el acta No. 01 de la Sociedad EPM ITUANGO del 29 de marzo de 2011, de la que se precisó entre otras, el numeral 5o que corresponde a la autorización para suscripción contrato BOOMT y el 6º de la autorización para la suscripción del contrato con Empresas Públicas de Medellín S.A E. S. P., porque la junta directiva autorizó por unanimidad al gerente y representante legal de la sociedad EPM ITUANGO S. A. E. S. P., para suscribir el contrato BOOMT con la sociedad Hidroituango S. A. E. S. P., conforme al objeto y clausula general del mismo, en los términos negociados por Empresas Públicas de Medellín con la sociedad Hidroituango S. A., dejando claro que en la escritura se pueden encontrar todas las razones que se tuvieron para la constitución de la sociedad.

Recuerda que EPM ITUANGO S. A. E. S. P., fue constituida desde el inicio como un vehículo para que fuera EPM quien desarrollara el proyecto por intermedio de él, y como EPM ITUANGO no iba a ser una sociedad operativa propiamente dicha, ni a tener empleados que gestionaran directamente el Proyecto Hidroeléctrico, sino que iba a ser Empresas Públicas de Medellín, EPM ITUANGO suscribió un contrato de mandato con Empresas Públicas de Medellín, para que ésta fuera quien gestionara todo lo concerniente al desarrollo de Proyecto, y también frente al cumplimiento de todas las obligaciones societarias de EPM ITUANGO S. A. E. S. P. fueron las razones por las cuales se suscribieron.

Continúa precisando, que la garantía de casa matriz es un anexo del contrato BOOMT, porque el proyecto lo iba a desarrollar EPM, pero quien estaba firmando el contrato era su filial EPM ITUANGO S. A. E. S. P. y como era un vehículo, el

contratante Hidroituango exigió que EPM diera una garantía de casa matriz sobre EPM ITUANGO, es decir, EPM garantizaba que se iba a cumplir el objeto por parte de EPM ITUANGO, lo que se hizo sin ninguna objeción. Concluyó que EPM ITUANGO, fue liquidada porque se constituyó como una sociedad nueva para aplicar a los beneficios de zona franca y así se hizo la solicitud, pero a finales del 2012 llegó la decisión definitiva del Ministerio negando la zona franca, y por ello los accionistas mayoritarios de Hidroituango y de EPM analizaron y concluyeron que la mejor manera de aprovechar los beneficios tributarios, ya que no podían aprovechar de la zona franca, era con los beneficios tributarios en Empresas Públicas de Medellín y se llevó a aprobación a las asambleas, tanto de Hidroituango, contratante y de EPM ITUANGO contratista, la decisión final de ceder el contrato BOOMT a Empresas Públicas de Medellín, la porción contractual para que ya siguiera siendo formal y materialmente el contratista de este Proyecto Hidroeléctrico Ituango, y tomada esa decisión, ya no había razón de la existencia de EPM ITUANGO, creada como espejo, con el objeto único de que construyera la hidroeléctrica; tomada la decisión de liquidar la Sociedad EPM ITUANGO, se nombró liquidador y se tramitó y culminó el proceso en los términos del Código de Comercio.

En el contrainterrogatorio, la fiscalía indagó si en la junta estuvo el doctor **LUIS JAVIER VÉLEZ DUQUE**, confirmando que sí, que no se presentaron objeciones y hace la claridad que aquel no era miembro de junta, por tanto, él no votaba, estaba presente y tenía voz pero no voto y concurría en calidad de invitado, precisamente porque había sido nombrado previamente como representante legal, haciendo claridad que los administradores y los gerentes, no están obligados a asistir pero nunca tendrán voto en las juntas directivas, solamente son los miembros de éstas quienes tienen voto y la junta directiva de EPM daba las autorizaciones o las directrices de lo que debía hacer el representante legal y éste procede simplemente con la firma.

El **Dr. MIGUEL ÁNGEL ORTEGA CAMARGO**, abogado y en este proceso investigador judicial, en este caso, respecto del doctor **LUIS GUILLERMO GÓMEZ**, realizó peticiones a diferentes entidades privadas, así:

1-. A la Sociedad Hidroituango, los conceptos jurídicos de la gerencia de la empresa, consistentes en la celebración del contrato BOOMT, cual era para la construcción,

desarrollo y administración del proyecto hidroeléctrico, recibiendo de allí cuatro conceptos emitidos por unas firmas de abogados, Prieto y Carrizosa y Brigard y Urrutia. Se incorporan como medio de prueba documental, el concepto jurídico realizado por la Sociedad Prieto y Carrizosa Abogados del 13 de octubre de 2009, dirigido a la secretaría general de Hidroituango, realizado por los doctores Juan Fernando Gaviria, Carolina Duque y Carolina Aguirre.

2-. Concepto jurídico a la Sociedad Hidroituango, de la firma de abogados Prieto y Carrizosa, de fecha 18 de mayo de 2010, dirigido al doctor **LUIS GUILLERMO GÓMEZ ATEHORTÚA**, contiene los documentos del proceso de la subasta para adjudicar la construcción, financiamiento, operación, mantenimiento y transferencia futura de la central de generación Pescadero Ituango que consiste en un concepto jurídico de la oficina de abogados Prieto y Carrizosa, suscrito directamente por el doctor Juan Fernando Gaviria. Se incorpora al juicio.

3-. Dos memorandos que versan sobre el tema de la Zona franca permanente especial y conflictos de interés. Se incorporación como medio de prueba documental que consiste en un concepto jurídico de la oficina de abogados Brigard y Urrutia del 6 de septiembre de 2010, dirigido a la Hidroeléctrica Ituango S. A. E. S. P.

4-. Concepto de la firma Brigard y Urrutia, de fecha 17 de septiembre de 2010, memorando dirigido a Hidroituango S. A. E. S. P., de Carlos Umaña y Claudia Navarro, de la firma de abogados Brigard y Urrutia, sobre el mecanismo de monitoreo y control como consecuencia de la celebración de un contrato BOOMT para la financiación, construcción, operación, mantenimiento, explotación y restitución de una Central de Generación Hidroeléctrica Pescadero Ituango. Se introduce como medio de prueba y atañe al concepto jurídico presentado por la oficina de abogados de Brigard y Urrutia a la Sociedad Hidroituango S. A. E. S. P., el 17 de septiembre del 2010 en 12 páginas.

El **Dr. JUAN GONZALO ÁLVAREZ RESTREPO**, administrador de negocios, especializado en negocios internacionales. Dijo en su testificación juramentada que trabajó para la Sociedad Hidroeléctrica Ituango S.A. E.S.P. durante algo más de dos años en el cargo de estructuración financiera donde se vinculó a principios del año de 2009 y fue llamado para un proceso de estructuración financiera del proyecto de Hidroituango, empresa de la que sabe, es una sociedad de donde había una

participación por parte de la Gobernación de Antioquia, Empresas Públicas de Medellín y había un interés claro de poder construir el proyecto para el cual fue contratado a fin de ejercer una función de coordinación en la estructuración financiera del mismo.

Relató a la audiencia, que en su momento el proyecto hidroeléctrico se llamaba Pescadero Ituango, que posteriormente tomó el nombre de Hidroituango como el de la sociedad, que es un proyecto de generación de energía eléctrica, el más grande del país, un proyecto bastante importante, con unos retos muy importantes en materia de viabilidad financiera para llevar a cabo el mismo. Se inició primero con una contratación de una banca de inversión para lo cual se hizo todo un proceso donde se invitaron alrededor de 7, 8 o 10 bancos o instituciones de bancas de inversión para que les dieran unas propuestas, se seleccionó una firma de abogados que los acompañara, y para la selección de la banca de inversión se seleccionó un asesor para preparar los pliegos, todas con experiencia internacional dada la magnitud del proyecto.

Asegura que lo que se buscaba fundamentalmente era la viabilidad de un proyecto en donde la consideración de los socios, el principal, la Gobernación de Antioquia, quería hacer el proyecto sin la necesidad de tener que poner recursos de capital, y es por ello fue que en compañía de la banca de inversión que los acompañó BNP Paribas; asesor que básicamente trae a los proyectos el conocimiento de un mercado internacional de posibles oferentes y de consecución de recursos de financiamiento para entrar a participar dentro de la ejecución del proyecto, el acompañamiento a la coordinación de estructuración, hacía viable la financiación.

Indicó que después de hacer un barrido completo en todas las alternativas, encuentra que la mejor alternativa era un BOOMT, lo que implicaba buscar un tercero que viniera e hiciera el proyecto, pero bajo unos condicionamientos fundamentales y era que el proyecto tenía que ser desarrollado por una firma que: (i) tuviera experiencia, ya fuera en la construcción y operación de las mismas, (ii) que tuviera definitivamente la capacidad financiera de hacerlo, principalmente por la magnitud del mismo, (iii) también que asumiera los riesgos de la construcción que era fundamental dentro del mismo, y (iv) y muy importante, y es que el control del proyecto y la propiedad del mismo no se perdiera por parte de la sociedad, pues todas esas aristas daban los matices que estructuran un contrato BOOMT, siendo

así como procedieron a hacer una invitación internacional, a través de nuestra banca de inversión, sacando un resumen del proyecto y la banca se encargaba de distribuir por toda su red mundial, buscando los interesados.

Expresó que, fue bastante el número de empresas interesadas que manifestaron su interés en conocer el proyecto, más de 18 firmas y procedieron a hacer el proceso de precalificación, imponiendo unos requisitos técnicos y financieros, siendo un proceso que iba avanzando en la medida en que se iban adelantando cada uno de los pasos; puntualizando que ellos tenían una fecha máxima para entrar en operación, porque el proyecto ya se había presentado a la subasta de energía firme, ya estaba considerado dentro de lo que era el planeamiento de generación de energía en el país que entrara en operación en diciembre del año 2018.

Entonces, proceden a hacer la precalificación, y cree que fueron seis consorcios, todos internacionales, uno solo colombiano que es Empresas Públicas de Medellín, que posteriormente se pensó en el camino, cómo iba a ser la selección, por lo que se consideró que la mejor forma sería una subasta, concluyendo que esa precalificación no tuvo ningún orden o ranking, solo si cumplen o no cumplen; y de todos los presentados, quedaron seis consorcios que cumplían con los prerequisites.

Explicó que la evaluación de precalificación se hizo internamente en Hidroituango, acompañados de los abogados y de las bancas de inversión, se hizo un chequeo completo de toda la documentación presentada por cada uno de los mismos y al final se estableció quiénes entraban a precalificar y quiénes no. Las enunciadas Empresas Públicas de Medellín, Electrobras, Camargo Correa, Andrade Gutiérrez, Tres Gargantas y Kepko, que eran los coreanos, precisando que los internacionales preguntaban muchas veces, del por qué se buscaba a alguien internacional que viniera a hacer un proyecto, sabiendo que era un proyecto en Colombia que nadie lo conocía, y también que se sentían en desventaja con respecto a Empresas Públicas de Medellín, siendo socia de la empresa Hidroituango y porque conocía en detalles el proyecto.

Es por ello, que les manifestaron a los interesados que garantizarían la información disponible para cada uno de los proponentes y que fuera exactamente la misma que tenía Empresas Públicas de Medellín, buscando el equilibrio entre los oferentes,

previando que iban a hacer una subasta y como ese proyecto tenía básicamente toda la información de diseño final del mismo, se encargaron de que tuvieran la información, y por eso se hicieron reuniones individuales y visitas de campo con los interesados y básicamente se les dijo que se sintieran tranquilos porque contaban con toda la información necesaria para poder hacer una oferta.

Dice que es ahí cuando vieron que, ese contrato definitivamente les iba a tomar demasiado tiempo y como tenían un lapso máximo de entrada en operación, vieron la dificultad de continuar con el mismo, y por esa razón se decide la suspensión del proceso, es decir, la subasta que no se había iniciado, porque estaban en ese proceso de llegar a un constructor del proyecto.

Asegura que es ahí cuando se acude a la alternativa de mirar la factibilidad de negociación directa con Empresas Públicas de Medellín, previo a muchas consultas jurídicas que se tenían que hacer para mirar lo que eso implicaba y si se podía realizar, entonces, recibidos los conceptos, se tomó la decisión de iniciar un proceso de negociación directa con Empresas Públicas de Medellín bajo el mismo concepto que se había desarrollado durante un año que era un contrato BOOMT, y duró algo más de un año entre la negociación y los términos.

Frente al motivo por el cual se seleccionó a Empresas Públicas de Medellín para la contratación directa, señaló varios motivos, que cumplía con los criterios de precalificación que habían hecho y eso era fundamental y tenía la experiencia y capacidad financiera exigida para hacerlo y siempre se habló del riesgo de la contraparte y en las diferentes discusiones se concluía que se tenía más riesgos siendo una empresa extranjera y por ello era mejor, que una empresa colombiana hiciera el proyecto, llegándose a la conclusión de que Empresas Públicas, tenía total capacidad, conocimiento y experiencia para hacer el proyecto de Hidroituango.

Referente a la elaboración del contrato BOOMT que se suscribió finalmente con la sociedad EPM, expresa que su participación fue activa en todas las negociaciones, de cláusulas aportadas en el contrato, comentando que dentro de la misma estructuración que es normal en todos los proyectos, se crean vehículos, buscando eficiencias, ya sean fiscales o de costos, y aquí independiente al vehículo que fuera, siempre se mantuvo el requerimiento para que quien estuviera soportando el proyecto fuera Empresas Públicas de Medellín casa matriz, ya que el contrato se

firma con un vehículo creado para hacer el proyecto, pero con una garantía de casa matriz, porque la sociedad requería que quien estuviera respondiendo por el proyecto fuera su casa matriz.

De los intervinientes del contrato, expresó que Empresas Públicas tenía la condición de accionista de la Sociedad Hidroituango y también intervino en el contrato BOOMT, las bancas de inversión, estaban los abogados, es decir, el equipo jurídico de Empresas Públicas de Medellín, el doctor Neira, porque EPM tenía su banca de inversión que era Santander, Hidroituango BNP Paribas; así que participaron abogados propios, financieros y el equipo de Empresas Públicas de Medellín por las diferentes áreas, la Sociedad Hidroituango con el acompañamiento de dos firmas de abogados, inicialmente con Prieto y Carrizosa y posteriormente con la firma Brigard y Urrutia.

Interrogado por la “muralla china”, precisó que es un concepto que se utiliza mucho en la banca de inversión y la misma puede estar trabajando dos proyectos, y que se habla de una muralla china, básicamente donde los funcionarios que trabajan dentro de la misma institución no se intercambian información, y para el caso, existía el tema de tres bancas de inversión, todas conociendo básicamente los números del proyecto. Santander como banca de inversión de Empresas Públicas de Medellín, Hidroituango con BPN Paribas y la tercera INVERLINK, en donde básicamente lo que hizo fue reunirse con Hidroituango, mirar el modelamiento financiero del proyecto, sentarse con Empresas Públicas de Medellín a hacer lo mismo y tratar de mediar y buscar los puntos comunes y las diferencias para acercarlos y llegar a un modelo único, como se hizo.

Asegura que el contrato BOOMT tiene una particularidad, porque cuando el proyecto empezara a operar, y a generar energía, en ese momento se tiene que sentar Hidroituango y el contratista Empresas Públicas de Medellín para determinar la remuneración que va a tener Hidroituango, por lo que se tenía que llegar a un modelo único, y eso fue lo que se hizo.

Es contrainterrogado, del por qué se hace la oferta pública para precalificar y no directamente en Empresas Públicas que ya se tenía como accionista de esta sociedad, consideró que el hecho de abrirlo y oír diferentes posibilidades, es abrir alternativas, no precisamente de contratar de manera directa con Empresas

Públicas de Medellín, dada la magnitud del proyecto, se dio la sorpresa que llegaron muchos interesados internacionales, precisando que cuando se hace esa invitación pública a precalificar se crea una expectativa para participar del proyecto, posteriormente es que sale el tema de la subasta, pensando que sería la forma de hacerlo, porque si se estuviera simplemente contratando, se precalifica y el que mejor oferte, el menor costo, se le adjudica. Sin embargo, en este caso no era así, por el contrato, tenía esa particularidad, que era un contrato completamente atípico en estas operaciones, y entonces en esa gestión que traían, se le dio el nombre de subasta, insistiendo que fue algo que se fue armando poco a poco hasta llegar a la conclusión final, que ya no se realizó por lo de la contratación directa.

En contundente en afirmar, que las empresas que calificaron para una posible selección, como contratista, no recuerda que hicieran manifestación de inconformidad, pero al interior del proceso si había definitivamente, un sentimiento de que lo más lógico era que se contratara directamente con Empresas Públicas de Medellín, haciendo hincapié que como el proceso era totalmente transparente, y todos los participantes se sentían en igualdad de condiciones con Empresas Públicas de Medellín, porque suministraron completamente toda la información y eso era fundamental para ellos, pero al final, se toma la decisión más lógica que se pudo hacer, porque además, EPM, era quien había participado en el diseño del proyecto, lo conocía hacía mucho tiempo, eran locales, conocían la zona, el tema de seguridad que en Colombia siempre ha sido de importancia y se buscaba capacidad técnica y financiera, lo que empresas Públicas cumplió a cabalidad.

Concretó que una cosa es la subasta y otra es la contratación directa, que no fueron procesos paralelos, porque primero se suspendió la subasta y posteriormente se inició la negociación directa, reiterando que él participó en todas las juntas que tenía que ver con los avances del proyecto y el tema del proceso de selección internacional que sacaron, que era una precalificación, que una vez suspendido ese proceso, se inició una negociación directa y se suspendió en una junta directiva que cree, fue en el mes de junio del 2010 cuando ya se habían publicado los prepliegos, y lo único que se calificó es capacidad técnica y capacidad financiera, sin que existiera orden de elegibilidad.

Este testigo perito, Dr. Carlos Alberto Atehortúa Ríos, traído por la defensa del doctor **LUIS GUILLERMO GÓMEZ ATEHORTÚA**, en su extensa intervención, muy

pedagógica por cierto, expresó con suficiencia y claridad temas puntuales, por ejemplo, que la calificación jurídica de empresas de servicios públicos domiciliarios no existe, que por el contrario, su calificación es de empresas de servicios públicos y son nuevas frente al ordenamiento jurídico, que se someten a un régimen jurídico mixto que es del derecho privado para los actos de gestión, que es todo lo que tiene que ver con producir el bien objeto del servicio que para el caso, es la construcción de hidroeléctrica generadora de energía y el acto de servicio, es el usuario que es un contrato de condiciones uniformes y todo es fundamentalmente del derecho público.

Precisa que el contrato BOOMT es un contrato celebrado entre empresa de servicios públicos mixta que es muy diferente a llamarlas empresas de economía mixta, que tiene unas lógicas de administración diferentes y que se controlan en forma diferente. Lo que se hizo, es del derecho administrativo ordinario y son los contratos que se hacen con un tercero para que lo financie, lo construya, le entregue, lo ponga en generación y si es el caso, de la renta que produzca la obra en funcionamiento, llevar los costos hasta amortizarla y finalmente hacer la entrega, contrato que es los más complejos, porque implica todas las etapas del proceso de servicio.

Que la sociedad contratante y la contratista, tienen la calidad de empresas de servicios públicos, por el objeto; porque de entrada, lo primero que mira es el nombre de las entidades; esto es Hidroituango S. A. E. S. P. Empresas Públicas de Medellín E. S. P. o EMP ITUANGO S. A. E. S. P.; por lo que con la sola expresión jurídica, su nomenclatura, son empresas de servicios públicos, pero no solamente por eso, o por la naturaleza jurídica, por el objeto, por el interés expresado por los socios, factores que determinan que se está en presencia de una empresa de servicios públicos.

Dijo igualmente, que en Colombia no se requiere ser prestador de servicios públicos domiciliarios para ser empresas de servicios públicos, explicando que una empresa que está dedicada a la generación o a la transmisión, o a vender, nunca presta servicios públicos domiciliarios y por el contrario, una empresa que se dedica al aprovechamiento, como por ejemplo una asociación de recicladores, no presta servicios domiciliarios; sin embargo, tiene que constituirse como empresa de servicios públicos, un claro ejemplo de su precisión, fue el citar a ISA que no tiene

usuarios domiciliarios, sino que tiene usuarios de los servicios de interconexión que presta, por ende, una empresa de servicios públicos.

En el contexto de su testimonio, aseguró que no hay ninguna duda que las dos empresas Hidroituango S.A. E.S.P. y EPM Ituango S.A. E.S.P. son empresas de servicios públicos mixtas, pertenecen a la rama ejecutiva del poder público del sector central y agregó, que basados en pronunciamientos de la Corte Constitucional y conceptos del Consejo de Estado, se llegó a la conclusión que las empresas de servicios públicos mixtas no pertenecían a la rama ejecutiva del poder público en el sector descentralizado y están sometidas a las reglas del derecho privado, por rigor del artículo 32 de la ley 142 de 1994, y que esa regla se aplicará para todo tipo de actos y contratos con independencia de la naturaleza o del derecho que está ahí en discusión; es más, precisó que el artículo 30 y 31 dicen que en materia de contratos, a las entidades del Estado que prestan los servicios públicos, no se les aplicará el estatuto general de la contratación pública. Precisó, además, que la ley 142 es una ley especial y tiene criterios de interpretación de una ley especial, y por eso el artículo 186 dice que esta ley no sería derogada por las mismas leyes generales posteriores a su promulgación y es, porque la ley especial no se deroga por una ley general, de acuerdo a la hermenéutica de la ley 1523 del 87 y la jurisprudencia constitucional de la C-005 del 96.

Indicó también que el contrato BOOMT, solo se estaba entregando para la generación, lo que excluye la posibilidad de prestar un servicio público domiciliario, pero como es, el que va a llevar a poder prestar el servicio de generación, se trataría más bien de una actividad complementaria del servicio público domiciliario regido por la ley 142 de 1994; reiterando que en Colombia no existe empresas de servicios públicos domiciliarios, lo que existen son empresas de servicios públicos y se rigen por la ley 142, que aplica también a la actividad complementaria del servicio público domiciliario, complementada con la ley 143 tal como lo ha dicho el Consejo de Estado, que es una ley que salió el mismo día y que hay que interpretarla en forma conjunta.

Sobre esta misma temática, acotó que no se les aplica los principios de la Ley 80 de 1994, sino los principios del control fiscal y los de servicios públicos, artículos 2, 3, 13 y 30 de la ley 142 de 1994 que son los que determinan la aplicación de los principios de la función administrativa.

Manifestó que, por esos principios económicos, se llevó a cómo se actuó aquí, siendo lo primero hacer unos sondeos de mercado y conocer el experticio que tiene la propia organización y que tienen posibles proponentes y posibles constructores, lo que considera completamente válido, lo que no viola ninguna norma, se está actuando conforme al reglamento contractual. Invitar a muchos oferentes para conocer las condiciones a través de un proceso de precalificación que no es una petición de ofertas, pues se hace formal, a nadie se le dice por cuánto se le va a adjudicar ni que haga una valoración del valor del contrato y si la hace es muy inusual, no es una oferta comercial y esa fase precontractual en el contrato de derecho privado, de acuerdo con las reglas de Código de Comercio, se consiguen las ofertas y una vez conseguidas es donde aparece la valoración de la empresa para decidir si se da por subasta o si se da por licitación.

Aclara eso sí, que el contrato interadministrativo no es el contrato de Ley 80 de 1994, porque es una denominación genérica que se hace cuando se habla de contratos que celebra la administración, indicando a región seguido, a manera de ejemplo que si Hidroituango hubiera celebrado un contrato con el Ministerio de Minas y Energía, ese contrato es interadministrativo y es un contrato de Ley 80, a lo que precisó por su extensa intervención que no es que se contradiga, sino que lo que pasa es que el día que una empresa de servicios públicos oficial mixta o privada contrata con el Municipio de Medellín o el Departamento de Antioquia, o con la Nación, ese contrato es interadministrativo y se le aplica la Ley 80, y se aplica porque es el régimen jurídico del contratante, asegurando que las personas que piensan que con eso se viola la transparencia, no lo es, porque el régimen natural de los contratos de Hidroituango es la contratación directa y el régimen natural del contrato de EPM ITUANGO es la contratación directa, contrato de derecho privado, sometido al procedimiento de selección de la contratación directa, que es la forma como puede contratar, pero no por eso se enriquecía, ni se burlaba ninguna ley; porque es el Estado quien tiene derecho a hacer convenios y contratos con el Estado mismo, por qué el Estado existe para una cosa y es proteger el interés público y social, y apropiarse cuando sea posible del excedente público para redistribuirlo con equidad en toda la sociedad; es por ello permitido que cuando se tiene que escoger entre particulares y el Estado, el Estado tiene y puede tener una discriminación positiva razonada y justificada y sin violar el principio de la igualdad; pues de contarse como países extranjeros, es plata que se la llevan para Brasil o

cualquier otro país, se la llevan legítimamente, pero para distribuir las entre ciudadanos y economías distintas; en cambio, si esa plata se queda en el país, es para garantizarle desarrollo y equidad a Colombia.

Aseguró que, si bien son temas de política pública, son de comercio, concluye que de manera general, el derecho a la igualdad ha variado muchísimo, pasó a ser equidad, y entonces equidad es proporcionalidad, y en los últimos años, en el mundo de los servicios públicos se ha venido aceptando la discriminación positiva, que fue lo que pasó aquí en el tema de los recicladores de Bogotá, que ha pasado en Medellín; es decir, que dentro de muchos que son iguales, se escoge uno, porque hay razones de política pública, que así lo permite y concluyó que si se exigiera para celebrar un acto interadministrativo, lo primero es hacer licitación, entonces el interadministrativo no existiría y entonces al Estado se le contrata, de la misma manera que se contrata a los particulares, insistiendo en que si los contratos se celebran con el Estado, el enriquecimiento que tiene el contratista se queda en el Estado para cumplir los fines sociales del Estado y se redistribuye en la sociedad, llámese Nación, Departamento o Municipio.

Finalmente, en los estatutos de Hidroituango aparece eso, como mecanismo de contratación la selección del contratista, el contrato interadministrativo y como mecanismo para contratación directa, lo que hicieron, fue conocer a los posibles contratistas y entre ellos escoger uno y si ahí se me presenta uno del Estado, ese lo podía escoger y si se le presentaron dos del Estado, ya se tiene que tener una razonabilidad para escoger, porque ahí si no se puede hacerse por competencia directa.

Frente a la experticia peticionada por la defensa, dijo no haber utilizado método alguno diferente a su propia experiencia para realizar la peritación, porque además de tener un amplio conocimiento, lo acompaña una gran experiencia y conoce perfectamente los estatutos básicos, y en general los contractuales de Hidroituango y a un muy buen nivel de detalle a Empresas Públicas de Medellín, muy a pesar de que no participó en los hechos. Y al insistírsele sobre la técnica, le expresó que la de la probabilidad, porque casi todas sus opiniones están apoyadas en la doctrina de la Corte Constitucional; por lo tanto, cree que tiene alta probabilidad de coincidir con un razonamiento técnico a propósito de los temas interrogados y frente a los documentos que tuvo a su haber para la peritación, indicó que recuerda haber

pedido el estatuto contractual de Hidroituango porque él define el marco jurídico del problema y si en el estatuto no hubiera aparecido el interadministrativo, su contratación, de todos modos, había sido directo por la naturaleza del contrato y de la empresa; reiterando que su opinión jurídica se basó exclusivamente en saberes adquiridos por fuera del expediente, concretando que conoció el estatuto que sirvió de fundamento para tomar la decisión, pero igual le hubiera sido irrelevante si no le entregan ninguno porque su opinión sería igual, tratándose de una empresa de servicios públicos, donde todas las contrataciones son de derecho privado y por tanto, la contratación directa es el mecanismo general y supletivo con la forma como se celebran los contratos.

Hizo referencia a la Ronda de Uruguay, porque es histórica en cuanto a los servicios públicos y fue la de permitir la liberalización del sector de los servicios, lo que permitía por primera vez que entraran empresas privadas a prestar servicios públicos en general, no solamente domiciliarios, sino en general en los diversos países de América Latina, siendo así como en 1936, Colombia adoptó monolíticamente la tesis del monopolio público y de la estrategia pública exclusiva en los asuntos propios de la prestación de los servicios públicos y a partir de 1986, en América Latina, se da la consolidación de la OMC, la transformación y aparece una instrucción general de que los países en permitir que los operadores privados incursionen en el mundo de los servicios públicos, lo que varió sustancialmente la teoría del servicio público, por cuanto todas las potestades públicas, asociadas al servicio público, eran basados en el monopolio público y no había prestación privada, y los pocos privados que había eran habilitados mediante contratos de concesión. Ya a partir de la Constitución del 1991, en el inciso 2° del artículo 365 y precisamente, obedeciendo esas instrucciones mundiales que obligaban de alguna manera en compromisos como los tratados de libre comercio que, entre otras cosas, Colombia viene a suscribir el de servicios y aparece la entrada de particulares, lo que acaba el monopolio público y termina el servicio público siendo de función pública. Bajo esa misma línea del tema tratado, insistió que en la Constitución de 1991, el inciso 1° del artículo 365, los servicios públicos son inherentes a la función social del Estado que tiene el deber de garantizar su prestación eficiente a la totalidad de los habitantes del territorio, y en el inciso 2°, tangencialmente establece y tenía que hacerlo, que los servicios públicos pueden ser prestados por el Estado, los particulares y las comunidades organizadas y el fundamento del servicio público está en el artículo 334 de la Ley 142 de 1994, la intervención del Estado, la libertad

económica, 336 y 365, pero con una clara intervención del Estado y direccionado a que se cumplan los fines sociales.

Es concluyente en su intervención final, que las empresas de servicios públicos no contratan por licitación, no lo hacen por selección abreviada, no contratan por contratación directa. Esas expresiones tienen su alcance y contenido propiamente en la Ley 80 y en el derecho administrativo; y cuando se contrata con una empresa de servicios públicos, de entrada, ya tiene un estatuto contractual que se llama el código de Comercio o el Código Civil.

Después de la amplia reseña de la evidencia testimonial que se acaba de realizar, con soporte en ella, proseguirá este despacho judicial con la motivación del fallo.

Aunque ya es asunto lo suficientemente decantado, solo para efectos de profundizar sobre el mismo, ha quedado claro entonces que por la naturaleza jurídica y el régimen jurídico que cobija a sendas empresas firmantes del contrato BOOM, les era legalmente viable la contratación directa, al quedar claro que tanto Hidroituango S.A. E.S.P como E.P.M. Ituango S.A. E.S.P por el principio de autonomía de la voluntad privada, no están sometidas a un régimen de contratación estatal y pueden adoptar el derecho privado por el cual están gobernadas, como lo desarrollaron para adelantar el megaproyecto Hidroituango, muy a pesar de que hubiese iniciado con una invitación pública a contratar, que no una subasta pública, como lo pregona la Fiscalía, que tan sólo fue programada por la Sociedad Hidroituango, más no abierta y menos ejecutada porque al seleccionar a un contratista nacional que cumplía con todas las exigencias que buscaba el contratante y que lo hizo a través de unos prepliegos que la precalificaron, por lo que no dicha situación no da lugar a duda alguna, de que además de cumplirse las normas de contratación, era la mejor alternativa contractual para el desarrollo del proyecto en beneficio del mismo Estado, no propiamente como lo ha expuesto la entidad acusadora, en provecho propio o motivados criterios regionales o locales, de Medellín y Antioquia. Así no lo ve la Judicatura.

Ahora bien, retomando lo atinente del análisis sobre el dolo, da cuenta el acervo probatorio, que a través de varias mesas de trabajo, surgió un acercamiento entre Hidroituango y EPM, con relación de la posibilidad de que el proyecto fuera adelantado por Empresas Públicas de Medellín y por ello, rebabamos, a pesar de

entenderse repetitivas en esa decisión, la secuencia de sesiones continuas de las juntas directivas de las empresas y de asambleas de accionistas, actas que lo único que muestran es un trabajo mancomunado, serio, juicioso, responsable, comprometido, transparente, en busca de hacer posible un proyecto eléctrico de beneficio para Colombia y obviamente para al Departamento de Antioquia y su Distrito Capital.

Y como quiera que, entre otros aspectos, los epítetos de regionalismo y la condición de locales de las empresas firmantes del contrato BOOMT, también sirvieron de soporte para deprecar una condena, con independencia de su autoría, esto es, si devienen directamente de la señora Fiscal o son propias de los miembros de la Junta Directivas consignadas en las actas de reuniones, es lo cierto que, de manera alguna, pueden admitirse como aspecto determinante para deducir preferencia o discriminación frente a las empresas precalificadas y con ello, el incumplimiento de los principios de la actividad contractual.

Las expresiones o terminología a las que con ahínco se refirió la señora delegada Fiscal: **“audacia y realismo”**, **“para calmar las aguas”**, entre otras, en que igualmente pueden enlistarse los criterios de **“regional o local”**, deben entenderse en el contexto en que dieron, que para este despacho judicial encierran una interpretación bien disímil a la traída por el órgano de averiguación penal, que permite indicar, a no dudarlo, que la designación del ingeniero **LUIS GUILLERMO GÓMEZ ATEHORTÚA** como gerente de Hidroituango S.A. E.S.P., no lo fue precisamente para el logro de la celebración del contrato, sino que, en ese momento histórico, lo como lo destacó su defensor, se vivían situaciones complejas entre el IDEA y la Gobernación de Antioquia, viendo en la persona designada para el cargo, las virtudes o calidades para conjurar la situación. De ello se encarga la ciencia de la *filología, del estudio de los textos escritos y, en ellos, la estructura y la evolución de una lengua y su desarrollo histórico y literario, así como la literatura y la cultura del pueblo o grupo de pueblos que los han producido.* (información sustraída del buscador google de la internet).

De ahí, la tarea de examinar cada una de las actas que en línea de tiempo marcan el derrotero de que la sociedad Hidroituango S.A. E.S.P. y E.P.M ITUANGO S.A. E.S.P, en busca del interés general, se trazó una meta, la estudió, la consultó, la hizo participativa y pública, a tal punto que antes de la contratación directa y para

evitar, malestar al interior de Hidroituango, incluso para zanjar diferencias y lograr acercamientos y acuerdos entre las firmas de abogados, acudió a la banca de inversión que llamaron como “muralla china” para el caso INVERLINK, que oficiaba como un tercero dirimente entre los estudios, las propuestas y los análisis que las bancas de cada de las partes estaban haciendo, con lo que se propendía por la transparencia para evitar que alguien pudiera creer que una banca de inversión que acompaña a una de las partes, tendiera a favorecer los intereses de las partes interesadas, salida jurídica que se estimó oportuna, acogiendo una práctica comercial internacional, nombrar un tercero que oficiara como un neutralizador que pudiera filtrar, procesar y depurar un poco los conceptos y los estudios que se presentaban en discusión con el único fin del desarrollo del proyecto eléctrico Hidroituango.

Sirve al despacho para nutrir la ausencia del elemento dolo en el actuar de los doctores LUIS GUILLERMO VÉLEZ ATEHORTÚA Y LUIS VÉLEZ DUQUE, la reflexión atinente a que en esta especie de delitos atentatorios contra el bien jurídico de la Administración Pública, la praxis judicial nos ha enseñado que por regla general los servidores públicos incurso en la comisión se les acusado y se les sanciona por conductas punibles concursales, a modo de ejemplo, el delito Peculado por apropiación en concurso con el de Falsedad en documentos, amén de que para poderse apropiar de los recursos públicos, regularmente el sujeto activo calificado para este caso, falsifica documentos, siendo este el medio para lograr su delincuencia, concurso que no escapa a otros de los tipos penales que hacen parte de este título del Código Penal, llámese concusión, prevaricato o cualquiera otro, porque pareciera impensable que esta clase de delitos lograsen ser cometidos sin incurrir en el lesionamiento de otros bienes protegidos legalmente. Siendo lo cierto que para el evento en estudio a los ingenieros **LUIS GUILLERMO GÓMEZ ATEHORTÚA y LUIS JAVIER VÉLEZ DUQUE**, solamente se les enrostró el supuesto delito de Contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

Y, este razonamiento no es menor entidad, si tenemos en cuenta que la bancada de la defensa en forma unánime ha pregonado una y otra vez que acá, contrario a lo dicho por la Fiscalía, lo que se denota en el comportamiento de los ingenieros es el logro y aseguramiento de un interés general como es la generación de energía eléctrica para los habitantes del territorio Nacional, no otra cosa los animó para la suscripción del contrato BOOMT.

Sobre el tema del interés público que acompañan este tipo de negocio cuando de la prestación de servicios públicos se trata, de manera magistral lo indicaba en su declaración el doctor Carlos Alberto Atehortúa Ríos – “... **por qué el Estado existe para una cosa y es proteger el interés público y social, y apropiarse cuando sea posible del excedente público para redistribuirlo con equidad en toda la sociedad; es por ello permitido que cuando se tiene que escoger entre particulares y el Estado, el Estado tiene y puede tener una discriminación positiva razonada y justificada y sin violar el principio de la igualdad; pues de contarse como países extranjeros, es plata que se la llevan para Brasil o cualquier otro país, se la llevan legítimamente, pero para distribuirlas entre ciudadanos y economías distintas; en cambio, si esa plata se queda en el país, es para garantizarle desarrollo y equidad a Colombia**” . Más adelante sostuvo: “... **y en los últimos años, en el mundo de los servicios públicos se ha venido aceptando la discriminación positiva, que fue lo que pasó aquí en el tema de los recicladores de Bogotá, que ha pasado en Medellín; es decir, que dentro de muchos que son iguales, se escoge uno, porque hay razones de política pública, que así lo permite y concluyó que si se exigiera para celebrar un acto interadministrativo, lo primero es hacer licitación, entonces el interadministrativo no existiría y entonces al Estado se le contrata, de la misma manera que se contrata a los particulares, insistiendo en que si los contratos se celebran con el Estado, el enriquecimiento que tiene el contratista se queda en el Estado para para cumplir los fines sociales del Estado y se redistribuye en la sociedad, llámese Nación, Departamento o Municipio**”.

Pero, también corrobora este último razonamiento de la no vulneración del interés público, la posición asumida por la representación de las víctimas cuando argumentan, que si bien les acompaña el interés de proseguir con la reparación patrimonial Estatal, por los daños que pudieren haber ocasionado el contrato BOOMT para el IDEA y la Gobernación de Antioquia; dicho potencial daño, no lo es precisamente por la conducta punible enrostrada a los acá acusados, a tal punto que abandonaron la pretensión punitiva, sino por la ejecución misma del contrato, dígase incumplimiento del mismo o contingencias generadas en su ejecución. Ello es lo que se desprende de sus intervenciones.

Luego, entonces, no se trata del acto de corrupción más grave ocurrido en los últimos años, como remató su intervención la distinguida delegada del ente acusador, porque no se tiene información sobre montos de dineros apropiados por los ingenieros, tampoco que los hubiera acompañado cualquier otro ánimo malsano

para la celebración del contrato. Bajo este mismo argumento, también queda sin soporte la antijuridicidad del delito, bajo el interrogante, en qué momento se afectó o puso en peligro el bien jurídico tutelado de la administración pública, formal materialmente.

Para el juzgado, los presupuestos expuestos por el Ministerio Público tienen plena acogida, como también los acuñados por las representaciones de los apoderados de las reconocidas víctimas, en tanto que, el punto controversial cardinal en que la fiscalía estructura como violatorio del tipo penal enrostrado a los acusados, atañe a la **contratación por subasta pública u oferta pública**, que no DIRECTA, por haberse inicialmente suspendido y posteriormente cancelado el primero, no son de recibo por este juzgado, porque fue a través de los distintos medios de prueba practicados en juicio que logró determinarse a plenitud, que los prepliegos, no buscaban otra cosa, que sondear o explorar el mercado en busca de oferentes calificados para la construcción y generación del proyecto hidroeléctrico y entre aquellos que cumplían con los requisitos de las calidades requeridas para la oferta, estaba Empresas Públicas de Medellín, entidad del patrimonio de Colombia que por obvias razones, era viable contratar de acudir a la contratación directa en virtud a las normas del código de Comercio y Civil por ser entidades regidas por el derecho privado y por las leyes 142 y 143 de 1994, que le permitían dicha forma de contratación, desarrollando y asegurando los fines de la administración pública del artículo 209 de la Constitución Nacional, que están al servicio de los intereses generales.

Pretender asegurar la fiscalía que los procesados soslayaron los principios de transparencia y objetividad por el solo hecho de suspensión de unos prepliegos, que como su nombre lo indica, corresponde a la presentación previa de unos documentos que deben ser observados y calificados a efectos de establecer si existe entre aquellos lo que buscaba el ofertante, para el caso se escudriñaba por la capacidad técnica y financiera de la construcción del proyecto eléctrico. Y en tal sentido, se imponía hacer una lectura contextual y en conjunto de toda la evidencia documental, no en la forma como lo hizo el ente fiscal, cuando lo que se desprende de cara a este preciso tópico, es que se dio inicio a la invitación pública para precalificar, solo que ante el seguimiento y estudio que se realizó al negocio jurídico por parte de todos los interesados del proyecto y al permitirlo así la ley, según lo entendido por ellos y no precisamente por iniciativa de los acusados, sino como

producto de decisiones deliberadas de la asamblea de accionistas y la junta directiva, aunándose a ello, las asesorías de las bancas de inversión y de las firmas de abogados referidos en el proceso, tal como lo explican las múltiples actas aportadas al juicio, potísima razón por la que optaron por la modalidad de la contratación directa.

Se insiste, en que la publicación de prepliegos no obligaba a continuar con la supuesta subasta pública o licitación pública que nunca existió. Por el contrario, como lo advierte la Procuraduría y la defensa, en este tema la Fiscalía hizo una lectura sesgada sobre la invitación pública internacional a precalificar del 17 de noviembre de 2019, puesto que no leyó el párrafo 4º que dice: *“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 extracontractual o cualquier otra ...* Y, en el párrafo 9º se reitera: *“A pesar de que Hidroituango reciba los sobres, no se entenderá que está obligado a adelantar el proceso o a adjudicar el proyecto”*; por lo mismo, se cae de peso la tesis de la Fiscalía sobre la Violación de los principios de la Ronda de Uruguay, pues estos se aplican siempre y cuando se hubiese iniciado una licitación pública que acá no la hubo.

En la lista de precalificadas Empresas Públicas de Medellín, no era la última, porque no había un orden de elegibilidad, pues no se trataba de un orden jerárquico según los testigos MARÍA ISABEL VANEGAS y JUAN GONZÁLO ÁLVAREZ, y lo demuestran las pruebas documentales, pues allí no aparece asignado ningún puntaje. El hecho de que Odebrecht haya sido enlistada más tarde en el cuarto renglón, es prueba de que en el orden de precalificación fue completamente arbitrario o aleatorio. En este punto la Fiscalía no demostró la violación de los principios de selección objetiva y transparencia, basándose solamente en suspicacias, imaginaciones o especulaciones extrañas a la realidad objetiva, porque parte de un error, de unas premisas completamente equivocadas de que hubo una licitación pública, que como se ha demostrado hasta la saciedad nunca se abrió. En síntesis, los requisitos para estructurar el tipo penal imputado brillen por su ausencia.

Contrario a lo razonado por la Fiscalía, lo que se refleja es un arduo trabajo que animados por el deseo de cumplir los todos los principios de la contratación pública,

acudieron a varias consultas de los entes de control en acatamiento a que las personas prestadoras de servicios públicos y aquellas que, en general, realizan actividades que las hacen sujetos inmersos en las leyes 142 y 143 de 1994, y por tanto, sujetas al control y vigilancia de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, con sus conceptos entregaron aval a la actuación que venían cumpliendo los ingenieros. Lo anterior, se evidenció en los conceptos emitidos por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios No. SSPOJ2008533, No. 20081300755081, SOPD No. 20115290325682 y radicado 20112200604741.

Importa a esta altura de esta providencia, preguntarse ¿acaso estos órganos de control estarían supeditados a hacer realidad el sueño de los habitantes no solamente de este pedazo de geografía colombiana, sino de todo el país, y entonces habrían conceptualizado de manera amañada en contravía de la legislación en esta materia? Se diría que no, tal y como lo han sostenido todos los órganos de control consultados –*excepto la fiscalía*-. Lo dicho, se convierte en un argumento adicional para descartar de plano, una vez más, el elemento del dolo en caso in análisis. Desde la lógica formal, del discurrir normal de las cosas, no parece viable pensar que cuando se da un resultado de una acción humana que previamente fue consultada a través de los cauces legales como acá ocurrió, se vea en ese aspecto comportamental malicia o mala fe, por el contrario, antes de la negociación, se presentaron a raíz de consultas y conceptos emitidos discusiones y desavenencias apenas propias de un asunto tan toral y no en el último momento, porque según lo que nos enseña la prueba documental representada en las actas de reuniones y la testimonial, es que la idea de este proyecto es de vieja data y desde entonces, incluso siempre se pensó en que fuera EPM quien realizara el proyecto. De ello es prolija la prueba, representada en diversas actas de sesiones de juntas directivas y asamblea de accionistas donde la temática del proyecto Hidroituango fue discutida.

En otro orden de argumentación, pretender la Fiscalía descalificar a los testigos de la defensa que, porque eran o fueron empleados de EMP, cuando, por el contrario, la inmediatez permitió determinar la alta calidad profesional y trayectoria laboral en cada campo de sus especializaciones, son testigos que acudieron al juicio a hacer explícita la prueba documental, a explicarla, a ponerla a hablar, que es la que soporta en últimas, la decisión final del tipo penal de contratos sin cumplimiento de requisitos legales. Quien más que los actores de tantas reuniones que por varios años cumplieron funciones específicas al interior la sociedad Hidroituango o

Empresas Públicas de Medellín e ISAGEN, darían cuenta de los hechos investigados. Resulta un argumento extraño de la Fiscalía, por decir lo menos, porque bien podría ser que en otros contextos investigativos, esta especie de testigos podrían caer en la figura de la tacha del testimonio por circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencias, sentimientos o interés en relación con las partes o sus apoderados, antecedentes personales u otras causas (art. 211 C.GP), ello no tiene cabida en esta especie de procesos, en los que, contrario a la razonado por la señora Fiscal, son requeridos para ser escuchados en la audiencia del juicio oral, precisamente porque sus declaraciones atienden a conocimientos especializados, como en este caso, técnicos o jurídicos especializados, para ilustrar a la audiencia sobre la prueba documental incorporada.

Ahora bien, respecto al doctor **LUIS JAVIER VÉLEZ DUQUE**, se sabe que fue nombrado como gerente de EPM ITUANGO S.A. E.S.P *a través de acta de accionistas de Hidroituango No. 24 del 27 de octubre de 2010*, es decir, que para ese entonces ya se tenía convenido todo lo atinente al contrato BOOMT que suscribió previa autorización de la Junta Directiva con la escritura pública 893 del 23 de marzo de 2011.

La Fiscalía, para hacerlo ver responsable del delito acusado, siempre sostuvo en el juicio, con soporte en las actas de las Juntas Directivas de Hidroituango, que fue actor determinante en los trámites previos a la suscripción del BOOMT, mientras que su defensa adujo y también soportado en las mismas actas aportadas por su contraparte, que sí estuvo en algunas de esas sesiones, pero en calidad de invitado y que los temas consultados e información brindada por el doctor Luis Javier, ninguna relación tenía con el tema del contrato en cuestión, solo atendía a situaciones técnicas y de ingeniería derivadas de su experiencia. Y, no otra cosa es lo que enseñan dichas actas donde se dice que a petición de la Junta Directiva de Hidroituango, en su calidad de Jefe Área de proyectos de la subgerencia desarrollo proyectos de generación energía de EPM, brindaba la información requerida.

Pero, adicional a lo anterior y que recobrar superlativa importancia, es que como lo sostuviera su defensa en el ejercicio de réplica, además de que su presencia en las reuniones atendía a asuntos bien disímiles al caso del contrato BOOMT, dichas reuniones, fueron posteriores a la creación de Hidroituango que fue el 27 de octubre

de 2010, mientras que su presencia ocurrió después del mes de noviembre 2010. En su condición de Gerente de EPM Ituango S.A. E.S.P. le correspondió proseguir con la celebración del citado contrato decidido por la Junta General de accionistas. Y, así lo sostuvo con vehemencia su defensor suplente DR, JUAN CARLOS ÁLVAREZ, cuando desde la audiencia preparatoria, se oponía a que se decretara como evidencia documental las actas de la asamblea de accionistas y de la Junta Directiva de Hidroituango que se sucedieron antes de su nombramiento, prueba que incorporada al juicio, demuestran que efectivamente la decisión de la firma del contrato estaba tomada y solo le correspondía ejecutar la orden de la junta directiva.

Por todo lo anteriormente expuesto, corresponde precisar, que la negociación que dio origen a este proceso penal, se adecuó al trámite legal que le correspondía, máxime que el fin propuesto a través de la constitución EPM Ituango filial de su casa matriz Empresas Públicas de Medellín, cumple el interés general de la construcción de una hidroeléctrica entre entidades Estatales, conforme a su naturaleza, materializando con la firma del contrato BOOMT lo dispuesto en las Leyes 142 y 143 del 1994 que gobiernan la actividad de contratación privada, prevista en el Código de Comercio y Civil, es decir, la sociedad Hidroituango sí estaba facultada conforme a la constitución y la ley, para celebrar el contrato BOOMT bajo la forma de la contratación directa con Empresas Públicas de Medellín, sin que con ello se violentaran los principios de la contratación a que alude la misma normatividad.

Se suma a lo anterior, la ausencia de dolo en comportamiento del ingeniero **LUIS JAVIER VÉLEZ DUQUE**, teniendo en cuenta que las pruebas obrantes en el plenario demuestran que firmó el contrato BOOMT conforme a su nombramiento de la filial EPM Ituango, y la aprobación y orden de la Junta Directiva de la S.A. NE.S.P. para la cual trabajaba, desconociendo de esta manera, la eventualidad posibilidad de enmarcarse en los elementos descriptivos y normativos del tipo penal acusado; amén de que se debe agregar, que no existe elemento material probatorio que dé cuenta que en el desarrollo de la contratación del proyecto Central Hidroeléctrica Pescadero Ituango José Tejada Sáenz, los ingenieros **LUIS GUILLERMO GÓMEZ ATEHORTÚA** y **LUIS JAVIER VÉLEZ DUQUE**, actuaron con el propósito de favorecer a los actores del contrato BOOMT objeto de este debate.

Todas estas consideraciones conducen a la absolución de los ciudadanos, **LUIS GUILLERMO GÓMEZ ATEHORTÚA y LUIS JAVIER VÉLEZ DUQUE**, en relación con el delito acusado por la fiscalía, de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, de que trata el artículo 410 del C. Penal.

Se dará publicidad al presente fallo, advirtiéndole a los sujetos procesales que contra el mismo procede el recurso de apelación ante la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín.

En mérito de lo expuesto, **EL JUZGADO DIECIOCHO PENAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN CON FUNCIONES DE CONOCIMIENTO**, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: ABSOLVER a los ingenieros **LUIS GUILLERMO GÓMEZ ATEHORTÚA y LUIS JAVIER VÉLEZ DUQUE** de condiciones civiles y personales reseñadas en precedencia, por la conducta punible de contrato sin cumplimiento de requisitos legales consagrados en el artículo 410 del Código Penal.

SEGUNDO: Contra esta decisión que se notifica en estrados procede el recurso de apelación ante la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CRISTIAN CHAVARRÍA MUÑOZ

Juez

